BEATRIZ VALENTE FELITTE

OS LIMITES DOS PODERES DO JUIZ NA REVISÃO DE CONTRATOS

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP
2018

BEATRIZ VALENTE FELITTE

OS LIMITES DOS PODERES DO JUIZ NA REVISÃO DE CONTRATOS

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Oreste Nestor de Souza Laspro.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP
2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

FELITTE, Beatriz Valente

Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos / Beatriz Valente FELITTE; orientador Oreste Nestor de Souza Laspro – São Paulo, 2018.

395 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Revisão Judicial de Contrato. 2. Imprevisão. 3. Invalidade. 4. Poderes do Juiz. 5. Lógica Econômica e Interesse Público. I. LASPRO, Oreste Nestor de Souza, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado de um conjunto de privilégios que não sei se um dia conseguirei, à altura, retribuir.

Primeiramente, pelo privilégio de ter uma família presente, forte e que, a todo o momento, me estimula a seguir em frente. Agradeço aos meus pais, Ana Valente e Almir Felitte, pelo suporte incondicional em tudo – absolutamente tudo. Aos meus irmãos, Rafael e Almir, cada dia mais admiráveis. O incentivo de vocês foi e sempre será essencial.

Pelo privilégio de viver com amor. Agradeço ao Diogo, por me surpreender mesmo depois de tantos anos e pela paciência com a constante ausência que o doutorado demandou.

Pelo privilégio de ter saúde e conviver com bons exemplos. Em especial, agradeço às minhas avós Ester e Suzana, que estiveram presentes em meu pensamento ao longo da execução deste trabalho. Sem saberem – ou quererem – me ensinaram que nossa saúde é o bem mais precioso que existe e que, de certa forma, somos imortais. Nossos exemplos e ideias são semeados nos que ficam por aqui.

Pelo privilégio da orientação acadêmica. Agradeço ao meu orientador Professor Dr. Oreste Laspro, a quem devo pela cobrança de, após o mestrado, prosseguir com o doutorado, pela minha inserção no transformador mundo da docência e pelo incentivo de que o processo sirva sempre à prática. Aproveito para agradecer também à Monica Laspro, pelo carinho com que nos acolhe sempre.

Pelo privilégio de sempre ter tido acesso ao estudo. Agradeço à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em cujos bancos venho, há anos, aprendendo muito mais do que Direito. Aproveito para agradecer também à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por sua biblioteca que muito contribuiu para minha pesquisa – o que faço nas pessoas da Professora Paula Vaz Freire e do Professor Miguel Teixeira de Sousa, que me recepcionaram com muita gentileza.

Pelo privilégio de ter um trabalho desafiador e de compartilhar esse ambiente com alguns profissionais admiráveis. Agradeço pela oportunidade de fazer o que gosto e especialmente, ao meu incrível time que segurou as pontas pelo tempo em que precisei priorizar este trabalho – vocês são realmente especiais.

Obrigada a cada um de vocês, de coração.

"As pessoas tendem a viver em paz e a não recorrer à violência quando podem dirigir suas reclamações e seus rancores a um poder em cuja incorruptibilidade e justiça elas possam confiar"

(BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é possível num mundo de consumidores?* Trad. Alexandre Werneck, Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 113).

FELITTE, Beatriz Valente. *Os Limites dos Poderes do Juiz na Revisão de Contratos*. 2018. 395 p., Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

O atual direito brasileiro admite a intervenção estatal em relações contratuais nas hipóteses previstas em lei ou por vontade das partes. Uma das possíveis vias para essa intervenção é a judicial, por meio da qual o juiz pode revisar contratos, ou seja, garantir sua conservação mediante a modificação de elementos do conteúdo pactuado pelas partes contratantes (revisão em sentido lato) – seja pela alteração superveniente de circunstâncias, por nulidade parcial ou por anulabilidade parcial. Apesar de comum na prática forense, identificou-se não haver uma clara definição de modelo uniforme de critérios limitadores do cabimento, extensão e profundidade dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos. Partindo-se de uma seleção mais ampla dos poderes (-deveres) judiciais em poderes de decisão, de direção e de instrução processual, propõe-se que, em demandas revisionais de contratos, tais poderes – nos de direção, em parte – sejam exercidos conforme a limitação imposta, cumulativamente, pelos parâmetros (1) da natureza da relação contratual e do tipo contratual, bem como das disposições legais a eles aplicáveis, (2) da vulnerabilidade das partes impactadas pelos efeitos do contrato, (3) da lógica econômica do contrato à luz do mercado em que se insere a contratação e (4) do impacto da contratação ao interesse público. Em resumo, quanto maior for o interesse estatal em tutelar determinado modelo de relação contratual (seja por sua importância jurídica, social, econômica ou política), menor deve ser a limitação dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos. Tais parâmetros estão intimamente atrelados aos escopos da jurisdição e do próprio processo enquanto viabilizador do direito material e se mostram em conformidade com o contemporâneo papel do 'juiz cooperativo' em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: REVISÃO JUDICIAL DE CONTRATO – IMPREVISÃO – INVALIDADE – PODERES DO JUIZ – LÓGICA ECONÔMICA E INTERESSE PÚBLICO

FELITTE, Beatriz Valente. *The Limits of Judicial Power at Judicial Adaptation of Contracts*. 2018. 395 p., Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT. The current Brazilian law admits State intervention in contractual relationships in the hypotheses provided for by law or by the will of the parties. One of the possible ways for such intervention is the judicial pathway, whereby the judge may adjust agreements, i.e., ensure their preservation by means of modification of elements of the agreed content agreed between the contracting parties (review *lato sensu*) – whether by the supervening change of circumstances, partial nullity, or partial voidability. Despite its common use in court practice, it was identified that there is no clear definition of uniform model of criteria that limit the admissibility, extension and depth of the powers of the judge in claims for review of agreements. Based on a broader selection of the judicial powers (-duties) in powers of decision, of guidance and of evidentiary stage, it is proposed that, in claims for review of agreements, said powers – partially, in guidance – be exercised in accordance with the limitation cumulatively imposed by the parameters (1) of the nature of the contractual relationship and the type of agreement, and the legal provisions applicable to them, (2) of the vulnerability of the parties affected by the effects of the agreement, (3) of the economic logic of the agreement in the light of the market in which the contracting is inserted, and (4) of the impact of such contracting on the public interest. In summary, the greater the State interest to protect a given model of contractual relationship (due to its legal, social, economic or political relevance), the smaller the limitation of the powers of the judge in claims for review of agreements should be. Said parameters are closely attached to the scopes of the jurisdiction and of the due process itself as enabling the substantive law, and are shown to be in compliance with the contemporary role of the 'cooperative judge' in our society.

KEYWORDS: JUDICIAL ADJUSTMENT OF CONTRACTS – UNPREDICTABILITY– INVALIDITY – POWERS OF THE JUDGE – ECONOMIC LOGIC AND PUBLIC INTEREST

FELITTE, Beatriz Valente. *Les Limites des Pouvoirs du Juge dans la Révision des Contrats*. 2018. 395 p., Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

Résumé. Le droit brésilien actuel admet l'intervention de l'État dans les relations contractuelles dans les hypothèses prévues en loi ou par la volonté des parties. Une des voies possibles pour cette intervention est la voie judiciaire, par laquelle le juge peut réviser les contrats, c'est-à-dire, garantir sa conservation moyennant la modification d'éléments du contenu convenu par les parties du contrat (révision au sens large) – soit par l'altération survenante des circonstances, par nullité partielle ou par révocabilité partielle. Malgré ça soit commun dans la pratique judiciaire, il a été constaté qu'il n'y a pas une claire définition de modèle uniforme de critères qui limitent le domaine d'application, l'extension et la profondeur des pouvoirs du juge dans les demandes révisionnelles de contrats. En partant d'une sélection plus ample des pouvoirs (-devoirs) judiciaires dans des pouvoirs de décision, de direction et d'instruction procédurale, il est proposé que, dans les demandes révisionnelles de contrats, ces pouvoirs – de direction, partiellement – soient exercés selon la limitation imposée, cumulativement, par les paramètres (1) de la nature de la relation du contrat et du type du contrat, ainsi que des dispositions légales y-afférentes, (2) de la vulnérabilité des parties impactées par les effets du contrat, (3) de la logique économique du contrat à la lumière du marché où est inseré l'embauche et (4) de l'impact de l'embauche à l'intérêt public. En résumé, plus grand est l'intérêt de l'État de protection d'un certain modèle de relation de contrat (soit par son importance juridique, sociale, économique ou politique), moins grand doit être la limitation des pouvoirs du juge dans les demandes révisionnelles de contrats. Ces paramètres sont intimement liés aux portées de la juridiction et du procès lui-même en tant qu'élément rendant viable le droit matériel et se montrent en conformité avec le rôle contemporain du 'juge coopératif' dans notre société.

MOTS-CLES: REVISION JUDICIAIRE DE CONTRAT – IMPREVISION – INVALIDITE – POUVOIRS DU JUGE – LOGIQUE ECONOMIQUE ET INTERET PUBLIC

ÍNDICE

1. TERMOS DEFINIDOS 19

2. TEMA 21

3. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E IMPORTÂNCIA DO TEMA... 25

4. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA 30

5. FIXAÇÃO DE CONCEITOS E PREMISSAS DA TESE 32

5.1. A noção de Contrato 32

5.2. A classificação dos Contratos e sua importância para o recorte temático 35

5.3. Autonomia da vontade, liberdade contratual e o pacta sunt servanda nunca foram absolutos 37

5.4. Os Direitos Processual e Material são autônomos, porém, interdependentes 41

6. OS PODERES-DEVERES DO JUIZ 46

6.1. O que são os poderes do juiz? 46

6.2. Quais são os poderes do juiz: classificação 52

6.3. As conclusões da tese aproveitam à arbitragem? 55

7. OS PODERES DO JUIZ NA REVISÃO DE CONTRATOS 59

7.1. Breve evolução do papel do juiz e de sua interferência em contratos 59

7.1.1. Justificativa da análise do viés histórico e seu recorte 59

7.1.2. Direito Romano: a equidade e a evolução do juiz do privado ao público . 60

7.1.3. Idade Média: a fórmula *rebus sic stantibus* 66

7.1.4. Estado Liberal: o livre mercado e o juiz neutro 71

7.1.5. Estado Social ao pós-Guerra: o ativismo judicial e a imprevisão 73

7.1.6. Globalização: anos 70 até o início do Século XXI 85

7.1.7. Hoje: o modelo cooperativo como delineador do exercício dos poderes do juiz 87

7.2. O juiz como um dos agentes legitimados para revisar contratos 91

7.3. O que é a revisão judicial de contrato 93

7.3.1. Conceito e Classificação 93

7.3.2. Revisão e Resolução 96

7.3.3. Revisão e Invalidades (Nulidades e Anulabilidades) 97

7.3.4. Revisão *x* Interpretação de Contratos 100

7.4. Há discricionariedade judicial na revisão de contratos? 101

8. OS LIMITES DOS PODERES REVISIONAIS DO JUIZ..... 111

8.1. Considerações gerais e proposição..... 111
8.2. A natureza / tipo da relação contratual e as disposições legais a ela aplicáveis 117
8.3. A vulnerabilidade das partes contratantes ou impactadas pelo contrato. 121
8.4. A lógica econômica do contrato no mercado em que se insere 127
8.5. A adequado do contrato ao interesse público..... 136
8.5.1. A noção de interesse público 136
8.5.2. A boa-fé e a função social..... 143

9. PODER DE DECISÃO: CABIMENTO DA REVISÃO CONTRATUAL..... 150

9.1. Hipóteses de Cabimento da Revisão Judicial de Contratos 150
9.2. Revisão fundada na Teoria da Imprevisão 152
9.2.1. A revisão judicial de contratos por imprevisão em diferentes sistemas .. 152
9.2.2. Elementos para o cabimento da revisão judicial por imprevisão 166
9.2.2.1. Relação Contratual Continuada ou Diferida 166
9.2.2.2. Superveniência 167
9.2.2.3. Imprevisibilidade e Extraordinariedade (Risco Contratual) 168
9.2.2.4. Onerosidade 'Objetivamente' Excessiva 185
9.2.3. Escolha judicial entre revisão e resolução 190
9.2.4. Vinculação judicial à proposta revisional do réu..... 192
9.3. Revisão fundada na onerosidade excessiva no CDC (Teoria da Base Objetiva) 194
9.4. Revisão fundada em Cláusula de Hardship..... 198
9.4.1. O que é *Hardship*? 198
9.4.2. A Cláusula de *Hardship* e o Negócio Jurídico Processual 202
9.4.3. A vinculação do juiz à cláusula de *hardship* que limita cabimento da revisão 206
9.5. Revisão de Aluguel em Contrato de Locação de Imóveis 210
9.6. Revisão fundada na Lesão..... 216
9.6.1. A lesão como hipótese de revisão judicial de contratos 216
9.6.2. Elementos da revisão judicial por lesão..... 220
9.6.3. O 'suplemento suficiente' e a 'concordância com redução do proveito' 223
9.7. A Revisão judicial da Cláusula Penal 225
9.8. Revisão de contratos por abusividade (nulidade) 231
9.9. Revisão de contratos em defesa da Concorrência..... 234
9.10. Renúncia ao direito da revisão contratual 239
9.10.1. A (ir)renunciabilidade de direito processual fundamental..... 239

9.10.2. Peculiaridades da renúncia à revisão por imprevisão 241
9.10.3. Peculiaridades da renúncia à redução de cláusula penal.....242
9.10.4. Peculiaridades da renúncia à revisão de preço no *Built to Suit*.....242
9.10.5. Peculiaridades da renúncia à revisão de aluguel em contratos de locação 245
9.11.A (im)possibilidade de revisão judicial de contratos de ofício..... 248
9.11.1. O Princípio da Demanda (art. 2º, CPC) 248
9.11.2. O Princípio da Correlação ou Adstrição (arts. 141 e 492, CPC) 250
9.11.3. Questões de ordem pública se sujeitam aos princípios da demanda e adstrição?.....252
9.11.4. A revisão judicial dos Contratos Bancários: a Súmula 381 do STJ....258
9.11.5. Afinal, é possível a revisão judicial de contratos de ofício?.....261

10. PODER DE DECISÃO: *DOSAGEM* DA REVISÃO DE CONTRATOS..... 265

10.1.Conteúdo Contratual sujeito à Revisão Judicial 265
10.2.Revisão do valor da prestação pactuada 266
10.3.Revisão de obrigações de fazer: defesa da concorrência..... 275
10.4.Equidade x Proporcionalidade 277

11. PODER DE DIREÇÃO EM DEMANDAS REVISIONAIS DE CONTRATOS..... 282

11.1.Considerações Iniciais sobre os Poderes de Direção do Juiz 282
11.2.Controle judicial da via adequada..... 283
11.3.Controle judicial das condições da ação 287
11.3.1. A legitimidade ativa na revisão por imprevisão.....287
11.3.2. A legitimidade ativa na revisão por onerosidade excessiva consumerista 289
11.3.3. A legitimidade ativa na revisão por lesão 290
11.3.4. O interesse de agir do lesado na revisão por imprevisão 291
11.3.5. A adequação do pleito de revisão por imprevisão pelo réu: reconvenção? 294
11.4.Controle judicial dos requisitos da Petição Inicial..... 296
11.4.1. Especificação da *'obrigação controvertida'* e do *'valor incontroverso'* 296
11.4.2. Requisitos da inicial em ação revisional de aluguel 303
11.4.3. Vedação ao pedido genérico em ações revisionais de aluguel 305
11.4.4. Poder de adequar o valor da causa de ofício (art. 292, §3º, CPC).....309
11.5.A cláusula de renegociação e o poder-dever de promover autocomposição 311
11.6.Poder de oficiar legitimados para propositura de ação coletiva 318
11.7.Poder de controle da representatividade adequada em processos 'coletivos'..... 319

12. PODER DE INSTRUÇÃO NA REVISÃO DE CONTRATOS 325

12.1. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Brasil e em outros sistemas 325
12.2. Poder de determinar a produção de provas de ofício (art. 370, CPC) 332
12.3. Poder de determinar comparecimento da parte (art. 139, VIII, CPC) 336
12.4. Prova técnica para a revisão contratual: cooperação e convenções 338

13. A SENTENÇA NA AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS 342

13.1. A sentença revisional e sua natureza 342
13.2. Os efeitos da sentença revisional e poder judicial de sua modulação 347
13.3. A importância da motivação em demandas revisionais de contratos 349

14. CONCLUSÃO 355

15. BIBLIOGRAFIA 358

16. FONTES DE LEGISLAÇÃO E NORMAS ESTRANGEIRAS 379

ANEXO A - "TEORIA DA IMPREVISÃO E REVISÃO - STJ" 380

ANEXO B - "REVISÃO POR LESÃO - STJ" 387

ANEXO C - "HARDSHIP - TJSP" 389

ANEXO D - "EQUIDADE E CLÁUSULA PENAL - STJ" 392

* * *

1. TERMOS DEFINIDOS

ACP	Ação Civil Pública
BGB	Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*)
CC	Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)
CJF	Conselho da Justiça Federal
CF	Constituição Federal do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943)
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105/2015, já atualizada pela Lei nº 13.256/2016)
CPC/73	Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (Lei nº 5.869/73)
DJe	Data de disponibilização no Diário de Justiça Eletrônico
ICC	*International Chamber of Commerce* (Câmara de Comércio Internacional)
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
j.	Julgado em
JEC	Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95)
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/198)
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42)
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Brasil)
ZPO	Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*)

2. TEMA

A tese ora apresentada se propõe a tratar do tema dos 'Limites dos poderes do juiz na revisão de contratos'.

O trabalho pautou-se por buscar respostas a, basicamente, 4 (quatro) macro questões, bastante atuais e recorrentes na vida prática de relações de mercado: (1) O sistema jurídico brasileiro comporta a intervenção estatal em relações contratuais por meio de um poder revisional das obrigações pactuadas pelos contratantes? (2) Em caso positivo, quais os poderes admitidos pelo nosso ordenamento para essa função revisional judicial? (3) No exercício dos poderes em ações revisionais, é possível apontar a existência de critérios padronizados para a revisão judicial de obrigações propriamente dita?; e (4) Em caso positivo, quais seriam tais critérios?

Ao responder tais questões, a presente tese conclui que, no Brasil, é indubitavelmente admitida a intervenção estatal – por meio do Estado-juiz – em relações contratuais não apenas para reconhecer inadimplementos e extinguir relações, mas também para revisar contratos por meio da modificação de obrigações pactuadas pelas partes em determinadas hipóteses previstas em lei ou por vontade das próprias partes contratantes.

Em tais hipóteses de cabimento, identificou-se que, em demandas revisionais de contratos, há peculiaridades que suscitam interessantes questionamentos e controvérsias no exercício dos poderes-deveres do juiz ao longo de toda a demanda: destacamos no trabalho que as peculiaridades em demandas revisionais se manifestam em diversos aspectos no exercício dos poderes de decisão, poderes de direção e poderes de instrução – não obstante os poderes de execução também tenham relevância prática.

No exercício de tais poderes revisionais, contudo, após a análise de ampla doutrina (nacional e estrangeira) sobre o tema e de casos práticos atualmente debatidos por nossos Tribunais, a conclusão a que se chega é que, a despeito de nosso ordenamento material prever diversos critérios (em sua maioria, gerais e amplos) aptos a balizar a atuação revisional do magistrado, não parece haver, na prática, a definição de um *standard* de parâmetros sobre a extensão e a profundidade da aplicação de tais critérios.

Nesse cenário, a tese ora apresentada se pauta pela constatação de que, no Brasil, é admitida a intervenção estatal em relações contratuais em determinadas hipóteses previstas em lei ou por vontade dos contratantes e propõe que, *em demandas revisionais, o juiz, no exercício de seus poderes-*

deveres de decisão e instrução processual – e, em parte, de seus poderes de direção –, deverá observar, para fins de sua limitação e parametrização, (i) a natureza da relação contratual e o tipo contratual, bem como as disposições legais a eles aplicáveis, (ii) a vulnerabilidade das partes impactadas pelos efeitos do contrato, (iii) a lógica econômica do contrato à luz do mercado em que se insere a contratação e (iv) o impacto da contratação ao interesse público.

Significa dizer, em conclusão mais ampla, que a limitação dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos deve se pautar, proporcionalmente, pelo interesse que o Estado tem em tutelar determinadas espécies de relação contratual – seja por sua importância jurídica, social, econômica ou política. Ou seja, quanto maior o interesse estatal em tutelar um determinado modelo de relação contratual para proteger valores mais caros à sociedade, menor é a limitação da extensão e produndidade dos poderes do juiz em demandas que discutam a modificação de determinada obrigação contratual. E isso ocorre porque determinadas naturezas contratuais exigem maior dirigismo, a vulnerabilidade de uma das partes pode demandar maior proteção, determinados mercados exigem maior regulação e preocupação com sua estabilidade econômica e porque um contrato pode impactar mais ou menos o interesse social.

Considerando tal objetivo, o presente trabalho foi estruturado com a expectativa de, *(i)* inicialmente, fixar as premissas da tese, com a identificação dos conceitos e ideias basilares dos quais partiu o desenvolvimento do tema, *(ii)* em um segundo momento, apresentar um panorama sobre os poderes-deveres do juiz, em especial considerando a constante modificação histórica dos papéis das partes e do magistrado no processo civil e da própria interferência estatal em relações contratuais e *(iii)* por fim, explorar os limites de tais poderes e dos critérios previstos em nosso ordenamento especificamente em demandas revisionais de contratos, à luz da importância do tratamento de tais poderes e critérios a depender dos parâmetros ora propostos.

Na fixação de premissas e conceitos (Capítulo 5), buscou-se fundamentar a escolha do recorte temático proposto e informar o leitor sobre a base da qual se partiu para o desenvolvimento do tema proposto. Tal capítulo se mostrou pertinente principalmente em função da natureza interdisciplinar do assunto. Não obstante o viés proposto seja eminentemente de direito processual, o assunto permeia o âmbito do direito material – seara em que alguns conceitos essenciais ao presente trabalho (como p. ex., o do próprio

contrato) comportam constante discussão e que, por sua especificidade, complexidade e enfoque, não serão aprofundados nesta sede.

No panorama geral sobre a intervenção estatal em relações contratuais e poderes-deveres do juiz, a proposta foi dividida conforme os propósitos de, inicialmente, promover uma sistematização de quais são os poderes do juiz e, entre eles, quais os poderes que suscitam maiores controvérsias em demandas de revisão de contratos, bem como expor quais serão objeto de estudo mais aprofundado no trabalho (Capítulo 6), e qual a evolução do papel do juiz na condução de tais demandas, o que esperamos da atuação judicial em ações revisionais e em que consiste propriamente a revisão contratual (Capítulo 7).

No enfrentamento do cerne do tema propriamente dito, apontamos quais devem ser, efetivamente, os limites dos poderes do juiz em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos (Capítulo 8).

Ato contínuo, partindo-se da divisão dos poderes-deveres do juiz sob a classificação de seus poderes de decisão, direção e de instrução, buscou-se especificar e aplicar a limitação dos poderes do julgador quanto *(i)* à decisão sobre as hipóteses de cabimento da revisão judicial de contratos (Capítulo 9), *(ii)* à *dosagem* da revisão (Capítulo 10), *(iii)* à direção do processo e gestão de sua marcha e sua regularidade formal (Capítulo 11) e *(iv)* à instrução do processo (Capítulo 12) – todos sob a ótica de demandas revisionais de contratos e sob o enfoque dos parâmetros de limitação propostos pela tese. Ao final, foram abordados alguns aspectos peculiares da sentença judicial em ações revisionais de contratos (Capítulo 13).

De modo geral, buscou-se compatibilizar orientações de outras searas jurídicas – como o direito constitucional, o direito civil e o direito administrativo – não obstante o enfoque da tese seja eminentemente processual civil, além de percorrer sistemas estrangeiros em busca de tratamentos mais eficazes ao assunto que pudessem ser incorporados à nossa prática.

Por fim, é imprescindível destacar que o desenvolvimento do presente trabalho foi guiado pelo objetivo de enfrentar diversas questões específicas e ainda não respondidas sobre a questão da limitação dos poderes do juiz na revisão de contratos. Almejou-se desenvolver novos elementos teóricos ao tratamento do tema – que é de extrema importância jurídica, social e econômica – e, ao mesmo tempo, garantir que tais elementos contribuam, diretamente, à busca da solução mais efetiva e justa possível às controvérsias dessa natureza e, indiretamente, à uniformização do método de processamento e julgamento de demandas revisionais de contratos levadas a juízo, à criação de um quadro de segurança jurídica às relações sociais e ao mercado econômico,

ao estabelecimento de relação de confiança entre o jurisdicionado e a jurisdição.

* * *

3. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E IMPORTÂNCIA DO TEMA

A escolha do tema da tese pode ser atribuída a um conjunto de justificativas que, somadas, refletem a importância e pertinência do assunto na atualidade.

O *primeiro aspecto* a justificar a escolha e importância do tema é a ausência de trabalhos multidisciplinares substanciais que discorram, ao mesmo tempo, sobre os poderes do juiz e a revisão de contratos, correlacionando-os e fixando os limites da intervenção de um enfoque puramente processual dentro de uma sistemática primordialmente de direito substancial (civil, administrativo, consumerista, concorrencial etc) e com alguns importantes aspectos constitucionais.

Na esfera de direito material o tema é bastante recorrente. O Código Civil, ao dispor sobre a resolução de contrato por onerosidade excessiva, prevê que *"a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato"* (art.479, CC) e que o contratante poderá *"pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterado o modo de executá-la"* (art.480, CC). Permite-se a *"redução do proveito"* como substitutiva à anulação dos negócios quando constatada a lesão (art. 157, CC). Em contratos de empreitada, permite-se o reajuste de preço se a execução da obra se tornar *"excessivamente onerosa"* (art. 625, III, CC). Em contratos de seguro, se admite a revisão do prêmio *"se a redução do risco for considerável"* (art. 770, CC). A própria Lei de Locações, é clara ao prever uma ação específica voltada para a revisão do valor locatício pactuado pelas partes (arts. 19, 54-A e 68 a 70, Lei de Locações). Sobre tais disposições, há relevantes e reiterados trabalhos doutrinários desenvolvidos.

As abordagens, contudo – a despeito de sua reconhecida qualidade e inegável importância doutrinária – geralmente se limitam, ou ao menos têm por enfoque, a análise dos aspectos de direito material, como os elementos de configuração da onerosidade excessiva em si, a tônica do equilíbrio contratual, a teoria do risco e os aspectos da manifestação de vontade, reportando, muitas vezes, até aos defeitos dos negócios jurídicos como erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude.

Na esfera constitucional, de igual forma, há importantes trabalhos voltados à limitação ao *"livre exercício de qualquer atividade econômica"* (art. 170, parágrafo único, CF) e às restrições à autonomia da vontade em face de direitos fundamentais.

De fato, tais aspectos são de extrema relevância para a análise do tema e imprescindíveis para o seu correto entendimento. No entanto, não é usual a abordagem quanto ao exercício do poder do magistrado nas demandas envolvendo o assunto. A necessidade de compatibilização com aspectos processuais é evidente. Na aplicação da teoria da imprevisão, a própria indicação de que a modificação equitativa das condições do contrato pode ser feita pelo *Réu* (art. 479, CC) – ou seja, no âmbito de uma ação judicial – indica a pertinência da proposta. A previsão de que a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente *pelo juiz* (art. 413) tem o mesmo sentido. E não é só. Ao prever que as hipóteses de nulidades absolutas de negócios jurídicos, o art. 168, parágrafo único do CC ordena que elas *"devem ser pronunciadas pelo juiz"*, trazendo a lume a rica (e controversa) discussão sobre seu confronto com o princípio da demanda e da congruência da tutela jurisdicional ao pedido do autor, firmes e sólidos na teoria processual.

Como se vê, há diversos pontos de insersecção que demandam especial atenção.

De outro lado, na seara processual, a doutrina é bastante farta com relação ao tema dos poderes do juiz. Não obstante, seu enfoque é, muitas vezes, mais endoprocessual e menos comunicativo com o direito material.

Justamente neste contexto é que se justifica a importância do trabalho pois, em um cenário em que se enaltece mais a preservação dos negócios jurídicos do que sua anulação, ganha força a necessidade de se entender os limites e a extensão dos poderes de julgamento, de direção e de instrução dos juízes em ações judiciais envolvendo a revisão de obrigações contratuais, em relação às quais, muitas vezes, inexiste um critério objetivo específico que permita pacificar o conflito de direito material de forma razoável, proporcional e justa.

A ideia que se pretendeu desenvolver, nessa linha – em total alinhamento com a visão instrumental do processo e sempre se pautando pela preocupação do atingimento de seus escopos – é a de que os poderes do julgador (especificamente em demandas revisionais de contratos) devem estar alinhados a aspectos de direito material, a depender da natureza contratual, das características das partes contratantes, do interesse público e da lógica da contratação em seu respectivo mercado.

O *segundo aspecto* sobre o qual se fundamenta a escolha e importância do presente tema é sua pertinência social e jurídica. Sob este ponto de vista, a fixação dos limites de atuação do juiz na direção e julgamento de demandas que envolvam a revisão de obrigações contratuais guarda íntima relação com a

efetividade do processo (de modo imediato) e com a pacificação de conflitos sociais, destacando-se sua especial importância na ordem econômica, nas relações comerciais e na própria organização de determinado ramo empresarial (de modo mediato).

Assumindo-se como premissa o entendimento de que a tutela jurisdicional é *"o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito material"*[1], é quase que automática a conclusão de que, uma vez discutida a necessidade de revisão contratual – por qualquer motivo que o direito material a autorize, como p.ex., supressão de uma abusividade ou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das obrigações contratuais – o uso do instrumento processual só será útil e adequado, e portanto efetivo, se o provimento jurisdicional adequar a relação contratual ao *status* de equilíbrio que o direito material idealiza.

A intervenção judicial na 'autonomia de vontade das partes' manifestada na formação da relação contratual e, em princípio, vinculativa aos contratantes (art. 5º, XXXVI, CF), sob esse ponto de vista, é um forte instrumento de atuação estatal nas relações empresariais.

O assunto ganha, nesse aspecto, contornos constitucionais. O art. 170 de nossa Constituição Federal é claro ao garantir, entre os princípios da atividade econômica, a *livre iniciativa*, a *livre concorrência* e o *livre exercício de qualquer atividade econômica*. Ao mesmo tempo, o próprio dispositivo alude a princípios limitadores a essa liberdade, como a *justiça social*, a *função social da propriedade*, o respeito aos *direitos do consumidor* e as exceções *previstas em lei*.

O contrato, como *"alavanca da livre iniciativa"* – utilizando-se aqui ilustrativa expressão de MIGUEL REALE – é justamente uma ferramenta a permitir tal intervenção pois *"comprometer o equilíbrio do contrato é (...) impropriá-lo como instrumento hábil para a circulação da riqueza, é abalar a circulação econômica ordinária, significando, em uma palavra, frustrar a livre iniciativa"*[2].

Aliás, as disposições contratuais podem, inclusive, ultrapassar o âmbito eminentemente particular para impactar interesses coletivos, aí incluídos os

---

[1] JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 31. Ainda, segundo o autor, a efetividade do processo é a sua *"aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados"* (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 32).

[2] MIGUEL REALE. *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 8.

interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (*cf.* art. 81, CDC) e, com isso, é possível o ajuizamento de ações voltadas exclusivamente para a salvaguarda de tais interesses. É o caso, por exemplo, de ações civis públicas voltadas para redução, supressão, majoração e até criação de multas contratuais em relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor e para modificação de escopos e condições contratuais ajustados entre particulares, não raras vezes utilizadas como instrumento de intervenção em políticas públicas.

Como se vê, ao juiz é dado o poder de rever esta ferramenta essencial ao exercício da livre atividade econômica – o contrato – e, ao mesmo tempo, de assegurar que tal liberdade se dê sem a violação a direitos sociais igualmente garantidos pela Constituição Federal, afigurando-se de extrema relevância, portanto, o estudo da limitação de seus poderes voltados para revisão de obrigações contratuais.

Nessa linha, a abordagem ainda que primordialmente processual, porém sem negligenciar o direito material, que se pretende desenvolver apenas confirma a grande preocupação com a visão instrumentalista do processo. Ora, se a solução de conflitos à luz de regras de direito substancial é o escopo – ao menos um dos escopos – do processo, a análise multidisciplinar ora pretendida, sem se descurar da autonomia entre as matérias, garantirá uma tese comprometida com a noção de processo de resultados, voltada para a efetiva pacificação social.

O *terceiro aspecto* que sustenta a escolha e importância do tema refere-se à ausência de uma orientação jurisprudencial consolidada, firme e uníssona quanto aos limites dos poderes do juiz da revisão de cláusulas contratuais.

A este respeito, o direito positivo nos garante uma série de critérios definidos, porém dotados de certa generalidade, para guiar o exercício dos poderes do juiz especificamente relacionados à revisão de contratos: a aplicação das normas legais – e, nesse sentido, o direito material nos auxilia ao prever a boa-fé (arts. 113, 187, 242 e em mais de 50 outras referências ao longo do Código Civil), a imprevisibilidade (art. 478, CC), a noção de equilíbrio econômico-financeiro (arts. 187 e 480, CC), a proibição ao comportamento contraditório e ao abuso, etc. –, a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade, entre outros (arts. 126 e 127, CPC e arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/42).

Tais critérios, certamente imbuídos de um interesse legislativo em garantir maleabilidade e flexibilidade hábeis a permitir sua aplicação a diferentes relações jurídicas – sempre em constantes e inevitáveis

transformações –, são, por consequência, dotados de certa generalidade, permitindo a abertura de um campo interpretativo para seu emprego em casos concretos específicos.

Nasce então a seara de exercício dos poderes do juiz em cada conflito e, como decorrência lógica, surgem diferentes interpretações resultantes de um mesmo critério legal positivado e com consequências possivelmente díspares em situações fáticas aparentemente similares.

Nesse contexto, o que se espera é que a orientação jurisprudencial adote posicionamentos uniformes na aplicação de tais critérios legais em situações fáticas de mesma identidade, como forma de garantir um mínimo de segurança jurídica.

O que se vê, contudo, é que nem sempre isso ocorre, não só porque os critérios são genéricos e *"abertos"*, mas também porque não há uma sistematização ordenada sobre quais são os efetivos limites do Estado-juiz na interferência sobre os contratos, seja porque há critérios legais aparentemente conflitantes e seu sopesamento não é tão claro, seja porque há situações em que se justifica uma interferência sob critérios econômicos, fora do escopo técnico do magistrado.

Assim, pautando-se também por alguns exemplos ilustrativos da jurisprudência de nossos Tribunais sobre os limites da interferência judicial nas relações contratuais, o trabalho em questão busca sistematizar tais critérios e propor a adequada extensão e limitação dos poderes do juiz em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos.

Diante dos aspectos acima descritos, não há dúvidas de que o tema escolhido envolve um assunto atual, rico por sua multidisciplinaridade, de reconhecida importância jurídico-acadêmica, de clara relevância social, e que demanda uma maior sistematização em relação aos conceitos envolvidos e aos critérios e limites de seu exercício, justificando-se a tese de doutorado ora apresentada.

* * *

4. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Como adiantado, são poucas, na atualidade, as obras de natureza processual que correlacionem os poderes dos juízes ao âmbito da revisão de cláusulas contratuais.

Na esfera eminentemente de direito material há inúmeras – e importantes – obras que versam sobre as hipóteses e os critérios de revisão judicial de contratos. Nesta seara, geralmente o enfoque dado ao tema é pertinente às próprias situações fáticas que justificam ou não a revisão (hipóteses de cabimento), pairando sobre aspectos da manifestação de vontade, da alteração de contexto dos negócios jurídicos, da abusividade e do comportamento dos contratantes. O direcionamento é voltado mais à própria conceituação do que seria ou não *excessivo, abusivo, desequilibrado*, carecendo de maiores esclarecimentos sobre os critérios pelos quais o juiz deve balizar seu juízo *revisional*.

Poucos tentam relacionar o tema ao aspecto puramente processual dos poderes do juiz, que é voltado não só à valoração dos cenários que justificam a revisão contratual (causas da revisão), mas também a como, quando, em que medida e sob qual modulação de efeitos essa revisão se dá.

Assim, é comum que fiquem prejudicadas pela doutrina de direito material questões de extrema relevância não só para o direito processual mas também ao próprio direito substancial (considerando-se aqui a noção de processo *instrumental*, voltado para a pacificação social adequada e justa, com a concreta aplicação do direito posto), tais como (i) os limites interpretativos do magistrado na aplicação de critérios revisionais de obrigações, (ii) a limitação à causa de pedir e a própria possibilidade jurídica de pedidos envolvidos na lide revisional, (iii) a diferenciação de tratamento entre as hipóteses de *modificação, supressão* e *criação* de obrigações contratuais, (iv) a possibilidade de interferência judicial na economia do contrato e (v) a aplicação prática de critérios abertos como os costumes, os princípios gerais e a equidade, entre outros.

A fixação de tais critérios de atuação judicial na intervenção em relações contratuais gera consequências extremamente relevantes e efetivas na vida pessoal e na atividade empresarial de litigantes na atualidade.

Tais poderes-deveres atribuídos ao juiz não só na direção e instrução do processo, mas principal e especialmente no julgamento da demanda – e, mais ainda, quando a própria lei material não dispõe de parâmetros claros e objetivos a auxiliar na orientação a se seguir em casos concretos – impactam de forma direta e substancial na livre iniciativa e na livre atividade econômica e, ao mesmo tempo, guardam estreita relação com as garantias de justiça social.

A ciência jurídica brasileira – seja na esfera acadêmica e doutrinária, seja na jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive os Superiores – hoje não tem uma sistematização dos limites dos poderes do juiz na revisão de cláusulas contratuais e dos critérios utilizados nesta seara, sendo comum observar práticas díspares sobre mesmos critérios legais e em situações fáticas similares.

As questões analisadas ao longo do trabalho conduzirão à confirmação da tese de que, no sistema jurídico brasileiro, os limites dos poderes do juiz – de decisão, instrução e, em parte, de direção – na revisão de contratos devem variar conforme a ponderação entre 4 (quatro) parâmetros: a natureza da contratação, as partes envolvidas, o impacto da contratação no interesse público e a lógica econômica do pacto em seu mercado, de modo que, quanto mais o Estado pretende intervir em um determinado modelo de contratação, mais extensos e menos limitados serão os poderes do juiz para rever cláusulas contratuais.

Em suma, o trabalho se propõe a identificar quais os parâmetros do limite do exercício dos poderes do juiz em cada modelo de contratação abrangida pelo recorte escolhido para análise.

Dessa forma, a presente tese representa uma contribuição original na medida em que relaciona temas até então analisados de forma estanque – (i) poderes do juiz, pelos processualistas; (ii) revisão de contratos, pelos estudiosos de direito material (civilistas, consumeristas, administrativistas, concorrencialistas etc); e (iii) intervenção do Estado na livre atividade econômica e livre iniciativa, pelos constitucionalistas – e propõe uma análise inovadora que, de forma interdisciplinar (apesar da natureza inegavelmente processual) e mediante clara e completa sistematização de critérios, conclui pela fixação dos limites do exercício dos poderes do juiz nas ações de revisão de contratos com base no modelo contratual, nas partes envolvidas, no interesse público e na lógica econômica – os quais, em conjunto, definirão uma maior ou menor intervenção estatal.

* * *

5. FIXAÇÃO DE CONCEITOS E PREMISSAS DA TESE

5.1. A noção de *Contrato*

O conceito de *Contrato* não é uníssono e está em constante evolução.

Apesar de ser o *acordo de vontades* o elemento central praticamente unânime entre os civilistas, o conceito agrega diferentes características conforme o período histórico e a preponderância de cada regime político, econômico e social em seu tempo. Como se verá em item pertinente a seguir, a ideia de contrato sofreu importantes influências do aumento da intervenção do Estado na economia (e, consequentemente, com o fortalecimento do chamado *dirigismo contratual*), depois de um período de predomínio de ideais liberais enaltecedores da vontade do indivíduo e, de igual forma, após o período evolutivo da consolidação do fenômeno da massificação das relações e a consequente padronização de contratos.

Não obstante alguns civilistas apresentem o conceito com mais ênfase à sua característica de fonte de obrigações[3] – e, portanto, à constituição de uma relação jurídica – outros, sem rejeitar a função criadora de relações jurídicas, realçam sua característica de instrumento jurídico de atividades econômicas.

O conceito de contrato como elo jurídico entre direito e economia foi desenvolvido, com excelência, por ENZO ROPPO[4], para quem o contrato é a *"veste jurídico-formal de operações econômicas"*, sendo estas as transações em que há transferência (ou potencial transferência) de riqueza de um sujeito para o outro e a *riqueza*, por sua vez, toda utilidade suscetível de *avaliação econômica*. Nesta mesma linha, MIGUEL REALE[5] defende que *"o contrato é (...) a alavanca da livre iniciativa"*. ORLANDO GOMES[6] afirma que contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral cujo propósito é servir de *"instrumento jurídico para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica"* e que *"sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam"* e HUMBERTO THEODORO JUNIOR[7]

---

[3] Segundo FABIO ULHOA COELHO, contrato é *"o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros"* (*Curso de Direito Civil,* 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 22).

[4] *O Contrato,* Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 7, 9 e 13.

[5] *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 8.

[6] *Contratos,* 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 5 e 11.

[7] *O Contrato e seus Princípios,* Rio de Janeiro, AIDE, 2001, pp. 61 e 69.

ensina que *"o contrato nada mais representa que um instrumento de jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas no campo das atividades econômicas"* e destaca ser impensável a circulação de riquezas no plano econômico sem a segurança jurídica e a estabilidade conferidas aos contratantes por meio da formalização do contrato. Diversos outros autores[8] destacam a importância do elemento patrimonial e a sua função como meio de circulação de riquezas.

Para fins deste trabalho e considerando os conceitos debatidos na doutrina civilista, parte-se da premissa de que a noção de contrato, enquanto espécie de negócio jurídico firmado entre duas ou mais partes, abrange, necessariamente, como elementos *(i)* o efeito de constituir e extinguir obrigações entre os contratantes, vinculados, a princípio, à estrita observância dos termos pactuados e *(ii)* a autorregulação pelas partes sobre seus interesses acerca de determinada relação econômica, observada a limitação imposta pelo dever de boa-fé e pela função social.

A regra de vinculação dos contratantes aos termos contratuais e a inclusão do aspecto econômico no próprio conceito de contrato têm total relevância no estudo dos poderes do juiz na revisão de contratos – questão que ganhou contornos especiais com a evolução da figura do contrato como algo maleável e apto a regulamentar e dar o mínimo de segurança a relações econômicas de duração e que, por sua própria natureza, demandam essa certa *plasticidade*[9] do instrumento formal.

A *vinculação dos contratantes* guarda pertinência com os efeitos da decisão judicial que modifica determinada obrigação contratual. Como se verá, a fixação de prestações pelas partes não necessariamente impede a intervenção estatal e a sua modificação por decisão judicial se, pela lei ou pelo contrato, se tratar de hipótese de cabimento de revisão. Desta assertiva decorrem questionamentos práticos relevantes. Tratando-se de hipótese de cabimento de revisão judicial, no caso de ser procedente o pedido revisional, a parte

---

[8] Nesse sentido: MARIA HELENA DINIZ conceitua contrato como o *"acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial"* (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º vol., 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 24); FERNANDO ARAÚJO defende que *"o contrato não passa de um acordo bilateral de coordenação de condutas, a via dominante para a produção e circulação de riquezas"* (*Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 13).

[9] Utilizamos aqui expressão já empregada por ARNOLDO WALD, para quem, hoje, o contrato deixou de ser fixo, irrevogável e estático, para se tornar um contrato *plástico*, que pode *"ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, pelos árbitros ou até pelo Poder Judiciário"* (O novo Código Civil e o Solidarismo Contratual. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 21, julho-setembro 2003, itens 79, 85 e 87).

devedora da prestação revisada tem a seu favor o argumento da ausência de inadimplemento se a prestação estiver vencida e não cumprida no momento da revisão? Há parâmetros pré-definidos da extensão e profundidade da revisão pelo juiz? A revisão judicial teria efeitos retroativos de modo a escusar a regra da vinculação das partes aos termos contratuais? São questões que pretendemos responder a seguir.

Já o *aspecto econômico* como elemento do contrato tem total pertinência com a necessidade de modificação judicial do contrato sempre segundo seu caráter instrumental e finalístico. Com acerto e atenta ao aspecto evolutivo das noções jurídicas, JUDITH MARTINS COSTA[10], na década de 90, destacava estar superada a concepção da obrigação como vínculo binário (credor *x* devedor) advinda da pandectística, defendendo que o contrato deve ser visto sob o prisma da *instrumentalidade* como uma *"cadeia de processos teleologicamente interligados"*, com deveres para todas as partes. Também sob esse prima, na doutrina portuguesa, FERNANDO ARAÚJO[11] destaca a importância da Teoria Econômica na análise do direito contratual e ensina que *"a abordagem da* Law and Economics *ao fenómeno contractual tem sido decisiva para a reavaliação do lado* funcional *do contrato, ajudando por essa via a sacudir os fundamentos do conceptualismo reinante".*

Ora, se é verdade que a função econômica é a *causa*[12] do contrato e se esta, de fato, é a guia orientadora da função e da finalidade do negócio jurídico que é o contrato, o juiz, ao exercer seu poder revisional de cláusulas contratuais, não pode olvidar da análise desta situação econômica prévia e motivadora da celebração do contrato, sob pena de desvirtuamento de sua própria razão de ser.

A importância, contudo, está no sopesamento entre o viés econômico e o viés social almejado por determinada política estatal, de modo geral. Com total acerto, SÉRGIO VARELLA BRUNA[13] destaca que a incapacidade do sistema de mercado em atender determinadas necessidades sociais *"faz com que, de forma complementar ao mercado, ou mesmo em substituição a ele, sobreponham-se sistemas de decisão social"*, os quais são mais baseados em autoridade do que em autonomia.

---

[10] A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, outubro/dezembro 1992, pp. 140-172, item I.a.1.

[11] *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 16.

[12] Cf. ORLANDO GOMES. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 22.

[13] Procedimentos normativos e controle da regulação econômica no Brasil. *Regulação e Desenvolvimento*. Coord. Calixto Salomão Filho, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 232.

Por óbvio, como se defenderá a seguir, a análise teleológica (de finalidade) do contrato à luz de sua função econômica, apesar de necessária, não é absoluta e única. Justamente em função de limites legais (como a boa-fé e a função social), e constitucionais (como a dignidade, a redução de desigualdades e a defesa do consumidor e do meio ambiente), a apreciação revisional do contrato deve também contemplar sua análise axiológica (de valor). A pesquisa ora desenvolvida constata que, na prática, nem sempre as duas análises são observadas, havendo, não raro, uma preponderância – muitas vezes, sem critérios claros e objetivos – da análise axiológica em total detrimento da teleológica, em prejuízo à própria ideia de preservação de negócios.

5.2. A classificação dos Contratos e sua importância para o recorte temático

A classificação dos contratos é importante neste trabalho, basicamente, por três principais motivos. Primeiro porque, do ponto de vista de sua função doutrinária, a aglutinação das espécies contratuais em categorias conforme determinadas características que lhe são ínsitas facilita sua interpretação e a atribuição de efeitos. Em segundo lugar, porque o presente trabalho não pretende abranger a totalidade de modelos de contratação e o recorte temático proposto leva em conta a categorização ora indicada. Em terceiro lugar, porque um dos critérios que se defende ser um limitador dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos é, justamente, a natureza da relação contratual ou o tipo contratual objeto da controvérsia levada a juízo.

As classificações se organizam conforme critérios, de modo que, a cada critério, há uma proposição de agrupamentos. Por exemplo, podem ser relacionados conforme a geração de obrigações (unilaterais *x* bilaterais ou sinalagmáticos), conforme a vantagem (onerosos *x* gratuitos), conforme a equivalência da onerosidade (comutativos *x* aleatórios), conforme a liberdade de forma (solenes *x* não-solenes), conforme sua autonomia (principais *x* acessórios), conforme o momento de execução (de execução imediata *x* de execução diferida), conforme sua previsão legal (típicos ou nominados *x* atípicos ou inominados), entre outros.

A proposta do presente trabalho pautou-se, *(i)* primeiro, de modo mais amplo pela classificação dos contratos conforme o que alguns autores

denominam de *"finalidade econômica"*[14] ou *"ramo jurídico de regência"*[15] – e que, nesta tese, optou-se por denominar *"natureza"* e *(ii)* segundo, de modo mais específico, pela identificação do tipo contratual – o que pode impactar na observância da legalidade pelo juiz revisionista.

Sob o primeiro critério, nos pautaremos pela classificação abaixo[16]:

- Contratos de Direito Público	• *Contratos Administrativos* – relação em que uma das partes é pessoa jurídica de direito público.
- Contratos de Direito Privado	• *Contratos de Trabalho*[17] – relação caracterizada pela prestação de serviços pessoais, subordinados, não eventuais e mediante pagamento de remuneração, regidos primordialmente pela CLT. • *Contratos de Consumo* – firmados entre fornecedor e consumidor, regidos primordialmente pelo CDC. • *Contratos Empresariais* – firmados entre sociedades empresárias e/ou empresários individuais (aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços), regidos primordialmente pelo CC. São também denominados *contratos comerciais* ou *mercantis.* • *Contratos Civis* – aqueles que não se enquadram nas demais classificações, regidos primordialmente pelo CC. São também denominados *contratos civis comuns.*

Como se defenderá adiante, a natureza da relação contratual mediante seu enquadramento em um dos modelos acima referidos tem grande relevância para o nível de interferência judicial, como reflexo do maior ou menor interesse do Estado em tutelar as relações jurídicas mantidas sob tais rotulagens.

Mas não é só a natureza, mas também o tipo contratual que determina a extensão e profundidade dos poderes do juiz ao interferir na contratação.

---

[14] Cf. ORLANDO GOMES. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 100.

[15] Cf. FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Civil,* 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 61.

[16] Classificação proposta também por FÁBIO ULHOA COELHO (*Curso de Direito Civil,* 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 61-70). A doutrina propõe diversas classificações, muitas das quais parecem se enquadrar nessa estrutura, com maior ou menor detalhamento. Em sentido um pouco diverso, ORLANDO GOMES classifica os contratos em *empresariais* (aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas ou, ainda, entre um empresário e não-empresário, desde que com fim de lucro) e *não-empresariais* ou *existenciais* (aqueles celebrados entre não-empresários ou entre empresário e não-empresário que não tenha o lucro como fim), incluindo, entre estes últimos, os contratos de consumo, de trabalho, de locação residencial, etc. (*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 100).

[17] Por sua especificidade, os contratos de trabalho não serão abordados na presente tese.

Dentro de tais *naturezas*, há *tipos contratuais* que podem, também, direcionar a atuação do juiz em demandas revisionais. Por exemplo, dentro dos contratos civis, a relação de locação pode conter previsões específicas de revisão contratual diversas de relações de compra e venda. Ou ainda, dentro dos contratos empresariais, uma relação de empreitada para obras pode oferecer parâmetros revisionais diversos de uma relação de distribuição de insumos.

Tais modelos – seja pela *natureza do contrato*, seja pelo *tipo contratual* – são de extrema relevância na tese como um dos parâmetros definidores dos poderes do juiz em ações revisionais de contratos e conforme se verá em item pertinente a seguir, sua importância está intimamente ligada à necessidade de vinculação da apreciação jurisdicional à *legalidade*.

5.3. Autonomia da vontade, liberdade contratual e o *pacta sunt servanda* nunca foram absolutos

A autonomia da vontade, a liberdade contratual e o princípio do *pacta sunt servanda* nunca foram conceitos absolutos.

No Brasil, CLOVIS COUTO E SILVA[18], ao definir a autonomia da vontade como a *"'facultas', a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade"*, já ressalvava que esta atividade, contudo, está *"sob a vigilância do Estado"*. Se, de um lado, a autonomia da vontade é um dos pilares do sistema democrático e do próprio Estado de Direito, ela não se exerce sem limitações.

O mesmo ocorre com a liberdade contratual. O presente trabalho não tem a pretensão de desenvolver o tema da liberdade sob o aspecto da filosofia ou da teoria do direito, onde o assunto rende ricas discussões. Contudo, ao se estudar a matéria da liberdade (e seu correspondente político-econômico, o liberalismo), o que percebemos é que, mesmo nos períodos históricos de sua maior expressão e de dirigismo estatal mínimo, sua limitação era invocada. Nesse sentido, RONALD DWORKING[19] destaca que a própria obra de JOHN

---

[18] *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 17. JUDITH MARTINS-COSTA ensina que não se pode confundir a autonomia da vontade ("querer") com a autonomia privada ("poder" de *autorregulação de interesses privados*) (*A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 228).

[19] *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 399, 407-408. A obra a de STUART MILL a que RONALD DWORKING se refere é *On Liberty* (*Sobre a liberdade / utilitarismo*, em tradução para a Língua Portuguesa).

STUART MILL – comumente invocada como fonte de uma filosofia liberal – não atribuiu à expressão *liberdade* o significado de total independência. Segundo o autor, ao incluir entre as funções da educação em uma sociedade a tarefa de *"desenvolver no ser humano o hábito (...) de subordinar seus impulsos e objetivos pessoais ao que for considerado como os objetivos da sociedade"*, STUART MILL defendida a imposição de restrições à liberdade de modo a acomodar o interesse individual aos interesses de outros e exemplifica justamente com um *case* norte-americano em que a Suprema Corte havia confirmado a possibilidade de empregadores contratarem funcionários nos termos que bem entendessem, sob o argumento de que a liberdade deveria ser protegida – orientação rapidamente abandonada.

Sobre a figura da liberdade, é corrente[20] a sua conceituação dita *tríplice,* abarcando a *liberdade de celebrar o contrato*, a *liberdade de escolher o contratante* (essas duas, conjuntamente, às vezes são referidas como *liberdade de contratar)* e a *liberdade de estipular o conteúdo do contrato*. Aliás, justamente por conta dessa noção tríplice, há quem critique[21] o uso da expressão "liberdade de contratar" pelo art. 421 do CC e indique como mais acertada a expressão "liberdade contratual".

A liberdade de modo geral e especialmente a sua faceta de estipular o conteúdo do contrato, segundo ORLANDO GOMES[22], "*jamais foi ilimitada"*, tendo sempre sido confinada aos limites ditados pela ordem pública e pelos bons costumes, especialmente desde o período histórico de maior intervenção estatal na economia a partir do século XIX, quando se constatou que contratantes de uma mesma relação contratual poderiam ocupar posições socialmente antagônicas. Mesmo em cenários neoliberais, EROS GRAU e PAULA FORGIONI[23] destacam que a liberdade de contratar *"jamais assumiu plena concreção no mundo real"* pois também as relações entre empresários e outros agentes econômicos estão sujeitas a normas cogentes de restrição à livre disposição de patrimônio. Vale dizer, a percepção estatal da importância social e econômica da tutela contratual impactou de modo irremediável a noção de liberdade. A depender da natureza da relação jurídica a ser tutelada, a liberdade

[20] O art. 1.102 do Código Civil francês, aliás, prevê expressamente esse conceito tríplice e especifica que *"cada um é livre para contratar ou não contratar, de escolher seu contratante e de determinar o conteúdo e a forma do contrato observados os limites fixados pela lei"* e especifica que a liberdade contratual não pode *"derrogar regras que interessam à ordem pública"*.

[21] Cf. JUSTINO MAGNO ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 115).

[22] *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 17 e 27.

[23] *O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 55.

(principalmente a de determinar o conteúdo contratual) tem seus limites mais definidos.

A expressão *pacta sunt servanda* ("os pactos devem ser observados"), traduzida correntemente como *princípio da força obrigatória dos contratos*, tem origem no direito romano. O princípio de que as disposições contratuais pactuadas entre as partes têm força vinculativa e obrigatória entre os contratantes, consubstanciado na máxima *"o contrato é lei entre as partes"* é praticamente firme e consolidado no direito ocidental e está imbuído da finalidade de garantir segurança e estabilidade às relações comerciais.

Como regra, os contratos têm força obrigatória entre seus contratantes e são dotados de intangibilidade (intocabilidade) de seu conteúdo. Essa força obrigatória que vincula os contratantes entre si produz também efeitos ao magistrado que, de acordo com esse princípio, têm o dever de respeitar as disposições pactuadas pelas partes. Ou seja, sua revisão judicial é excepcional e admitida apenas em hipóteses específicas de cabimento.

Apesar de haver na doutrina brasileira[24] quem afirme que o princípio da força obrigatória dos contratos sofreu uma *relativização* com o advento do Código de Defesa do Consumidor – o que teria possibilitado a revisão de contratos de consumo – e que tal relativização teria se *estendido às relações entre particulares* em razão da positivação da boa-fé subjetiva e objetiva e da função social do contrato pelo Código Civil de 2002 (arts. 113, 421 e 422, CC), a história nos mostra que há muito a regra do *pacta sunt servanda* já comportava diversos temperamentos e permitia a revisão de contratos, inclusive judicialmente. Em capítulo pertinente a seguir sobre a evolução do papel do juiz e da interferência do Estado – especificamente o Judiciário – nas relações contratuais são expostas considerações que fundamentam tal assertiva de modo mais claro.

O fato é que, no Brasil, pelo menos desde a década de 1930, essa 'relativização' da força obrigatória já é assente. Como lembra JUSTINO MAGNO ARAÚJO[25], em 1933, durante o governo de Getúlio Vargas, lojistas do Rio de Janeiro se organizaram para pressionar proprietários a renovar contratos de locação. A pressão resultou no Decreto nº 24.150/1934, que passou a regular a renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais e, de forma bastante elucidativa, traz entre seus *considerandos* o

[24] Nesse sentido, ROGÉRIO DONNINI (Contratos Empresariais e a Cláusulas Rebus sic Stantibus, *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças* (Coords. Gilberto Bruschi et. al.), Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 805).

[25] *Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 127.

pano de fundo dessa limitação ao *pacta sunt servanda*, prevendo que *"não só as legislações mais adiantadas, como a própria legislação nacional, ao lado da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, limitadora do direito de propriedade, tem admitido restrições à maneira de usar esse direito, em benefício de interêsses ou conveniências gerais"*.

Quanto à ideia de liberdade, a mesma limitação se repete. Emprestando-se a conclusão de JOSÉ EDUARDO FARIA[26], o *"livre jogo de mercado por si só não gera nem sustenta uma ordem social minimamente coesa".* E, de fato, desde 1988, a própria Constituição Federal, em seu art. 170, limita a livre iniciativa para que não contrarie a *justiça social* e não viole princípios como a *função social da propriedade*, a *defesa do consumidor e do meio ambiente* e a *redução das desigualdades regionais e sociais.* Vale dizer, a liberdade e autonomia da vontade sofrem, com amparo constitucional, restrições em nome da proteção não apenas de um dos contratantes, quando dotado de alguma vulnerabilidade, mas também de terceiros e do interesse público de modo geral.

Não obstante JOSÉ AFONSO DA SILVA[27] advirta para não nos enganarmos com a *"retórica constitucional"* e alerte para o fato de que *"a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista"*, é inegável que o direcionamento dado pela Constituição Federal à condução da Ordem Econômica nos indica haver um comando limitador do exercício das liberdades individuais de um modo geral.

E os Tribunais Superiores, no Brasil, confirmam essa *relativização* da autonomia privada em sede contratual, reconhecendo sua delimitação pelos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da prevalência do interesse público. A restrição à autonomia privada e à liberdade contratual com fundamento em tais princípios vem sendo firmemente corroborada pelas Cortes brasileiras ao, por exemplo, se impedir a rescisão unilateral de contrato de conta corrente por instituições bancárias sem que haja inadimplemento de seu cliente em razão de sua função social[28]; se exigir letras em tamanho razoável como requisito formal em contratos de consumo como expressão de boa-fé[29] ou, ainda, ao permitir obrigações compulsórias em contratos de locação e compartilhamento de infraestrutura de estações de telefonia celular por se tratar, a telecomunicação, de uma função social e de relevância para o interesse

---

[26] Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. Org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros, p. 149.

[27] *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 788-789.

[28] STJ, REsp nº 1.277.762-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 04.06.2013.

[29] STJ, REsp nº 1.344.967-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 26.08.2014.

público[30]. Sobre o tema, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA chega a defender até que a autonomia seria um princípio *formal* e os direitos fundamentais seriam princípios *materiais* de modo que sequer se admitiria o sopesamento entre ambos, prevalecendo o segundo em detrimento do primeiro[31].

A presente tese parte, portanto, da fundamentada premissa de que a revisão judicial de contratos, nas hipóteses de cabimento pré-determinadas pela lei ou pelas partes e observados os critérios que também serão analisados ao longo do trabalho, pode ser plenamente exercida sem que sua efetivação implique violação à autonomia da vontade, à liberdade contratual e ao princípio do *pacta sunt servanda*, conceitos estes que, lembre-se, nunca foram absolutos.

No entanto, como bem destacou HUMBERTO THEODORO JR.[32], *"se o total liberalismo é censurável, também o excesso de intervenção no domínio do contrato é incompatível com as ideias de liberdade e autonomia que se ligam aos direitos do homem no Estado democrático".* Assim, o grande desafio que permeia o tema é justamente tentar definir qual a exata medida de intervencionismo estatal-judicial nas relações contratuais que, de um lado, garanta ao máximo a justiça social a todos e equilíbrio econômico-financeiro aos contratantes e, de outro, impacte ao mínimo a autonomia da vontade, a liberdade contratual e à vinculação das partes ao ajuste por eles entabulado.

Entendemos que não há apenas uma resposta possível. O fiel desta balança, a cada pesagem, poderá se deslocar a depender da natureza da contratação em questão, da vulnerabilidade das partes envolvidas, da lógica da contratação perante seu mercado e do impacto da contratação no interesse social – todos critérios que balizam o maior ou menor interesse do Estado em tutelar as relações sociais. É o que se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho.

5.4. Os Direitos Processual e Material são autônomos, porém, interdependentes

A principal premissa da qual parte o presente trabalho – e a própria interdisciplinaridade do tema assim o confirma – é a de que o direito

[30] STJ, REsp nº 1.309.158-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 26.09.2017.

[31] *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 27-28.

[32] *O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro, AIDE, 2001, pp. 20-21.

processual e o direito material são interdependentes, apesar de plenamente autônomos enquanto ciências.

Essa independência, contudo, é relativamente recente na história do direito. Na chamada *primeira fase metodológica (sincretismo)*, o processo civil era desprovido de autonomia e considerado um desdobramento dentro do direito privado, com a previsão de um processo sincrético, fundado em conhecimentos empíricos e ainda sem método bem definido.

Em sua *segunda fase* (*autonomista*), por volta do século XIX, o direito processual civil firma-se como ciência autônoma, migrando do direito privado ao direito público, porém ainda sem a vinculação aos escopos que hoje concebemos. O marco deste período é atribuído à obra de OSKAR VON BÜLOW que, em 1868, propôs uma sistematização da relação jurídica processual independente da relação jurídica material. Foi o gatilho para que se desenvolvessem grandes e decisivos trabalhos a confirmar a independência da ciência processual. Entre o final do século XIX e início do século XX se destacaram os processualistas alemães – entre os quais GOLDSCHMIDT (a quem é atribuída a paternidade da teoria do processo como situação jurídica) – e os italianos, inaugurados por GIUSEPPE CHIOVENDA (a quem se atribui o desenvolvimento da autonomia da ação) e PIERO CALAMANDREI, além de diversos outros nomes de inegável importância, como CAPPELLETTI e LIEBMAN, este último, em muito, responsável pelo desenvolvimento do direito processual no Brasil e, especificamente, pelo incentivo à chamada *Escola Processual de São Paulo*.

Em meados do século XX, com a denominada *terceira fase*, passa-se ao período *instrumentalista*. No Brasil, a corrente foi desenvolvida com pioneirismo por CÂNDIDO DINAMARCO, enaltecendo o aspecto teleológico do processo civil e adotando, com tendência de *publicização* e *constitucionalização*, a ideia de processo como *"instrumento do Estado para a realização de determinados objetivos por ele traçados"*[33-34].

---

[33] *A Instrumentalidade do Processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 63.

[34] Sobre a evolução das fases metodológicas do direito processual civil: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, além de apresentar rico panorama sobre a evolução do direito processual enquanto ciência no mundo, propõe uma divisão da história do processo civil brasileiro em 8 (oito) fases, a saber: 1ª fase: vigência das Ordenações Filipinas, sancionadas no fim do século XVI e que também contaram com a vigência do Regulamento 737 e do Código Comercial de 1850; 2ª fase: vigência da Consolidação Ribas, compilada pelo Conselheiro do Imperador, Antonio Joaquim Ribas, em 1876; 3ª fase: ampliação do Regulamento 737 ao processo civil em geral, em 1890; 4ª fase: vigência da Constituição Republicada ne 1891; 5ª fase: vigência do Código de processo Civil de 1939; 6ª fase: vigência do Código de Processo Civil de 1973; 7ª fase: vigência das reformas de 1984, 1994, 1995, 2002 e 2005 e 8ª fase: vigência do Código de Processo Civil de 2015 (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 386-418).

Em obra específica sobre o tema da íntima relação entre o direito processual e o direito material, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE[35] já havia defendido, com acerto, que o direito substancial é *"um conjunto de normas destinadas a regular conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer"*, ao passo que o direito processual seria *"a regulamentação do método de trabalho (...) necessária à eliminação, pelo juiz, das controvérsias surgidas no plano do direito material".* Sobre o tema, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA[36], com acerto – e apesar de destacar que a eficácia da tutela jurisdicional não se equipararia à do direito material – ensinada que *"o direito substancial é a matéria-prima com que trabalha o juiz"*, tratando-se, pois, de planos *interrelacionados.*

E, de fato, de nada serve o direito substancial assegurar ao cidadão um direito subjetivo sem que o direito processual garanta sua exequibilidade por meio de um procedimento a ele correspondente e, ao mesmo tempo, de nada serve o direito processual sem que o direito material ampare a situação fática de conflito trazida pela parte à apreciação do juiz. Como ensina DINAMARCO[37], *"as soluções* [para os conflitos] *estão no direito substancial, os meios para impô-las são processuais".* O autor, ao confirmar essa ausência de estanqueidade entre o mundo material e processual, defende haver *faixas de estrangulamento* entre os dois planos, o que criaria espaço para um chamado *direito processual material* – ou seja, um conjunto de normas de direito processual e material que disciplinam institutos processuais, mas se relacionam diretamente com o direito à tutela jurisdicional (por exemplo, a ação, a prova, a competência e a coisa julgada).

De forma muito ilustrativa, CARLOS ALBERTO DE SALLES[38] afirma que o propósito do direito material é *"impor a regularidade de condutas na sociedade"*, ao passo que o do direito processual é *"impor a regularidade nas ações do poder soberano na tarefa de fazer valer aquelas primeiras"* e que, nesse sentido, *"mais do que instrumentalidade existe uma interdependência entre direito material e processo".*

---

[35] *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 14.

[36] Escopo Jurídico do Processo. *Revista de Processo*, vol. 203/2012, pp. 305-317, Janeiro-2012, item 5.

[37] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 241 e 107-109.

[38] Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 42 e 46.

É inegável essa relação de interdependência. Como se disse, um de nada serve sem o outro. Entendemos, contudo, que não se trata a interdependência de algo *mais* do que a instrumentalidade. Na verdade, nessa relação de clara interdependência entre ambos, a instrumentalidade é uma de suas facetas. Justamente por conta de o direito material não ser provido de autoridade e automática exequibilidade, o direito processual surge enquanto veículo de sua concretização. Por conta desse propósito, o direito processual deve, obrigatoriamente, servir de meio seguro, adequado e em tempo e a custos razoáveis à efetivação do direito material[39].

A mais importante consequência que se extrai desta premissa como guia para a presente tese é a que a delimitação dos poderes do juiz em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos deve, sempre e sob pena de não observar sua própria finalidade instrumental, se adequar à natureza do litígio, à qualidade das partes envolvidas na controvérsia contratual, à lógica da contratação e do mercado envolvido na disputa – tudo isso, sem se descurar de aparar as arestas que eventualmente impedirem sua perfeita conformidade ao interesse público.

A vinculação entre a natureza do direito material e a escolha do procedimento já foi objeto de vasta produção doutrinária no campo processual. A figura dos procedimentos especiais é um reflexo exatamente desta premissa. Sobre o tema, ANTONIO CARLOS MARCATO[40] há muito já destacava que a razão de ser dos procedimentos especiais resulta *"de uma peculiaridade ligada à relação jurídica material subjacente à processual"* e que tal relação torna aparente a íntima conexão entre *direito* e *processo*. E mesmo após ampla discussão por conta da reforma processual brasileira que culminou com o novo código em 2015 e a exclusão de algumas de suas modalidades com o intuito de *simplificação*, o instituto dos procedimentos especiais foi mantido, com figuras

---

[39] Nesse mesmo sentido: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem *"a ciência processual deve ser elaborada sempre à luz do direito substancial e em função dele"* (*Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 26). Com total acerto, PAULO ISSAMU NAGAO, ao tratar do tema do papel do juiz na efetividade do processo, resume que *"sob a perspectiva da instrumentalidade e da efetividade da prestação jurisdicional, o Estado tem o dever de entregar em concreto a quem tem direito, individual ou coletivamente, o bem da vida a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico e, para tanto, essa resposta deve ser conferida com segurança, custo econômico sustentável e em tempo de espera razoável, sob o risco de comprometer a eficiência do instrumento disponibilizado para a resolução dos conflitos e, por consequência, a legitimidade da jurisdição"* (*O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 83).

[40] *Procedimentos Especiais*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 59. No mesmo sentido, BEDAQUE afirma que *"reconhece-se, aqui, a grande influência da natureza do litígio na determinação de novos mecanismos procedimentais que tornem efetiva a proteção aos novos direitos" (Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 69).

como a ação de consignação em pagamento, a ação de exigir de contas, as ações possessórias, entre outras.

Além dos procedimentos especiais típicos previstos no CPC, há também as regras processuais diferenciadas previstas em lei esparsas correspondentes a situações específicas de direito material, a exemplo das ações envolvendo consumidor sujeitas ao CDC (p.ex., a facilitação da defesa com a inversão do ônus da prova nos casos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, a vedação da denunciação da lide prevista no art. 88, etc); das ações civis públicas para tutela do meio ambiente e patrimônio histórico regidas pela Lei nº 7.347/85 (p.ex., a coisa julgada *erga omnes* da sentença nos limites da competência territorial do órgão prolator prevista no art. 16), entre outras.

O mesmo raciocínio deve se aplicar à delimitação dos poderes do juiz em ações que tenham por objeto a revisão de contratos. Partindo-se da premissa da interdependência entre o direito processual e o direito material (não obstante sejam autônomos), é inegável a necessidade de *amoldamento* da ciência processual à sua finalidade solucionadora de conflitos sociais e, para que essa finalidade seja atingida de modo eficaz e justo, o *standard* processual de exercício da jurisdição deve se adaptar à natureza das relações contratuais levadas à apreciação do Poder Judiciário, à realidade das partes e à lógica econômica limitada pelo interesse público, conforme se passará a demonstrar.

* * *

6. OS PODERES-DEVERES DO JUIZ

6.1. O que são os *poderes do juiz*?

A noção de poder é indissociável do conceito de jurisdição.

Etimologicamente, jurisdição é o ato de dizer o direito (*juris*, de *jus* = direito / *dictio*, de *dicere* = dizer). Na clássica obra de DINAMARCO, ADA e CINTRA[41] sobre a teoria geral do processo, a jurisdição havia sido enquadrada como expressão do *"poder estatal"* voltada à capacidade do Estado de *"decidir imperativamente e impor decisões"*.

O conceito, entretanto, vem sofrendo ajustes terminológicos mais recentemente. Jurisdição, segundo ADA P. GRINOVER[42], *"não é mais poder"* na atualidade, mas sim uma *função, atividade e garantia* – a *"garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social"*. DINAMARCO[43], por sua vez, também qualifica jurisdição como *"função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos"* não obstante, ao destacar sua imperatividade, reforce que o desempenho da função pressupõe *"o exercício do poder"* e a correspondente *sujeição* dos jurisdicionados à sua eficácia. Em obra conjunta com BRUNO LOPES[44], reforça, contudo, que a jurisdição "*não é propriamente um poder"*, mas sim uma *"expressão do poder estatal, exercida com a função de pacificar mediante as atividades disciplinadas pela Constituição e pela lei"*.

O tema ensejou o desenvolvimento das chamadas teorias *unitária* e *dualista* do ordenamento jurídico. Pela *teoria unitária*, encampada por

---

[41] *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 24.

[42] *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 7 e 20.

[43] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 452 e 454. Identificando os mesmos elementos, SIDNEI AMENDOEIRA JR. qualifica a jurisdição como *"a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, a declaração dessa vontade seguida de sua imposição, caso isso se faça necessário, mediante a substituição da vontade das partes pela de um terceiro imparcial, o juiz"* (*Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 12). Para SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA, que aborda o tema dos poderes do juiz em ações coletivas, a jurisdição é a *"capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões"* (*Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 3).

[44] *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 77.

CARNELUTTI, o ordenamento seria unitário do ponto de vista de uma fusão entre direito processual e material, de maneira que os direitos emergem da sentença e não propriamente dos fatos previstos nas normas. Pela *teoria dualista*, desenvolvida por CHIOVENDA e mantida por LIEBMAN e por DINAMARCO[45], o ordenamento processual e material teriam funções específicas e distintas, decorrendo o direito da própria ocorrência dos fatos tipificados na norma, limitando-se a sentença a *revelar* o direito e não o *criar*.

O exercício da função estatal da *jurisdição* cabe ao *juiz*. O termo é aqui utilizado em seu sentido amplo, de modo a abranger todos aqueles que exercem função judicante, seja monocrática ou colegiadamente, em qualquer grau de jurisdição e integrantes de todos os órgãos descritos no art. 92 da CF[46] como pertencentes ao *Poder Judiciário.*

O juiz, nessa qualidade de *"agente estatal exercente da jurisdição"*[47], é provido de poderes-deveres com os quais exerce atos processuais ora relacionados à sua atividade-meio (direção e instrução[48]), ora à sua atividade-fim (decisão) no âmbito processual.

A atividade-meio de direção encontra diversas condutas ilustrativas de poder no art. 139 do CPC, além de outras disposições esparsas no código; a atividade-meio de instrução tem como principal referência de poder a previsão do art. 370 do CPC, que atribui ao juiz a determinação das provas necessárias ao julgamento do mérito, inclusive de ofício; a atividade-fim, por sua vez, é evidenciada pela disposição do art. 140 do CPC, clara ao estabelecer que *"o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico"*, vedando-se o *non liquet* como uma decorrência lógica da constitucional inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

---

[45] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 226-228.

[46] Nos termos do art. 92 da CF, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do trabalho, os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais, Os Tribunais e juízes do Trabalho, os Tribunais e juízes eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[47] Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 227).

[48] Sobre o tema, SÉRGIO GOMES, ao contrário do que ora se defende, não inclui entre tais poderes a atividade de decisão e afirma que os poderes do juiz são *"manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo"* (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 42). Por outro lado, concordam com a inclusão da atividade de decisão entre os poderes-deveres do juiz CÂNDIDO R. DINAMARCO e BRUNO LOPES (*Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 93).

Os exemplos de positivação acima mencionados nos dão conta de que o conceito de *poder* do Estado-juiz vem, necessária e intimamente, atrelado ao de *dever* – falando-se, na realidade, não em *poderes*, mas em *poderes-deveres*.

Neste ponto, é importante que retomemos o poder-dever como uma das expressões dos vínculos entre os sujeitos processuais. Na ciência processual, apesar do constante debate sobre o tema, é hoje razoavelmente aceito o entendimento de que os sujeitos da relação jurídica processual se vinculam entre si por meio de uma complexa teia de categorias de diferentes posições subjetivas processuais: os *poderes* e *faculdades* (posições ativas) e os *deveres* e *ônus* (posições passivas).

As *faculdades* e os *ônus* são vinculações típicas das partes e não do juiz. A faculdade, enquanto a possibilidade da prática de algum ato em seu próprio interesse, é incompatível com a conduta judicial na medida em que o juiz não pratica atos processuais em seu interesse próprio e sim – sempre – no 'interesse' na jurisdição. O mesmo ocorre com os ônus, enquanto vínculo não obrigatório (e portanto não sujeito a sanções), porém condicionante para a satisfação de um interesse próprio[49]. De igual forma, não cabe ao magistrado gerenciar interesses próprios.

Ao juiz, contudo, se aplicam as posições de vínculo de *poderes* e *deveres*.

Segundo ROQUE KOMATSU[50], o *dever*, de um modo geral, é *"uma ordem, um comando, uma necessidade imposta pelo direito objetivo a uma pessoa de observar determinado comportamento"* e cujo descumprimento está sujeito a sanções, sendo os deveres do juiz *"imposições de comportamento, cujo descumprimento contraria o império legal, podendo acarretar sanções"*. Se o ônus é comumente denominado de *imperativo do próprio interesse*, o dever seria, em outra ponta, o *imperativo no interesse alheio.*

Os poderes, por sua vez, se referem à capacidade de o sujeito determinar atos cuja produção de efeitos recairá sobre a esfera jurídica alheia. O poder do

---

[49] Segundo EROS ROBERTO GRAU, o ônus é *"o vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação, pelo próprio sujeito, de um interesse seu"* (Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982, p. 182).

[50] Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 691 e 695-697. No mesmo sentido, EROS GRAU ensina que dever é o *"vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica"* (Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982, p. 182).

juiz, portanto, sempre desempenhado em conjunto com seus deveres (por se tratarem seus atos sempre de manifestações vinculadas ao exercício da jurisdição e atrelados às suas finalidades – daí *"poderes-deveres"*), se enquadra como a capacidade de impor, com autoridade, atos cujos efeitos recairão sobre a esfera jurídica dos sujeitos processuais.

Nesse contexto de exercício da jurisdição, o juiz emprega seus poderes-deveres processuais de modo a atingir os escopos do processo[51] – a saber, (i) o escopo *social*, voltado para a eliminação de conflitos mediante critérios justos, com o oferecimento de certeza jurídica (segurança) e conscientização social dos direitos e obrigações (educação), (ii) o escopo *político*, com força de afirmação do poder estatal legítimo (imperatividade) e concretização da liberdade e da participação dos cidadãos e (iii) o escopo *jurídico*, por meio da atuação da vontade concreta da lei. Segundo DINAMARCO[52], são esses os *"propósitos norteadores (...) das condutas dos agentes jurisdicionais"* e é com base em tais propósitos que o intérprete, a rigor, guia a interpretação dos institutos processuais em cada caso concreto.

O uso do *poder-dever* deve, portanto, servir ao exercício da jurisdição e ao alcance dos escopos do processo, os quais, por sua vez, estão intimamente ligados aos valores culturais, sociais, econômicos e políticos que o Estado determina como representativos da sociedade ideal que deseja ter – esta é a sua primeira e mais geral limitação. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA[53], em apresentação à tradução brasileira de obra de CAPPELLETTI, já destacava essa imprescindível relação ao afirmar que *"não basta tão somente o estudo da técnica"* e que o processo deveria ser visto como "*fenômeno cultural* [que] *se conforma em razão dos valores imperantes em determinada sociedade, das*

---

[51] Classificação proposta por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 186, 191, 198 e 248). Na mesma linha, SIDNEI AMENDOEIRA JR. refere-se não propriamente aos escopos do processo, mas aos escopos da jurisdição, afirmando que *"a atividade do juiz e, portanto, o uso de seus poderes (...) estão diretamente ligados ao escopo da jurisdição, ou seja, os escopos da jurisdição são exatamente os mesmos que os da atividade do magistrado"* (*Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 15). Em contrapartida, sobre os escopos do processo, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE chegou a afirmar que *"para caracterização da jurisdição, não é insuficiente considerar apenas o escopo jurídico desse instituto. Escopos sociais e políticos são meras consequências da correta incidência da regra de direito material. Na medida em que a lei representa a vontade social, atuada ela no caso concreto haverá pacificação com justiça. Estará afirmada a autoridade do Estado. Além do mais, colocar a participação e a educação como escopo político e social da jurisdição significa superdimensioná-la, em detrimento das funções legislativa e executiva, a quem competem realmente tais atribuições"* (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 31).

[52] *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 20.

[53] *Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro* (apresentação). *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 16.

suas ideias, utopias, estratégias de poder, fatores sociais, econômicos e políticos", padecendo de *"grave miopia"* o processualista que não se atentasse à realidade social. Sobre essa necessidade, também J. J. CALMON DE PASSOS[54] chegou a defender que *"os poderes do juiz no processo devem ser definidos em função do que o sistema institucionalizado pretende alcançar em termos do que denominados de 'ordem'"*. A melhor doutrina processualista tem conclusões no mesmo sentido, destacando os atributos da função jurisdicional pela qual deve se pautar o julgador[55].

De fato, concorda-se aqui integralmente com tais considerações. Exatamente por conta dessa importante vinculação do exercício da jurisdição – e, especificamente, do uso dos poderes-deveres do juiz nesse exercício – e da inerente transformação e evolução da sociedade e seus valores, é que se defende a legitimidade da previsão de poderes 'amplos' ao juiz. Note-se que a amplitude aqui se refere à ausência de especificidade e de riqueza de detalhamento tipificado no exercício do poder-dever e não propriamente um aumento quantitativo da gama de poderes atribuída aos magistrados[56]. Isso se dá de modo a permitir flexibilidade na autuação jurisdicional e sua adequação aos casos concretos e jamais permitir arbitrariedades e abusos, destoantes da finalidade da jurisdição.

Sob o prisma da revisão judicial de contratos, a medida dos poderes-deveres do juiz na interferência em relações contratuais deve ser pensada à luz justamente de sua posição enquanto componente da jurisdição. Vale dizer, o poder-dever do magistrado deve ser exercido observando-se os escopos da função jurisdicional e utilizando-se a técnica de solução de conflitos que é o processo para, a depender do interesse do Estado em regular determinadas relações e mercados, interferir ou não (e em que medida) no contrato.

---

[54] O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 24, outubro-dezembro/2010, Salvador, disponível em **www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod+460**, acesso em 15.10.2017, p. 3.

[55] Também sobre o tema, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO destaca que a função judicial tem 5 (cinco) atributos mínimos para que se enquadre como uma *"resposta de qualidade"*: deve ser *justa, jurídica, econômica, tempestiva* e *razoavelmente previsível* (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Tese de concurso público para provimento de cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 379).

[56] SÉRGIO GOMES afirma que, para que o processo seja utilizado como instrumento para a realização do direito material, *"os ordenamentos jurídicos modernos ampliam a gama de poderes do juiz, não para que este se torne um ditador em detrimento do direito das partes, mas para equilibrar o interesse privado destas, de verem satisfeitas suas pretensões"*, permitindo a interpretação de que se sugere um aumento quantitativo dos poderes do juiz no âmbito processual (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 67).

Defendemos que o que define o limite da força do poder estatal para modificar relações contratuais é, de modo geral, o interesse do Estado em regular determinadas relações e/ou mercados e que esse interesse se faz sentir por 4 (quatro) critérios: a natureza e/ou tipo de contratação e as disposições legais a ela pertinentes, a vulnerabilidade das partes impactadas pelos efeitos do contrato, a lógica da contratação dentro do mercado em que se insere e o seu impacto no interesse público.

Ao se pautar por esses 4 (quatro) parâmetros para intervir em relações contratuais, o Estado-juiz acaba por atender, no exercício de seus poderes-deveres, aos próprios escopos da jurisdição e do processo em si, contribuindo para que:

(i) socialmente, o judiciário efetivamente pacifique os litigantes por meio de revisão razoavelmente adequada e equilibrada aos seus previsíveis anseios e expectativas (e não de modo que a revisão torne o negócio desinteressante a ambas as partes e prejudicial ao próprio mercado); promova igualdade mediante ajustes de desequilíbrios e supressão de abusividades e impeça que abusividades e imprevisões resultem em prejuízos e onerosidade aos mais vulneráveis ou em situações que ensejem maior atenção pela sua amplitude e seu impacto social – como em conflitos de massa, em demandas que envolvam interesse coletivo ou ainda e que impactem em políticas públicas;

(ii) politicamente e economicamente, a imperatividade do poder estatal não prejudique a liberdade dos cidadãos para dispor sobre seus próprios negócios e, ao mesmo tempo, desempenhe uma função de amoldar a cultura do mercado que se desenvolve por meio de contratos e a circulação de riqueza, sem que se instaure um cenário de insegurança jurídica e instabilidade de pactos privados e públicos; e

(iii) juridicamente, esse balanceamento seja promovido de modo uniforme, ainda que adequado às peculiaridades de cada caso, com a observância de critérios legais já predefinidos por nosso legislador e de acordo com parâmetros de aplicação geral a todos os casos que versarem sobre o tema.

Por fim, não se pode deixar de ressalvar que tais poderes-deveres conferidos ao juiz variam de acordo com os períodos históricos e com os anseios e prioridades dos diferentes sistemas jurídicos, ora voltados à

atribuição de mais incumbências ao juiz, ora à própria parte e seus advogados[57], como se demonstrará em item específico a seguir.

6.2. Quais são os poderes do juiz: classificação

A importância das classificações não é meramente didática. O agrupamento das espécies de um determinado gênero de acordo com suas características, além de sua relevância sistemática, nos permite enquadrar situações fáticas práticas em suas respectivas categorias e atribuir a estas suas correspondentes consequências jurídicas.

Neste trabalho, em específico, a classificação dos poderes do juiz tem relevante pertinência pois a estrutura de desenvolvimento da tese se pautou justamente por dividir a análise dos limites de exercício dos poderes-deveres do juiz em demandas envolvendo revisão de contratos de acordo com sua classificação, sob o ponto de vista da finalidade de seu exercício ao longo do processo.

A primeira grande categorização dos poderes-deveres do juiz é a distinção entre os *poderes processuais* e os *poderes funcionais*. Os primeiros são aqueles exercidos no âmbito da jurisdição e em ambiente endoprocessual. Os segundos são aqueles relacionados à atividade administrativa do juiz enquanto agente público e perante o próprio Poder Judiciário. Para a finalidade do presente trabalho serão considerados apenas os poderes-deveres eminentemente processuais, relacionados à atividade jurisdicional propriamente dita, sendo os poderes funcionais desprovidos de interesse acadêmico ao tema em estudo.

Dentro desta categoria de poderes-deveres voltados à atividade jurisdicional, as classificações promovidas pela doutrina, em linhas gerais, não destoam entre si de forma muito significativa, prevalecendo como critério, majoritariamente, a *finalidade* pretendida por cada ato do exercício da função jurisdicional.

Entre os clássicos, SALVATORE SATTA[58] distinguia os *poderes jurisdicionais* dos *poderes processuais* – os primeiros estariam relacionados a

[57] Nesse sentido é o posicionamento de BARBOSA MOREIRA, que aborda o tema em estudos voltados à divisão de trabalho entre juiz e partes, defendendo que o tema *"pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores"* (O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7, janeiro-1986, item 1).

[58] *Diritto Processuale Civile*. 9ªed., Padova, CEDAM, 1981, p. 167.

um poder-fim (declarar e realizar o direito no caso concreto) e os segundos a um poder-meio (instrumentos legais concedidos ao juiz para o exercício da função jurisdicional).

Autores como ROBERTO BERIZONCE[59] e VICENTE MIRANDA[60] propõem uma divisão dos poderes do juiz em *(i)* poderes gerais de direção – relacionados ao controle e fiscalização do processo, *(ii)* poderes de instrução – relacionados à admissão ou determinação da dilação probatória do processo, *(iii)* poderes de decisão – relacionados aos provimentos judiciais destinados a resolver as questões do processo e *(iv)* poderes de execução – relacionados ao cumprimento das decisões de forma coativa. Adicionando algumas subdivisões, SIDNEI AMENDOEIRA JR.[61] propõe a classificação dos poderes-deveres jurisdicionais do magistrado entre: *(i)* ordinatórios, relativos ao desenvolvimento regular e fiscalização da relação jurídica processual, *(ii)* instrutórios, *(iii)* decisórios, *(iv)* éticos, relativos à prevenção ou repressão de abuso do direito no processo e *(v)* gerais de cautela.

Considerando as classificações propostas pela doutrina, a presente tese optou por pautar seu desenvolvimento, sempre relacionado ao comportamento judicial em demandas que envolvam pretensões de revisão de contratos, apenas conforme os seguintes poderes-deveres: *(i)* poderes de decisão, *(ii)* poderes de instrução e *(iii)* poderes de direção. Pela pertinência temática proposta, não serão abordados os poderes de execução.

Os *poderes de decisão* se relacionam aos atos voltados ao próprio julgamento das questões submetidas ao conhecimento e apreciação do Judiciário, ou seja, à solução da controvérsia propriamente dita – a finalidade mais imediata da jurisdição, a atividade-fim. O exercício de tal poder pelo juiz se materializa por meio de um *provimento*, vale dizer, um pronunciamento por meio do qual se expressa uma manifestação de vontade do Estado-juiz em julgamento a alguma questão, seja mediante decisões interlocutórias, seja mediante sentenças, acórdãos ou decisões monocráticas – segundo DINAMARCO[62], um *"ato imperativo de exercício do poder em situações concretas"*.

---

[59] El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia,* Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, p. 3.

[60] *Poderes do juiz no processo civil brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 1993, p. 119.

[61] *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 37, 72 e 124.

[62] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 241-242.

Não obstante a presente tese se debruce também sobre outros poderes, é exatamente no exercício dos poderes de decisão que se encontram as questões mais tormentosas e controversas em demandas que versem sobre a revisão de contratos. É no exercício do próprio julgamento da revisão – tanto para a decisão sobre o cabimento ou não da revisão, como para a decisão sobre a *dosagem* da revisão pelo juiz – que o magistrado hoje se depara com um campo aberto e sem parâmetros bem determinados para a solução de conflitos e onde debates sobre a discricionariedade judicial, a equidade e as provisões gerais e abertas de direito material geram questionamentos.

Os *poderes de direção* são aqueles voltados à correta e adequada condução da marcha processual e relacionados ao princípio do impulso oficial previsto no art. 2º do CPC (dita direção *formal*) e à tomada de todas as providências para a preparação do julgamento da demanda de modo a se atingir o *justo processo* (dita direção *material*). Segundo VICENTE MIRANDA[63], o poder de direção divide-se em *"controle e fiscalização"*, sendo que o controle *"tem por finalidade verificar a regularidade da relação processual e providenciar que esta se desenvolva de forma regular e válida"* e a fiscalização *"visa a manter a ordem, o decoro e a dignidade da relação processual"*.

Os poderes de direção – expressão que também já vinha consolidada no antigo art. 125 do CPC/73 – são, automaticamente, associados aos comportamentos judiciais previstos no art. 139 do CPC, que arrola incumbências relacionadas justamente a esse propósito de gerir, administrar e guiar o processo. Há no código processual, contudo, diversos outros poderes esparsos que se enquadram nesta categoria. Apesar de todas se apresentarem como expressões de um poder geral de direção, medidas como, por exemplo, velar pela duração razoável do processo (art. 139, ÍI), indeferir pedidos protelatórios (art. 139, III) e dilatar prazos (art. 139, VI), referem-se ao exercício de seu poder de direção formal, ao passo que provimentos voltados a, por exemplo, assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I) e prevenir e reprimir atos contrários à dignidade da justiça (art. 139, III), referem-se ao exercício de seu poder de direção material. Tais poderes de direção ganharam novos contornos com a possibilidade, agora ratificada, de autorregramento da vontade das partes por meio de convenções processuais. Ao que nos parece, o CPC de 2015 nos trouxe uma nova leitura de comportamento processual ao propor um maior equilíbrio entre juiz e partes na divisão cooperativa de tarefas em demandas judiciais. O tema ganhará detalhamento maior em capítulos específicos a seguir.

[63] *Poderes do juiz no processo civil brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 119 e 151.

Os *poderes de instrução*, por sua vez, são aqueles praticados com a finalidade de trazer à demanda elementos de prova a corroborar o juízo de probabilidade de fatos relevantes ao julgamento dos casos. Não obstante o CPC tenha trazido importantes modificações que nos levam a concluir por um enaltecimento da vontade das partes no âmbito processual – além do reforço das convenções processuais quanto ao tema da prova (com as convenções sobre ônus do art. 373, §3º e o saneamento conjunto do art. 357, §§2º e 3º), destaca-se a produção antecipada apenas para fins de conhecimento de fatos do art. 381, III) – o juiz continua sendo, ainda que não de modo exclusivo, destinatário da prova. Nesse sentido, o art. 370 do CPC mantém a previsão já consolidada em nosso ordenamento no sentido de que *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito"*, indeferindo fundamentadamente diligências consideradas inúteis ou protelatórias.

Essas 3 (três) expressões de poderes-deveres judiciais – não obstante não sejam as únicas diante das classificações propostas – são as mais ricas para análise sob a ótica de ações revisionais de contratos e, com tal delimitação, o tema será a seguir tratado.

6.3. As conclusões da tese aproveitam à arbitragem?

A máxima de que o árbitro é *"juiz de fato e de direito"* (art. 18 da Lei de Arbitragem), naturalmente, confirma uma aproximação entre as figuras do árbitro e do juiz, ambos investidos da função de solucionar controvérsias. A tese ora apresentada não tem por objeto especificamente a abordagem do campo da arbitragem, mas ao menos um questionamento se impõe: as conclusões ora apresentadas quanto ao exercício dos poderes do julgador-juiz especificamente em demandas que discutam a modificação de contratos poderiam ser transferidas à arbitragem? Em outras palavras, haveria uma equivalência entre os poderes do juiz (objeto do trabalho) e os poderes do árbitro em conflitos que envolvam pretensões revisionais de contratos?

Entendemos que sim, mas com algumas ponderações.

Sobre essa suposta *equivalência*, de maneira mais ampla, DINAMARCO[64] confirma que a jurisdição arbitral também é exercida com fundamento em um poder, mas não como a estatal (onde a fonte do poder é o *imperium* estatal), na

[64] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 454.

medida em que sua fonte é a vontade bilateral das partes que optarem pela resolução de conflito por meio da arbitragem. Como decorrência de tal diferenciação, uma das grandes diferenças é que o poder investido ao árbitro pode ser atribuído e modulado pelas próprias partes[65] que os indicam, o que, como regra geral, não ocorre com o magistrado judicial, investido de poder por força da CF e da lei – ressalvados alguns impactos decorrentes de convenções processuais entre as partes, o que será objeto de análise mais detalhada em item próprio.

Assim, ainda que haja uma equiparação quanto à sua função de solucionar conflitos de modo vinculativo às partes litigantes, o fato de ser o árbitro um *juiz de fato e de direito*, significaria apenas que o árbitro tem poder de decisão sobre questões fáticas e jurídicas visando à solução da controvérsia de modo vinculativo e com força de título executivo judicial (art. 515, VII, CPC)[66] e não que, para esta finalidade, esteja o árbitro munido dos mesmos poderes atribuídos pela lei ao juiz.

Como decorrência dessa constatação geral, há diversos pontos de diferenciação da extensão e das características entre o exercício dos poderes pelo árbitro e pelo juiz – entre os poderes instrutórios, p. ex., a não vinculação de terceiros à participação na arbitragem; entre os poderes diretivos, p. ex., a maior flexibilidade de fixação de prazos e fases, entre outros. Um deles, contudo, mostra-se mais pertinente ao tema e enseja maiores esclarecimentos: a diferenciação no exercício dos poderes decisórios.

Especificamente em conflitos que envolvam pretensões de revisão contratual, a diferenciação entre os poderes dos árbitros e os dos juízes se mostra evidente quando se discute o exercício dos poderes decisórios do julgador, tanto para (i) julgar como cabível ou não a possibilidade de revisão contratual, como para (ii) tratando-se de hipótese de cabimento de revisão contratual, decidir a dosagem da modificação das prestações firmadas entre as partes.

A decisão sobre a hipótese de cabimento sofre, primeiramente, o impacto da limitação da arbitragem a pedidos que envolvam direitos disponíveis.

---

[65] Nesse sentido: CARLOS EDUARDO STEFEN ELIAS (O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, julho-setembro 2017, pp. 79-122, item 4.3).

[66] Segundo CARLOS EDUARDO STEFEN ELIAS, a previsão do art. 18 da Lei de Arbitragem tem como estabelecer uma equivalência entre árbitro e juiz apenas para *"proteger a decisão arbitral da revisão do Poder Judiciário"* (O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, julho-setembro 2017, pp. 79-122, item 3.1).

Significa dizer, havendo escolha entre as partes sobre a eleição dessa via e tratando-se, por exemplo, de revisão fundada em eventual abusividade de determinada cláusula de contrato de adesão praticado em território nacional, caberia ao árbitro ou tribunal arbitral julgar a revisão de uma cláusula especificamente de contrato firmado entre as partes litigantes, porém não caberia determinar a revisão de todos os contratos praticados nos mesmos moldes p.ex., do que um juiz poderia determinar em ações coletivas ao tutelar a proteção de consumidores.

Quanto ao poder decisório, se discute se o poder de revisão contratual, para ser exercido em sede arbitral, deve ser expressa e especificamente previsto pelas partes ou se as cláusulas compromissórias mais genéricas que prevejam apenas a submissão à arbitragem na hipótese de toda e qualquer controvérsia decorrente de determinada relação seriam suficientes a investir, no árbitro, o poder revisional do contrato.

Há quem defenda que a função revisional de um contrato pode ser exercida por tribunais arbitrais apenas quando a cláusula compromissória ou compromisso arbitral assim o especificar[67]. Com o devido respeito a essa corrente, não nos parece que seja necessária específica previsão de poderes revisionais para que um tribunal seja investido de poder revisional se o direito substancial a ser aplicado no caso concreto contiver a previsão de seu cabimento e dos critérios a balizar tal modificação.

Nesse mesmo sentido, CHRISTOPH BRUNNER[68] defende que, se o tribunal arbitral tem investidura para preencher lacunas contratuais, também a teria para revisar contratos e que os tribunais arbitrais não deveriam ser tratados diferentemente dos tribunais estatais quando ambos têm que aplicar a mesma base material. O autor exemplifica sua assertiva com as leis alemã e suíça, as quais, do ponto de vista de direito material, permitem a revisão judicial de

---

[67] Há, inclusive, quem defenda que a revisão contratual por meio da arbitragem sequer teria natureza jurisdicional. Em artigo sobre o tema, JUDITH MARTINS-COSTA e GUILHERME NITSCHKE, não obstante rejeitem essa orientação e confirmem natureza jurisdicional da arbitragem (questão, aliás, aparentemente já superada no Brasil), destacam que há alguns posicionamentos minoritários na doutrina francesa que ainda insistem em uma diferenciação mais drástica entre o caráter jurisdicional *x* contratual da arbitragem e que defendem que as pretensões de revisão de um contrato devem ser qualificadas não como um pedido de *solução de conflito*, mas sim como um pedido de *criação de contrato*, de modo que não teriam natureza jurisdicional e, como consequência, não produziriam efeitos vinculantes às partes (Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, 2015, nº 1, p. 1.276).

[68] Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, pp. 492-494.

contratos e, quando analisadas em sede arbitral, são invocadas por tribunais arbitrais para adaptar contratos.

Ultrapassada a questão do cabimento da revisão, também o exercício do poder decisório relacionado à sua *dosagem* a cada caso concreto evidencia a necessidade de distinção entre os poderes dos árbitros e dos juízes em sede de revisão de contratos e tal diferenciação está relacionada ao julgamento por equidade.

Como se verá a seguir, um dos critérios previstos pela legislação material brasileira para pautar a atividade revisional de contratos é a *equidade* – o CC a indica, p. ex., como balizador para a redução de cláusula penal na hipótese de cumprimento parcial de obrigação ou quando se mostrar excessiva (art. 413, CC) e para a modificação das condições contratuais na hipótese de aplicação da teoria da imprevisão (art. 479, CC).

Contudo, a Lei de Arbitragem é bem clara ao prever que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade (art. 2º), mas que, tratando-se da segunda hipótese, as partes deverão convencionar no compromisso arbitral a autorização para que os árbitros julguem por equidade (art. 11, II) e, também, que na sentença arbitral deverá haver expressa menção nos fundamentos se houve julgamento por equidade pelos árbitros (art. 26, II).

Diante disso, se a lei material estabelece como possível critério balizador da revisão de contratos (como nas exemplificativas hipóteses dos arts. 413 e 479, CC), como promover a revisão de contratos em sede arbitral na hipótese de não haver autorização expressa de julgamento por equidade?

Em causas mais simples e de baixo valor envolvido, a Lei dos JECs parece já responder a esse questionamento. A Lei dos JECs permite que as partes optem pelo juízo arbitral para solução de disputas e que, neste caso, *"o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz (...), podendo decidir por equidade".* Mas mesmo em arbitragens fora desse microssistema, a autorização expressa não nos parece necessária se a própria legislação de direito material aplicável ao caso contiver a previsão de que a revisão deverá se dar com base em equidade. Não se trata aqui de opção das partes quanto ao critério definidor da decisão e sim da própria lei aplicável, por força, esta sim, da opção das partes.

* * *

7. OS PODERES DO JUIZ NA REVISÃO DE CONTRATOS

7.1. Breve evolução do papel do juiz e de sua interferência em contratos

7.1.1. Justificativa da análise do viés histórico e seu recorte

O presente trabalho não tem a pretensão – e nem poderia ter – de apresentar qualquer tratado histórico exaustivo da evolução do papel do juiz até os dias atuais. Tal incumbência cabe, com a devida excelência, aos historiadores. Contudo, optou-se por apresentar uma breve evolução histórica do tema por 2 (duas) razões, em específico.

Primeiro porque uma das premissas adotadas no desenvolvimento da presente tese é a de que a proposta ora apresentada é fruto e reflexo de seu tempo. Se é verdade, como dizia PIERO CALAMANDREI[69], que *"il legislatore fa le leggi per il suo tempo"*, não é menos verdade que a aplicação da lei também reflete sua evolução histórica. Já nos anos 80, BARBOSA MOREIRA[70], com maestria, destacava que a divisão de trabalho entre juiz e partes (e, por óbvio, a maior ou menor limitação aos poderes do juiz) é um tema que *"pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores"*.

O juiz nem sempre teve os poderes que hoje são jurídica, política e socialmente firmados em nossa sociedade. Se hoje é possível apresentar um estudo sobre quais os limites que o magistrado deve observar no exercício de seus poderes – especificamente em controvérsias que tenham por objeto a revisão de contratos – é porque muito se evoluiu para que se consolidasse a ideia de que o juiz tem poderes de interferência na autonomia da vontade de partes contratantes, particulares ou não. Tais poderes, como se verá, são historicamente elásticos e se adaptaram (e continuam a se adaptar) a cada momento político, econômico e social em que se insere o exercício da jurisdição.

A conclusão desta tese, assim, carrega em si esta evolução histórica e não abordá-la implicaria ignorar seu próprio ponto de partida.

---

[69] Il Processo come Giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I, Padova, CEDAM, 1950, p. 23. No mesmo sentido, CARLOS MAXIMILIANO ilustra muito bem a referida doutrina ao afirmar que *"o legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido"* (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 113).

[70] O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7, janeiro-1986, item 1.

Em segundo lugar, a análise da evolução da vinculação das partes aos termos e condições contratuais previamente ajustados e, conjuntamente, da evolução da intervenção judicial em tais relações é importante, principalmente, para concluirmos se a limitação ao exercício dos poderes do juiz na revisão de contratos está condizente com a expectativa que o jurisdicionado tem hoje em relação ao Estado-Julgador. Nesta linha evolutiva, a história nos confere um panorama útil para respondermos se o juiz que a sociedade contemporânea exige atualmente – participativo e colaborativo e, ao mesmo tempo, garantidor de decisões efetivas e em tempo razoável –, implica, necessariamente, um juiz mais ou menos interventivo nas relações contratuais e, por meio deste, na própria organização econômica da sociedade.

A pretensão da abordagem histórica ora proposta foi no sentido de desenvolver os aspectos gerais da evolução do papel do juiz com enfoque na interferência judicial na esfera contratual. É imprescindível que, nesta tarefa, sejam ora enaltecidas questões mais genéricas da própria atuação processual do juiz, ora destacada a própria evolução do direito contratual. O objetivo foi analisar, conjuntamente, a evoluções de direito processual e de direito material, mesmo porque, invariavelmente, ambas refletem os mesmos anseios de cada momento histórico.

Quanto à delimitação da pesquisa, optou-se por abordar a evolução dos poderes do juiz (i) com referências ao direito romano, em função de sua importante influência à formação dos institutos do nosso direito atual[71], (ii) com breve abordagem de experiências da Idade Média, de menor valor expressivo quanto à sua influência e (iii) com maior destaque às relevantes modificações havidas a partir do Estado Moderno e as oscilações de valores até nossa sociedade contemporânea.

7.1.2. Direito Romano: a equidade e a evolução do juiz do privado ao público

O estudo do direito romano nos dias de hoje serve ao propósito de buscar, em suas origens, o racional de institutos que se mantêm vivos e aplicáveis à atualidade.

[71] Não serão considerados para fins do presente trabalho, portanto, os poderes daqueles incumbidos de solucionar controvérsias sociais nas sociedades antigas, não obstante haja registros no Egito antigo, com o povo hebraico e na antiga Grécia.

Nem todos a consideram *lei morta*. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO[72], ao qualificar como *"frustrada"* a moderna tentativa de unificação do direito contratual europeu mediante um projeto de Código Europeu Comum de Direito Privado, defende que a melhor saída teria sido a intensificação do estudo do Direito Romano – base que uniria a comunidade europeia sem que se perdesse sua atual pluralidade, dividida entre o *economicismo* e o *solidarismo*. O direito romano teria, portanto, uma *"potencialidade universalizadora"*[73]. No Brasil, ainda que este propósito unificador não se aplique, ao menos, o estudo nos faz entender o que buscamos com intervenção estatal em contratações e, se nesta linha evolutiva, as modificações foram ou não exitosas aos seus propósitos.

Adota-se comumente a divisão do período do direito romano em 3 (três) subperíodos, a saber: *(i)* o período das *legis actiones* (ações da lei), também denominado período do direito romano pré-clássico, desde 754 a.C. até 159 a.C., marcado pela edição da Lei Ebucia, *(ii)* o período *per formulas* (formulário), denominado período clássico, desde 159 a.C. até 342 d.C., com o advento da constituição imperial dos imperadores Constâncio e Constante[74] e *(iii)* o período pós-clássico, de 342 d.C. até 565 d.C., data do falecimento do Imperador Justiniano. Apesar da definição de alguns marcos de início e término para fins de estudo evolutivo doutrinário, vale a ressalva de que, na prática, os períodos se *entrelaçavam*[75] e, em determinadas localidades, não se duvida que poderiam prevalecer regras específicas diversas. Tal faseamento é extremamente importante para a diferenciação da atuação do julgador em lides envolvendo cidadãos romanos.

No período romano pré-clássico, é praticamente consenso que o processo – não como o concebemos hoje, mas como simples método, à época, de composição de disputas – tinha um caráter eminentemente privado e era

---

[72] O Direito romano e as regras de direito europeu dos contratos que determinam o preço a pagar pela prestação com um valor muito diferente do inicial: para uma revisão do paradigma normativo do código civil português. *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual*. Coord. Jorge Miranda, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 351.

[73] Expressão de EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (*O futuro da justiça*, São Paulo, IASP, 2015, p. 100).

[74] Segundo ALOÍSIO SURGIK o período clássico seria compreendido, na verdade, desde meados do século II a.C. até o ano de 235 d. C., quando ocorreu a queda da Dinastia dos Severos (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, volume 20, n. 0, 1981, pp. 21-22).

[75] Expressão utilizada por ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO (*A Responsabilidade Civil do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 24). Sobre os marcos temporais: SÉRGIO GOMES (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 14).

caracterizado por um extremo formalimo. Segundo ORESTE LASPRO[76], o processo era quase *místico.* Há quem defenda[77] que, neste período, havia uma maior liberdade de atuação do juiz pois não existia, a rigor, uma efetiva positivação legislativa do direito substancial, de modo que os julgadores se pautavam por regras consuetudinárias para o julgamento das disputas entre cidadãos.

No período romano dito clássico, o processo passou a ser bifásico[78]: na primeira fase (*in iure*) o pretor ouvia as partes e, ou denegava a pretensão do demandante, ou definia o litígio e declarava o direito; na segunda fase (*apud iudicem*), o juiz, em cumprimento à fórmula previamente definida pelo pretor, colhia a prova e proferia julgamento, acolhendo ou negando a pretensão do demandante. O processo é caracterizado por seu privatismo, marcado pela escolha do juiz pelas próprias partes, após o recebimento da fórmula adequada à solução do litígio – daí porque a doutrina chega a falar em *"contrato judiciário"* [79] ou em *"processo como contrato"* [80] – e pela ausência de recurso, sendo reconhecida como uma justiça *liberal, rápida e eficiente* [81].

O juiz desta segunda fase era escolhido entre cidadãos romanos previamente habilitados para o exercício dessa função, providos de idoneidade moral e sem relação direta com o poder estatal. Segundo DALMO DALLARI[82], essa figura (*magistratus* derivaria de *magister*, ou seja, *chefe*), ocupava uma posição de relevo dentro da organização política da sociedade e recebia um mandato do povo, agindo como seu representante.

Nesta fase, o julgador tinha a obrigação de fixar a condenação nos limites da fórmula previamente oferecida pelo pretor, sob pena de sua

---

[76] *A Responsabilidade Civil do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 29. Confirmando o caráter privado do processo nesta fase: SÉRGIO GOMES (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 15).

[77] Cf. DEBORAH CAVALCANTI FIGUEIREDO (*O equilíbrio entre a ampliação dos poderes instrutórios do juiz para a busca da verdade no processo civil moderno e as regras de distribuição do ônus probatório*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 53).

[78] Cf. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO (A administração da justiça no direito romano. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 72-73).

[79] Cf. ALOÍSIO SURGIK. (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* volume 20, n. 0, 1981, pp. 21-22).

[80] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 113.

[81] Cf. ALOÍSIO SURGIK (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* volume 20, n. 0, 1981, p. 34).

[82] *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 09-11.

responsabilidade pessoal[83]. Apesar da limitação formal na atuação "processual", é possível defender que o juiz atuava com certa margem de liberdade na fixação da condenação, não apenas por não estar atrelado a um poder estatal centralizado, mas também porque a intervenção nas relações privadas não tinha um parâmetro legislativo de direito substancial a vincular sua atuação.

Por fim, no período romano pós-clássico observa-se uma importante modificação no método de solução de disputas entre cidadãos. Como decorrência lógica do fortalecimento do poder imperial de Constantino a Justiniano, o Estado centralizou a função de julgamento de conflitos sociais e o "processo" muda totalmente de figura. Se antes incumbia às partes indicar seus próprios juízes em um cenário de enaltecimento do privatismo, agora o próprio Imperador passou a escolher aqueles a quem incumbiria o julgamento de demandas e que, poderia, inclusive, remeter a solução ao Imperador caso estivesse em dúvida quanto ao correto julgamento[84]. O processo então ganha contornos publicistas, passa a ser exercido em apenas uma única fase de julgamento e agora sujeito ao duplo grau de jurisdição (apesar das restritas hipóteses de cabimento), deixa de tramitar de forma verbal, passando a ser adotada, preferencialmente, a forma escrita[85] e o juiz se torna um funcionário do Estado, agindo, portanto, em seu interesse e com *imperium* (poder de julgar e executar) [86]. Segundo DALMO DALLARI[87], o fato de magistrado romano, nesta fase, virar um funcionário do Imperador faz com que essa função perca o caráter representativo que ostentava no período clássico.

Neste período clássico, portanto, as liberdades no âmbito da solução de controvérsias diminuem – tanto a das partes, que passam a não mais dispor sobre a eleição de seu juiz; como a dos próprios julgadores, os quais, diante da superveniência do conceito de *prova legal*, passaram a adotar normas

---

[83] Cf. ORESTE LASPRO (*A Responsabilidade Civil do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 31).

[84] Cf. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO (A administração da justiça no direito romano. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 74-75 e 83).

[85] Cf. ALOÍSIO SURGIK (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* volume 20, n. 0, 1981, p. 23).

[86] Cf. ORESTE LASPRO (*A Responsabilidade Civil do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 37).

[87] *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 09-11.

vinculantes de aferição do lastro probatório que ampara a pretensão das partes litigantes[88].

Como se vê, as fases são de extrema relevância para a caracterização da atuação do julgador romano – ora mais livre, atrelada aos costumes e proferida por um cidadão romano eleito pelas partes (nos períodos pré-clássico e clássico), ora mais vinculada, atrelada a normas uniformes de aferição de prova e proferida por um funcionário-delegado do Estado, indicado pelo Imperador (no período pós-clássico).

Mas não é só. Tal delimitação também se mostra relevante para temperar uma alegação da doutrina[89] de que, já no direito romano, haveria uma interferência do Estado, pela via judicante revisional, nas relações contratuais privadas. A este respeito, um esclarecimento prévio: nesta época não havia a figura do contrato tal como a concebemos. Segundo ENZO ROPPO[90], no direito romano clássico existia a *stipulatio* como "*um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza"*, a qual era vinculativa mais por sua forma cerimonial do que pela sua juridicidade em si. Paralela a essa figura da *stipulatio* (que corresponderia a uma promessa de prestação), é possível destacar também a figura do *nexum* (que corresponderia a um empréstimo). Ambos, contudo, eram atos eminentemente formais, com trocas de palavras e gestos solenes. A palavra *contractus*, segundo registros históricos, começa a surgir apenas no primeiro século da Era Cristã e passa a constar como noção de convenção criadora de obrigações nas compilações de Justiniano, para designar os *contratos inominados*, apenas no fim do período pós-clássico[91].

Feito tal esclarecimento e considerando a evolução dos períodos romanos sob a ótima da atuação "jurisdicional", nos parece que não é possível afirmar, de modo geral e sem ressalvas, que o direito romano já contemplava intervenção estatal, por meio da atuação do magistrado, nas relações contratuais. Como se viu, o juiz passou a exercer a função de delegado do Imperador e representante do Estado apenas no período pós-clássico, sendo

---

[88] Cf. ALOÍSIO SURGIK (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* volume 20, n. 0, 1981, p. 24).

[89] IZNER GARCIA afirma que *"o contrato no Direito Romano estava submetido e regulado pelo Estado"* (*Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 41).

[90] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 16-17.

[91] Cf. JUSTINO MAGNO ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, pp. 24-25).

que, nos períodos anteriores, a tarefa de dirimir controvérsias era atribuída ao juiz enquanto representante do povo, eleito pelas partes em disputa e em inconteste cenário de enaltecimento a características tidas como privadas.

E mesmo em tais períodos, de todo modo, é certo que já havia exemplos de interferência de terceiros em atividades econômicas – ainda que não sob o formato '*judicial'*: sob a Lei das XXI Tábuas de 450 a.C. (ainda no período pré-clássico), as obrigações das partes eram pesadas em uma balança em praça pública para atestar a igualdade das obrigações assumidas. Já no período clássico, o Digesto de Ulpiano expressamente endereçou a noção de equidade, consagrando a preocupação com o equilíbrio das relações jurúducas; também neste período, já se proibia o anatocismo, ou seja, a aplicação de juros sobre juros em pactos de empréstimo e vigorava a teoria da "lesão enorme", pela qual se permitia a flexibilização da força vinculante e obrigatória dos pactos e a sua modificação por conta da alteração de algumas circunstâncias.

No período pós-clássico – em que se passa a desenvolver a atuação do julgador como braço estatal –, já no século IV, na Lei 2 das Constituições atribuídas a Diocleciano e Maximiliano, há referência a resposta do Imperador Justiniano com a orientação de que haveria lesão na hipótese de compra e venda de um imóvel pela metade de seu preço, cabendo nesses casos a *"autoridade do juiz"* para que se pudesse receber a diferença restante ou se desfazer o negócio com a devolução do pagamento[92]. Apesar do reconhecimento da possibilidade de intervenção, não havia uma previsão específica de *revisão* propriamente dita da contratação.

É bom que se diga, contudo, que a alteração de circunstâncias desse período não se confunde com a regra *rebus sic stantibus* e tampouco com a moderna teoria da imprevisão. Na doutrina internacional, há quem sustente – a

[92] A orientação integral era *"Se tu ou teu pai houver vendido (por preço menor) uma coisa de maior preço, é equitativo que, ou restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor, porém, presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga"* (Cf. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 19 e 30). Sobre as demais referências de exemplos de intervenção em pactos privados: JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*A Cláusula rebus sic stantibus – A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 95) e JUSTINO MAGNO DE ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 151).

exemplo de SAMIR TANAGHO[93]– que a teoria da imprevisão teria nascido no direito romano na medida em que este já permitiria a revisão de contratos *injustos*, apesar de destacar que se tratava mais de uma revisão *interpretativa*, atrelada a uma *vontade tácita* dos contratantes do que a uma alteração de circunstâncias, propriamente. A questão é tormentosa e será objeto de capítulo a seguir. De todo modo, entre os romanos, a expressão *rebus sic stantibus* não existia, apesar da restritiva admissão da modificação de pactos *injustos*. A despeito do dissenso entre os acadêmicos sobre o tema, parece estar razoavelmente demonstrada a ideia de que os romanos admitiam a figura apenas excepcionalmente e mais em função da *"modificação do estado de fato, e não tanto na imprevisão ou na onerosidade excessiva"*[94], não se podendo falar ainda em cláusula *rebus sic stantibus* e, muito menos, em imprevisão.

7.1.3. Idade Média: a fórmula *rebus sic stantibus*

Com a queda do Império Romano e a onda das invasões bárbaras que se acirraram na Europa Ocidental nos séculos IV e V, iniciou-se o período histórico classificado como Idade Média (subdivididos entre Alta Idade Média até meados do século X e em Baixa Idade Média até meados do século XV). O período, que também tem suas especificidades a depender do território europeu analisado, foi, de modo geral, marcado pelo sistema feudal. Diante de uma Europa sem segurança e com comunicação reduzida, consolidou-se um cenário de organização política descentralizada, de uma economia arrefecida pelo declínio do comércio, com uma sociedade basicamente rural e provida de um direito baseado em usos e costumes e fundamentado em leis não-escritas. Apenas com as Cruzadas, iniciadas por volta do século X, e o restabelecimento das rotas marítimas, o comércio voltou a se desenvolver e a economia a se aquecer, trazendo ao direito maior destaque ao tratamento de relações contratuais.

Na esfera jurídica, é atribuído a este período, justamente em função da forte influência da teologia e da contribuição do direito canônico, o desenvolvimento da que viria a posteriormente se consolidar como a fórmula *Rebus sic stantibus.*

---

[93] *De l'obligation judiciaire: etude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, Paris, 1965, p. 142.

[94] Cf. RENATO JOSÉ DE MORAES (*Cláusula Rebus Sic Stantibus*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 44).

Na realidade, a doutrina não é totalmente assente quanto à origem da expressão. Entre os civilistas que estudam o tema da revisão contratual, há quem faça remissão ao Código de Hamurabi, conjunto de leis escritas da região da antiga Mesopotâmia (predominantemente os atuais Iraque e Kuwait) datado de aproximadamente 1.700 a.C. que, em sua Lei 48, previa que, na hipótese de perda de colheita do trigo por tempestade ou falta de chuvas, o devedor *"não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano"*[95]. Discute-se, também se a figura teria suas raízes no direito romano. Contudo, a despeito de o direito romano já proibir o anatocismo (aplicação de juros sobre juros)[96], não há evidências de que a fórmula era conhecida. O desenvolvimento do racional desse instituto, como destaca SIDOU[97], parece ter se desenvolvido pelo direito canônico, entre os teólogos. Santo Agostinho, nos anos 300-400 d.C., invocava a regra de que *"não mente aquele que promete alguma coisa e não o faz, se, para isto não executar, algo sucedeu que impediu o cumprimento da promessa"* e, na mesma linha, Santo Tomás de Aquino, já no século XIII, proferia lições no sentido de que *"para estarmos obrigados a fazer o que prometemos, é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas"* [98]. Há quem traduza o pensamento desta época com a conclusão de que o não pagamento do preço *justo* era *"pecado"*[99].

Nesse contexto, surge, no período da Idade Média, a fórmula que deu nome à teoria, atribuída ao jurista de Bolonha, Bartolo de Sassoferrato, no início do século XIV: *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* – expressão que significa que *"os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura*

---

[95] Cf. JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus, dos efeitos da fiança e empresa individual de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 1).

[96] Cf. JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*A Cláusula rebus sic stantibus – A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 95).

[97] *A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus, dos efeitos da fiança e empresa individual de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 10. No mesmo sentido, sobre a evolução história da figura da cláusula *rebus sic stantibus*: ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO (A Cláusula Rebus Sic Stantibus e a Cláusula de Escala Móvel. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, *Revista dos Tribunais*, vol. 1, p. 1101, outubro-2011, item 1) e ALCIO MANOEL DE SOUSA FIGUEIREDO (Cláusula Rebus sic Stantibus: teoria da imprevisão, *Revista dos Tribunais*, vol. 845, pp. 725-750, março-2006, item 2).

[98] Cf. JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*A Cláusula rebus sic stantibus – A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 95).

[99] Cf. JUSTINO MAGNO ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 60).

devem ser entendidos estando assim as coisas" [100]. Ou seja, *rebus sic stantibus* nada mais significa que a ideia de que a obrigatoriedade de observância das obrigações contratuais está sujeita à manutenção das mesmas condições pactuadas no momento da celebração do contrato. Trata-se, portanto, de instituto medieval e muito coerente com o cenário europeu da época que, entre os anos 1300 e 1400, enfrentou a chamada Grande Fome, a peste negra e a Guerra dos 100 anos.

Sua positivação, entretanto, tardou. O pioneirismo da formalização legal da cláusula *rebus sic stantibus* é atribuído ao código bávaro que, apenas em 1756, fixou em uma proposição legislativa 3 (três) critérios a justificar a aplicação da figura, a saber: *(a)* a alteração do objetivo que existia à época da formação do contrato, *(b)* a imprevisibilidade ou a difícil reparação da circunstância modificativa e *(c)* uma modificação tal que se o devedor a houvesse previsto, não teria consentido com o ajuste[101].

No período da Idade Média, contudo, a ideia de contrato não era a mesma de nossos dias. Especificamente sobre o direito inglês medieval (*common law*), ENZO ROPPO[102] destaca que *"não existia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações econômicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos"* e exemplifica dizendo que, em caso de inadimplemento, a ação *ex delicto* poderia ser usada não por conta do inadimplemento contratual em si, mas sim em razão de ter o contratante sofrido um dano. Quanto à forma, há quem diga que as principais manifestações do que hoje conhecemos como *contratos de adesão* surgiram neste período histórico, quando notários – responsáveis por formalizar algumas contratações – teriam passado a empregar cláusulas padronizadas para contratações similares[103]. Não obstante essa constatação, o fenômeno da *estandartização* que culminou na consolidação do que atualmente assumimos como contratação

---

[100] Cf. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 20) e JOSÉ FERNANDO SIMÃO (*A resilição contratual III*, disponível em **http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_resiliacao_03.htm**, acesso em 20.06.2015).

[101] Cf. JOSÉ MARIA OTHON SIDOU (*A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas,* cit., p. 21).

[102] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 16-17.

[103] Cf. EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 37).

de adesão se desenvolveu apenas mais recentemente, no pós-revolução Industrial, como se verá.

E, de igual forma, a noção de intervenção estatal nas relações contratuais não se assemelha ao que hoje concebemos. Primeiro porque o poder era fragmentado, exercido de forma descentralizada em cada reino. Em segundo lugar, porque os julgamentos, como ensina SÉRGIO GOMES[104], refletiam o regime feudal e denotavam um *"marcante desfacelamento do poder estatal"*. Nesta época histórica, diz-se que *o primeiro dos juízes era o rei*[105] e, quando assim não era, os julgamentos eram realizados por *"concelhos"*, conforme as divisões feitas entre os nobres – com ressalvas feitas a alguns territórios como, por exemplo, Portugal, onde a função julgadora do rei era excepcional[106].

E não apenas a estrutura judiciária impossibilitava uma intervenção tal como a compreendemos hoje; a inexistência de um *processo*, como uma ciência com regras objetivas, claras e uniformes também nos impede de correlacionar o assunto aos nossos dias. Como bem lembrou MAURO CAPPELLETTI[107], o direito medieval era reflexo da ideologia anti-igualitária e hierarquizada da época feudal. Lembra o autor que, em relação às provas judiciárias, por exemplo, um juiz não poderia desconsiderar as disposições que previam que o testemunho no nobre valia mais do que do não-nobre, o do eclesiástico valia mais do que o do leigo e o do homem valia mais do que de um a mulher (*e.g.*, o testemunho contra um conde precisaria ser fundamentado em pelo menos testemunhos de 16 burgueses de boa fama). Nesta época, o juiz limitava-se, na prática, a assistir a atuação das partes, incumbindo-lhe apenas fazer um controle dos atos por ela praticados e, ao final, declarar qual parte se sagrou vencedora[108].

---

[104] *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 15.

[105] Cf. ANTONIO PEDRO BARBAS HOMEM (O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 54).

[106] ANTONIO PEDRO BARBAS HOMEM destaca que Portugal teve importantes especificidades na época medieval em relação à Europa. Entre elas, na prática, a função julgadora do rei era excepcional e os juízes da época se socorriam das Ordenações do Reino para solução de questões. Com a reforma Joanina em 1537 (que teve como destaque, entre outros assuntos, a reforma dos cursos jurídicos) passou a ser obrigatório aos juízes nomeados pelo rei possuir estudos universitários. Apesar dos critérios objetivos, havia outros critérios como as virtudes, a riqueza, o sangue e o grau de nobreza (O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 59-60).

[107] *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, pp. 32-33.

[108] Cf. CARLOS ALBERTO CARMONA (Apresentação à obra de SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA. *Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. ix).

Com as grandes navegações e a revolução comercial desenvolvidos no século XV, esta sistemática mudou e tais modificações influenciaram, por óbvio, a organização das relações contratuais e a intervenção estatal em tais contratações. Ato contínuo ao aquecimento comercial, a descentralização feudal se mostrou inadequada aos novos objetivos e, como fruto da confluência de interesses entre burguesia, nobreza e realeza, nasce o novo formato de Estado Absolutista – que, guardadas as peculiaridades de cada país, apresentava como característica geral a centralização da administração, da moeda e da legislação, com a concentração de poder do Estado na figura do rei. Essa característica perdurou na Europa Ocidental desde meados do século XIII, passando pela Era dos Descobrimentos, até as revoluções iluministas do século XVIII.

A atividade do juiz neste período, como decorrência lógica da concentração de poder na figura do rei, era limitada. Como destaca DALMO DALLARI, *"a escolha dos juízes era feita diretamente por quem detinha o comando político"* e eles *"estavam obrigados a manter fidelidade, antes de tudo, aos interesses de quem os tinha escolhido"*; ainda, lembrando o ensaio *Da Judicatura*, de Francis Bacon (início do século XVII inglês), onde se ressaltou que *"os juízes devem lembrar-se que sua função é* jus dicere *e não* jus dare*; interpretar a lei e não fazer a lei ou dar a lei"*[109].

Em Portugal – e obviamente com influência no Brasil – o período das ordenações refletia essa mentalidade. Pelas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, o juiz não poderia tomar a iniciativa das provas, cabendo às partes formular perguntas em juízo para a colheita de provas. A mesma ideia foi mantida pelas Ordenações Filipinas, que impunham ao juiz que julgasse segundo as provas produzidas pelas partes, ainda que *"ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado"* [110].

Como se vê, o poder estatal advinha da figura do rei e não propriamente da lei, de modo que tal ideia se refletia na atuação do juiz, como agente de tal poder estatal e a quem cabia posição de mera declaração do direito.

---

[109] *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 11 e 95.

[110] Cf. ALOÍSIO SURGIK (Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* volume 20, n. 0, 1981, p. 25).

7.1.4. Estado Liberal: o livre mercado e o juiz neutro

A Revolução Intelectual e o grande marco da Revolução Francesa em 1789 vieram para suplantar o regime anterior, dando espaço para o estabelecimento de um período de liberalismo que permitiu uma verdadeira revolução no tema do direito contratual, ainda que mantida a posição extremamente passiva do juiz.

A liberdade surge como defesa contra o arbítrio estatal e se consolida em todos os meios de sua expressão – economicamente, por meio da ideia de autorregulamentação do mercado; socialmente, por meio do exercício das liberdades individuais; juridicamente, por meio da noção de liberdade de contratar e estipular o conteúdo da contratação sem a interferência do Estado e com o desenvolvimento de um direito positivo que garantisse expressamente essa limitação às interferências estatais e a preservação da liberdade e da livre disposição da propriedade. Como lembra SÉRGIO GOMES[111], *"pensava-se que quanto menos interferisse o Estado nas relações intersubjetivas, maior o grau de liberdade que as pessoas desfrutariam".*

Até o início do século XIX, em que vigia uma concepção liberal do processo – inserida nesse contexto histórico de liberalismo econômico e político – o juiz era uma figura com participação passiva em suas atribuições, refletindo uma preponderância, à época, do Poder Legislativo em detrimento do Poder Judiciário, não obstante formalmente se pregasse uma equitativa separação de poderes[112]. A ideia era condizente com noção já consolidada de separação de poderes e de estrita legalidade como garantia aos jurisdicionados, assumindo o magistrado uma função de simples aplicador da lei positivada, imparcial e politicamente "*neutro"*[113] – consubstanciada na célebre máxima de que o juiz era mera *boca da lei*.

Em uma época marcada pelo enaltecimento da propriedade privada e das liberdades individuais, acompanhada de um juiz desprovido de qualquer

---

[111] *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 26.

[112] Segundo JOSÉ WELLINGTON BEZERRA DA COSTA NETO, nesta época, a atuação passiva dos juízes mostrava que o princípio da separação dos poderes não era equitativa, com preponderância do legislativo especialmente na França pós-revolucionária (Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Páginas: 31-179 Id. Lex: VLEX-678895549 Link: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 51-52).

[113] TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR utiliza a expressão *"neutralização política"* do magistrado (O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, n. 21, março/abril/maio-1994, disponível em ***http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931***, acesso em 20.05.2015, p. 15).

ativismo, o tema da revisão judicial de contratos tinha pouquíssimo espaço. Sua atuação em controvérsias relacionadas a relações contratuais permitia, no máximo, uma conduta de interpretação e não propriamente de modificação de ajustes, vistas como verdadeiras (e vedadas) *criações* de obrigações por um terceiro que não as próprias partes.

Durante a vigência daquele que foi o primeiro grande código da Era Moderna – o *Code Napoleon* de 1804 – a noção de contrato refletia essa realidade liberal. Sobre o tema, ENZO ROPPO[114] destaca que o slogan do legislador dessa época foi *"liberdade de contratar, baseada no consenso dos contratantes"*, sob o qual o contrato assume uma posição subordinada à propriedade, de modo a servir de instrumento para que a burguesia empreendedora adquirisse bens das classes antigas e improdutivas para incrementar o comércio e a indústria. Os institutos jurídicos, portanto, refletiam esse interesse no modo de produção capitalista e a ideologia de uma classe burguesa então detentora dos meios de produção e desprendida do interesse geral de toda a sociedade. Aliás, justamente sob a constatação de que a moderna teoria do contrato se desenvolveu em um cenário de nascente capitalismo e de amadurecimento de contexto para uma posterior revolução industrial é que ENZO ROPPO acaba por justificar a íntima relação entre contrato e economia.

Nessa evolução histórica de fortalecimento do liberalismo, individualismo e estrita legalidade, era de se esperar a mitigação da *rebus sic stantibus.* Em contrapartida lógica, na França, o *Code Napoléon*, em seu art. 1.134, previa, antes de tudo, que *"les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites"* – ou seja, fortalece-se o brocardo do *pacta sunt servanda*¸ excepcionado apenas nas hipóteses de erro substancial, caso fortuito ou força maior. Como destaca PAULO KHOURI[115] a *"cláusula medieval rebus sic stantibus foi propositalmente esquecida"* não apenas no *Code Napoleon*, como também nos posteriores Códigos Civis alemão (1896) e italiano (1942) justamente por conta do *"perigo que representava para a autonomia da vontade".*

[114] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 39, 42 e 45.

[115] *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 15.

Os EUA, recém-independentes após a Declaração de 1776, reproduziam essa mesma orientação. Segundo ensina GREGORY ALEXANDER[116], prevalecia nos EUA do século XIX o *'laissez-faire constitucionalism'*, em que os juízes figuravam como meros *peões* (*"pawns")* da classe econômica dominante industrial da época – o que teria sido mantido até o *New Deal* do século XX. Segundo o autor, a ideia de liberdade contratual era invocada pelos Tribunais norte-americanos como fundamento para não intervir em contratos e, aliás, especialmente em contratos de trabalho. Em um caso envolvendo a *Pennsylvania Railroad Company* que obrigou seus empregados a assinar contrato de trabalho com cláusula de limitação de responsabilidade, o Tribunal da Pensilvânia, em 1853, reputou a cláusula válida sob o fundamento exatamente da liberdade contratual.

7.1.5. Estado Social ao pós-Guerra: o ativismo judicial e a imprevisão

Com a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no fim do século XVIII (era do carvão e do ferro) e sua evolução para outros países europeus no século XIX e XX (era do aço e da eletricidade), aliado ao fenômeno da independência da América Latina nesse mesmo período, o Estado Liberal dá lugar ao Estado Social, acompanhado de um movimento de ascensão, fortalecimento e organização das massas operárias.

Neste contexto histórico de Bem-Estar Social (*Welfare State*), o litígio de interesses meramente privados dá lugar a conflitos de maior amplitude, representando interesses sociais, e, com isso, exigindo uma atuação mais ativa do juiz na solução de litígios. Este período histórico é, na realidade, revolucionário para o processo civil e para a figura do juiz, cuja responsabilidade, segundo TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.[117], passa de *retrospectiva* a *prospectiva*.

É semeado o conceito de *ativismo judicial*[118], expressão difundida nesse período com o enfoque à conduta de protagonismo enquanto sujeito processual

---

[116] The limits of freedom of contracts in the age of laissez-faire constitucionalism. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. (Coord. F. H. Buckley), Durham / London, Duke University Press, 1999, pp. 104 e 107.

[117] O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, n.21, março/abril/maio-1994, disponível em ***http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931***, acesso em 20.05.2015, p. 19.

[118] O termo é bastante controverso e ensejaria, por sua riqueza e complexidade, um novo trabalho. De todo modo, o momento histórico é apontado como o *"gérmen da responsabilização política do*

e coerente com as exigências de um novo poder jurisdicional – que é, contudo, controversa e instigante até os dias de hoje, em que comumente é atrelada a posturas que ultrapassam os limites do poder. Não obstante reconheça a controvérsia, para o presente trabalho, a expressão está simplesmente relacionada à postura *ativa* do juiz enquanto agente da Administração Pública, provido de poderes-deveres inerentes ao exercício da jurisdição e que os utiliza estrita e exclusivamente ao atingimento dos escopos do processo e não para caracterizar eventuais abusos, excessos ou medidas que extrapolem tais escopos ou infrinjam a conduta ética que deve ser observada na condução processual.

Em 1868, a obra de OSCAR VON BÜLOW marcou o início da chamada fase *autonomista*[119] do processo – fase responsável pela introdução da noção de *relação jurídica processual* e que marcou o nascimento do processo enquanto ciência autônoma.

Não obstante haja na doutrina[120] quem aponte que a primeira manifestação contra o *"imobilismo judicial"* seria o projeto da *Loi de*

Judiciário" e como nascedouro do ativismo judicial por JOSÉ WELLINGTON BEZERRA DA COSTA NETO (Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Páginas: 31-179 Id. Lex: VLEX-678895549 Link: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 51-52). O autor diferencia *protagonismo* de *ativismo judicial*, defendendo que o primeiro está mais relacionado à intervenção estatal da *judicial review* da *Common Law* e o ativismo estaria mais relacionado às iniciativas probatórias e coercitivas do *Civil Law* (Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Páginas: 31-179 Id. Lex: VLEX-678895549 Link: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 56 e 114). Há quem atrele a noção de ativismo judicial a condutas que extrapolam a atuação jurisdicional e sua finalidade. Nesse sentido: ELIVAL DA SILVA RAMOS defende que *"ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)"* (*Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 99) e RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS defende que a expressão está relacionada à *"potencialidade dos magistrados (...) em realizar sucessivas intervenções no vínculo obrigacional sem uma real análise das consequências de ordem social e econômica sobre suas decisões (...) isolada do fato social e suas repercussões"* (*Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, pp. 21-22). Por sua vez, EDUARDO CAMBI prefere o uso da expressão *protagonismo judiciário* (ao invés de ativismo) para designar a intervenção judicial dentro dos parâmetros da argumentação jurídica, mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, destacando que *"a alternativa ao passivismo judiciário não é o ativismo tosco, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça"* (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 27).

[119] Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a ciência processual se divide em 3 (três) fases: a fase do sincretismo (até a obra de BÜLOW), a fase autonomista ou conceitual (de meados do século XIX) e a fase teleológica ou instrumentalista (*Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 17).

[120] Cf. FÁBIO CORRÊA essa teria sido a pioneira manifestação, com importantes previsões acerca do poder instrutório do juiz (*Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 92).

Procédure Civile do Cantão de Genebra de autoria de BELLOT em 1819 (posteriormente positivado), a mudança de paradigma em termos de atuação judicial ganhou notória repercussão apenas com a reforma de processo civil na Áustria, com a reforma de processo civil retomada por FRANZ KLEIN em 1890/1891 e com a publicação do novo código processual civil austríaco em 1898. Tal reforma implicou verdadeira mudança de mentalidade em relação às expectativas quanto ao processo civil, mediante positivações importantes como a da noção de colaboração entre partes e juiz (ainda que sob a direção deste) e a atribuição de maiores poderes ao magistrado com vistas à redução do custo processual e ao aumento de sua eficiência.

Diz-se que é o marco da *publicização*[121] – ou *socialização*, para se utilizar a expressão de MAURO CAPPELLETTI[122] – do direito processual civil, no qual o processo, a despeito de manter o princípio da iniciativa da parte quanto ao ajuizamento da demanda e a delimitação de seu objeto, passa a contar com expressivo aumento dos poderes de direção, impulso e probatórios atribuídos ao juiz no mundo capitalista ocidental[123].

A doutrina processualista é assente quanto à essencialidade do código austríaco (ZPO) e, especificamente da obra de KLEIN, para o processo enquanto ciência. ALVARO DE OLIVEIRA[124] destaca que a ideia de KLEIN foi no sentido de fortalecer os poderes do juiz para garantir maior isonomia entre as partes, de modo que *"a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recurso (...) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao seu adversário"*. Sobre o aumento dos poderes do juiz, JUSTINO ARAÚJO[125] lembra que a ZPO austríaca foi exemplar ao constatar que *"a*

---

[121] Cf. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 85); SÉRGIO GOMES (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 87) e JUSTINO ARAÚJO (Os Poderes do juiz no Processo Civil Moderno (Visão Crítica). *Revista de Processo*, vol. 32, outubro-dezembro 1983, pp. 94-106, item 3).

[122] *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, pp. 44-46.

[123] Diz-se no mundo capitalista ocidental pois, como bem destaca MAURO CAPPELLETTI, em países comunistas deste mesmo período histórico, a exemplo da União Soviética e Alemanha Oriental, os princípios da iniciativa da parte e da inércia do juiz foram derrogados, de modo que magistrados poderiam iniciar demandas de ofício (*Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, pp. 44-46).

[124] *Poderes do juiz e visão Cooperativa do Processo*. Site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em ***http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf***, acesso em 25.11.2015, item 2, p. 4.

[125] Os Poderes do juiz no Processo Civil Moderno (Visão Crítica). *Revista de Processo*, vol. 32, outubro-dezembro 1983, pp. 94-106, item 3.

imparcialidade do juiz não repugnava o contato direto e ativo com as partes no desenvolvimento do processo".

Segundo FRANCO CIPRIANI, KLEIN via o processo como um *mal social* cuja lentidão incidiria sobre a economia nacional e por isso, em seu processo, o juiz não se limita a julgar, passando também a administrar e atuar como gestor do processo, sendo que, para isso, deve gozar de poderes *discricionários* – fundamentos que, segundo o italiano, eram, de certo modo, *excessivos*[126].

A ideia austríaca foi desenvolvida na Itália ainda em 1919 por CHIOVENDA, quando da elaboração de um projeto de reforma da legislação processual civil. Sua positivação, contudo, tardou e a promulgação do novo *Codice* contemplando a ampliação dos poderes – em especial instrutórios – do juiz foi positivada apenas em 1942, e sob muitas críticas, como rótulo de *"autoritário"* [127].

O mesmo ocorreu na França, que tardou na incorporação da influência austríaca. As reformas processuais ocorridas entre os anos de 1935 e 1965 introduziram maiores poderes de investigação ao juiz. Porém, apenas em 1975 houve a edição de novo código processual civil com a concessão de poderes instrutórios ao juiz, e, ainda assim, atrelando seu exercício expressamente à observância do contraditório, que já havia sido introduzido no *Code* anterior de 1971[128]. O mesmo fenômeno se observou na Suíça, com o advento do código processual de 1947[129], que passou a prever a possibilidade de o juiz ordenar a produção de provas não requeridas pelas partes (art. 37).

Em linhas gerais, a doutrina nacional e estrangeira do Século XX, ao menos no âmbito do *Civil Law* – com ressalvas, em maior parte, ao sistema espanhol –, parece ser firme em defender um papel ativo do juiz na esfera processual, reforçando a necessidade de uma ampliação de seus poderes diretivos e instrutórios. Nesse sentido, FRITZ BAUR, na década de 1980, defendeu que *"o papel ativo do juiz é visto em estreita relação com a reivindicação de uma razoável aceleração do processo e com a função social*

---

[126] CIPRIANI discorda da ideia de que o processo seria um *mal social* pois, em seu entendimento, quem cria o litígio é a vida, sendo o processo um instrumento voltado a trazer justiça à humanidade e também considera que a posição de Klein quanto à importância para a economia seria verdadeira, porém excessiva pois não haveria uma relação tão direta entre direito e economia (*Ideologie e Modelli del Processo Civile*. Napoli, Saggi Collana, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, pp. 30 e 33-34).

[127] Cf. FÁBIO PEIXINHO CORREA (*Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 98).

[128] Cf. FÁBIO PEIXINHO CORREA (*Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 131).

[129] Cf. SÉRGIO GOMES (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 68).

deste"[130]. Na Argentina, BERIZONCE é enfático ao afirmar que o "*'activismo judicial' intenta responder a lãs reales y concretas exigências de uma sociedad democrática, pluralista, dinâmica y participativa"*[131]. No Brasil, sob o enfoque constitucional, DALMO DALLARI também defendeu que o magistrado *"pode e deve assumir a condição de participante ativa do processo de mudança social"*, adotando uma postura de *ativismo*[132].

A referência, aqui, a países de *Civil Law* enseja, aliás, considerações pertinentes. Isso porque, no estudo dos poderes do juiz, é comum na doutrina o confronto entre os sistemas de *Civil Law* – ditos inquisitoriais – e os de *Common Law* – ditos adversariais – e a conclusão de que, nos primeiros a instrução do processo e a condução da marcha incumbiriam ao juiz, ao passo que, no segundo, caberiam às partes[133]. Na verdade, não há sistemas estanques; há combinações de características típicas de cada sistema.

O assunto justificaria uma nova tese. Para nos limitarmos ao tema ora proposto, contudo, é importante destacar que, ainda que a divisão de trabalho entre juiz e partes em países que adotam tal sistema enalteça a posição destes últimos – com ressalvas aos poderes judiciais de *case management* especialmente na Inglaterra – a intervenção judicial também ganhou espaço. A doutrina[134], a este respeito, destaca que a chamada primeira era do ativismo judicial norte-americano (período denominado *laissez-faire Court Period*) ocorreu nos anos 1930, quando a Suprema Corte norte-americana rejeitou diversas disposições do New Deal de Franklin Roosevelt e que, a segunda era do ativismo judicial foi inaugurada em 1954 com o caso *Brown vs Board of Education of Topeka*, em que a Corte dos EUA, visando promover reformas sociais, exerceram controle sobre políticas escolares para combater a segregação racial no sistema educacional. – que seria posteriormente seguido pelo que a doutrina tem denominado hoje de *expansive judicial review*,

---

[130] O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, vol. 27, julho-setembro 1982, pp. 186-199.

[131] Recientes Tendencias en la posición del juez. *Revista de Processo*, vol. 96, outubro-dezembro 1999, pp. 125-149, item 5.7.

[132] *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 53.

[133] Cf. BARBOSA MOREIRA (O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de Direito Processual: Nona Série*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2007, pp. 41-42). No mesmo sentido, FERNANDO GAJARDONI leciona que o adversarial é o *"modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas",* enquanto no inquisitorial as tarefas recaem preferencialmente sobre o juiz (*Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 108).

[134] Cf. JOSÉ WELLINGTON BEZERRA DA COSTA NETO (Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Páginas: 31-179 Id. Lex: VLEX-678895549 Link: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 107 e 127).

consagrando-se um Judiciário com poderes não apenas interpretativos de normas, mas de analisar o próprio mérito de atos administrativos.

O contexto histórico marcado pelo aumento intervencionismo estatal, pelo incremento dos poderes dos juízes em sede processual e pela maior limitação das liberdades como forma de substituição do individualismo pelo coletivismo e pelos direitos sociais, quando aliado ao excepcional quadro de 1ª Grande Guerra Mundial – caracterizado pela grande dificuldade de se manterem as obrigações contratuais –, trouxe impactos de extrema relevância para o direito substancial e, especificamente, em um dos temas mais caros ao direito contratual: a imprevisão.

A Lei *Faillot*, editada em 1918 na França é comumente apontada como marco inaugural da positivação da imprevisão no mundo ocidental. Não obstante esta não tenha sido, temporalmente, a primeira positivação – antecedida pelo Decreto Real nº 739/1915 editado na Itália e que permitia a exoneração de responsabilidade do contratante em caso de onerosidade excessiva decorrente, em especial, da guerra – sem dúvida, é o grande símbolo do tema entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros. A referida lei passou a atribuir aos juízes – presumindo, portanto, medidas jurisdicionais – o poder de rescindir ou suspender contratos de prestações sucessivas, celebrados antes de 1º de agosto de 1914, nos quais a execução tenha se tornado muito onerosa a uma das partes[135].

Apesar de ser apontada como marco da imprevisão no campo do direito civil, é importante destacar que a Lei *Faillot* nasceu de situação prática do direito administrativo. Sua positivação foi resultado de um movimento de pressão após uma importante decisão da Corte de Cassação francesa que, ao analisar contrato de concessão de serviço público de iluminação na cidade de Bordeaux (que vinha sofrendo risco de paralisação diante da explosão do preço do carvão com a 1ª Guerra Mundial), rejeitou a revisão ordenada pelo Conselho de Estado em março de 1916 e confirmou a vinculação das partes aos

[135] A íntegra da previsão legal era de que *"le juge peut résilier ou suspendre les marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant le 1er août 1914 et portant sur des livraisons de marchandises ou de denrées ou sur des prestations successives ou à terme, à condition que l'exécution en soit devenue trop onéreuse pour l'une des parties"* (PHILIP HUJO. *Force majeure et Imprévision : une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais e le droit allemand*, disponível em ***http://www.grin.com/fr/e-book/85222/force-majeure-et-imprevision***, acesso em 20.06.2015, nota 39).

termos contratados (*Compagnie Générale d'Eclariage de Bordeaux x Ville de Bordeaux*)[136].

A mesma orientação foi sentida na Alemanha – referência no desenvolvimento da noção de imprevisão. O legislador alemão de 1896 não havia adotado no BGB a figura da cláusula *rebus sic stantibus* do direito canônico medieval e os tribunais não admitiam a revisão judicial de contratos em caso de eventos supervenientes que prejudicassem seu cumprimento[137]. A orientação, contudo, foi reconsiderada na década de 1920, em um cenário de pós 1ª Guerra. Em 1923 o marco alemão estava extremamente desvalorizado e demandou uma reforma monetária (1925); a gritante inflação fez com que preços aumentassem mais de 1.400 vezes em relação ao pactuado. O impacto nos contratos privados fez surgir uma orientação nos Tribunais alemães em 1922-1923, inicialmente, no sentido de aplicar a noção de *"impossibilidade econômica"* para desonerar a parte da obrigação contratual assumida[138]; pouco tempo depois, a orientação foi ajustada para contemplar o conceito de 'alteração de circunstâncias fundamentais', baseada única e exclusivamente na interpretação da regra de boa-fé positivada no §242 do BGB. O 'ajuste' de entendimento pela via jurisprudencial, aliás, foi possível pois – ao contrário do sistema francês, mais limitador da atividade jurisdicional – o ordenamento alemão permitia certa margem interpretativa, ainda que fosse considerado como um sistema "fechado"[139] pela influência pandectista.

Nesse cenário, diversas teorias se desenvolveram em todo o mundo acerca da possibilidade de modificação do contrato após sua celebração – são as comumente denominadas teorias *revisionistas*, podendo ser destacadas entre as diversas principais teorias surgidas nessa época[140], as seguintes:

---

[136] Cf. EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 101) e OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR (*Revisão judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 29).

[137] Cf. HANNES RÖSLER (Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, pp. 485 e 491), NORBERT HORN (Adaptation and Modification of Contracts in view of a change of circumstances, *Tel Aviv University Studies in Law*, nº 11, 1992, disponível em Hein Online, p. 138) e JOHN DAWSON (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, p. 1041).

[138] Com fundamento na doutrina da base do negócio desenvolvida por OERTMANN, em 1921.

[139] Expressão utilizada comumente pela doutrina para indicar sistemas que fazem pouco (ou menor) uso de cláusulas gerais e, com isso, permitem menor maleabilidade em sua aplicação. Nesse sentido: JUSTINO MAGNO ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 86).

[140] O civilista Português PEDRO ROMANO MARTINEZ aponta 5 (cinco) teorias revisionistas: *rebus sic stantibus*, pressuposição, base do negócio, imprevisão e alteração de circunstâncias – esta última,

(i) A *Teoria da Pressuposição* de BERNHARD WINDSCHEID – pandectista que, nos meados do século XIX, defendeu a relativização do *pacta sunt servanda* no direito alemão, para permitir a manutenção do equilíbrio contratual com base em condições subentendidas pelas partes mas não totalmente desenvolvidas no instrumento contratual. Segundo o autor, os contratos continham *pressuposições aceitas tacitamente* pelos contratantes no momento da celebração do contrato e que eram capazes de produzir efeitos jurídicos. Um dos projetos de código civil alemão chegou a adotar a teoria, dispondo que *"aquele que se obrigou a uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, de um acontecimento futuro ou determinado efeito jurídico, pode, se a pressuposição não se realizou, obter do accipiente a devolução daquilo que prestou".* A ideia, contudo, não foi encampada pela legislação alemã, especialmente pela sua falta de objetividade e especificidade quanto à própria delimitação do que seria exatamente a *pressuposição*[141].

(ii) A *Teoria da Vontade Marginal* do italiano GIUSEPPE OSTI que, em 1912, propõe a separação entre a vontade contratual (vontade de assumir a obrigação, expressada no momento da vinculação) e a vontade marginal (vontade de executar a obrigação, expressada no momento do cumprimento) para defender a possibilidade de revisão quando, diante de superveniências, essa vontade marginal deixa de existir. Sua orientação recebeu críticas por oferecer como critério de solução a própria vontade, destacando-se a grande dificuldade de se interpretar, de forma objetiva, a vontade marginal [142];

---

encampada pelo art. 437 do Código Civil português – e sobre a qual trataremos em capítulo específico (*Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 293). A doutrina civilista que se debruçou mais profundamente sobre o tema também destaca outras teorias revisionistas, como, por exemplo: a *Teoria da Regra Moral*, de GEORGES RIPERT (GEORGE RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Génerale de Droit et Jurisprudence, 1949. p. 155) e a *Teoria da Equidade e da Justiça*, de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (*Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943, pp. 234-236), entre outras.

[141] Cf. DARCY BESSONE (*Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 213-214); RUY ROSADO DE AGUIAR JR. (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 144), OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR (*Revisão judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 29); EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 103-104), ANTONIO CELSO FONSECA PUGLIESE (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 52) e JOHN DAWSON (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, p. 1041).

[142] Cf. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 31, p. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15); EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 105) e PAULO KHOURI (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei*

(iii) A *Teoria da Base (Subjetiva) do Negócio Jurídico* de PAULO OERTMANN[143], alemão que defendeu, em 1921, a possibilidade de modificação de um contrato sempre que uma situação futura e não originalmente imaginada pelas partes fosse capaz de modificar a base sobre a qual se firmou o negócio, com consequente modificação das prestações. Diferentemente das orientações anteriores, deixou de enaltecer a vontade propriamente dita e passou a dar atenção aos *efeitos visíveis* do negócio, à luz da boa-fé; e

(iv) A *Teoria da Base Objetiva do Negócio* do alemão KARL LARENZ que, retomando a teoria de OERTMANN, a aperfeiçoa para defender que a revisão contratual se impõe quando houver modificação da base *objetiva* do negócio. Vale dizer, a *base* a ser analisada para fins revisionais é aquela geral e média, e não a base subjetiva observada em cada caso, sem, contudo, se abandonar totalmente a influência da vontade[144].

Apesar do enfoque às teorias desenvolvidas em países ocidentais-capitalistas com sistema de *Civil Law*, não podemos deixar de mencionar também a Teoria da Condição Implícita (*Implied Condition)* desenvolvida pela jurisprudência do direito anglo-saxão. Sobre esta teoria, é comum na doutrina a referência ao exemplo clássico o caso *Krell v. Henry* em que se discutia o pagamento do preço de locação de um cômodo com janela para assistir à coroação do rei inglês Eduardo VII em 1902. Diante do adiamento da cerimônia, o locatário pretendia o reembolso do sinal e o locador pretendia o pagamento do saldo restante, nos moldes contratados e decidiu-se que o locador deveria permanecer com o sinal, porém o locatário não deveria pagar o saldo[145].

8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo, Atlas, 2006, p. 17).

[143] Cf. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (A onerosidade excessiva no Código Civil. Cit., pp. 15-16), EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 104) e JOHN DAWSON, que destaca os *efeitos visíveis* do negócio (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, p. 1046)

[144]Cf. KARL LARENZ. Base del negócio jurídico y cumplimiento de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, 1956, *apud* LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES. A onerosidade excessiva no Código Civil, cit., p. 15); EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 104) e PAULO KHOURI (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 19).

[145] Cf. HANNES RÖSLER (Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 498), ALPHONS PUELINCKX (Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: a comparative study in English, French, German and japanese Law. *Journal of International Arbitration*, 1986, disponível em Hein Online, pp. 49-50) e CELSO PUGLIESE (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*,

É importante que se frise aqui o enfoque aos países ocidentais do século XX, tendo em vista a informação de que o sistema socialista da União Soviética, entre os anos 1920-1950, defendia ser de pouca importância o problema da alteração de circunstâncias, por se dizer incompatível com a economia e a propriedade socialistas[146].

O recorte ora proposto não nos permite esmiuçar as diversas teorias desenvolvidas e suas características. É suficiente à finalidade da presente tese que se conclua que, guardadas as particularidades de cada teoria desenvolvida sobre o tema, todas contêm um traço comum que nos serve de parâmetro para a análise de seus atuais critérios, especialmente no âmbito judicial: todas confirmam a possibilidade de modificação do ajuste contratual em decorrência de fatores supervenientes à celebração do contrato e imprevistas em tal momento.

Na Itália, no mesmo ano de positivação da nova lei processual marcada pela influência da ZPO austríaca e pelo aumento dos poderes judiciais (1942), é apresentado código civil. Em pleno regime fascista e ainda no curso da 2ª Grande Guerra, foi notória a tendência à diminuição da liberdade contratual. Nesse sentido, não obstante o código ainda refletisse interesses capitalistas, ENZO ROPPO[147] exemplifica essa tendência com o conteúdo do art. 1.175 do *Codice*, que falava em *princípio da solidariedade corporativa* no âmbito contratual. Ainda, refletindo as ondas revisionistas, o *Codice Civile* também previa – e ainda prevê –, em seu art.1.467, que nos contratos de execução continuada ou diferida no tempo, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa em função de eventos extraordinários ou imprevisíveis, a parte prejudicada pode requerer a resolução do contrato, sendo permitido à outra parte evitar a resolução *"offrendo di modificare equamente le condizioni del contrato"*[148].

Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 61).

[146] Cf. ALEXEI G. DOUDKO (Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 485).

[147] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, p. 55.

[148] Artigo 1467 – *"Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contrato"*.

Na Alemanha nazista não poderia ser diferente. O contrato não era expressão de liberdade, mas sim um meio de realização do bem comum da nação alemã. Diz-se que *"aos juízes do Reich era confiada a tarefa de valorar – com amplíssima margem de discricionariedade – se cada contrato era conforme a um tal 'bem comum' que em concreto se resumia e se fazia coincidir com a vontade do Führer"*[149].

No Brasil, a alteração superveniente das circunstâncias como causa de revisão ou resolução de contratos não foi abordada pelo Código Civil Brasileiro de 1916. É muito provável que o momento histórico do Brasil tenha influenciado essa lacuna – nosso país ainda vivia nesta época uma realidade essencialmente rural, de gritante desigualdade social (ainda não vencida) e concentração de poder. Mas não só. A própria estrutura do Código Civil de 1916 não era adequada a tal orientação. Como lembra ORLANDO GOMES[150], o nosso Código Civil de 1916 tem como marcas expressivas seu *"privatismo doméstico"*, um contexto fático ainda de sociedade colonial fora de centros urbanos, patriarcal e capitalista, com abissal distanciamento entre a *elite letrada* e a *massa inculta*. De fato, em uma sociedade que contava com pouco mais de 9 milhões de habitantes, sendo que 8 milhões eram compostos por ex-escravos, indígenas e trabalhadores rurais[151], não havia espaço para a positivação de teorias que se desenvolveram justamente diante da necessidade de estímulo às relações comerciais em cenários de crise.

Não obstante, o STJ já havia manifestado entendimento no sentido de que a aplicação da teoria da imprevisão e a análise da configuração da onerosidade excessiva *"é pura e simplesmente principiológica"* por tratar-se de regramento relacionado ao *"princípio de justiça social*[152], de modo que os critérios por ela exigidos independem da sujeição da relação contratual ao Código Civil de 2002 ou ao Código Civil de 1916.

Tanto é assim que se atribui a uma sentença proferida pelo juiz Nelson Hungria em 1930 o *"batismo judiciário do revisionismo no Brasil"*[153]. No

---

[149] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, p. 55.

[150] *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 14, 18, 21 e 24.

[151] Cf. ORLANDO GOMES (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 21 e 24).

[152] STJ, RESP 744.446-DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 17.04.2008. A despeito da ideia de justiça social, é importante lembrar que o Código Civil de 1916 é essencialmente neoliberal.

[153] Cf. CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO (Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, pp. 18-29, mar. 1992. p. 25) e EROS GRAU e PAULA FORGIONI (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 104). Segundo ROGÉRIO DONNINI, a primeira decisão no Brasil em que teria sido admitida a revisão contratual com fundamento na teoria da

caso, reconheceu-se a possibilidade de interrupção de um contrato de locação com opção de compra ao final do prazo locativo em função de um motivo superveniente, consistente no arrasamento do Morro do Castelo e a urbanização da região. Com a alta e inesperada valorização do imóvel (de 25 para 800 contos), entendeu-se pela revisão da avença sob o fundamento de que *"a responsabilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos princípios gerais do direito e exprime um mandamento de equidade"*[154].

A orientação estava coerente com, ao menos, parte da doutrina anterior ao Código Civil de 2002. Justamente nesse mesmo sentido, pode-se mencionar o entendimento de RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, segundo o qual a revisão (ou mesmo a resolução) do contrato por força de superveniente e excessiva onerosidade encontrava seu fundamento em, basicamente, 3 (três) ideias: *"boa-fé, equidade e justiça"*[155], de modo que dispensaria qualquer previsão expressa para sua efetiva aplicação.

Diante disso, a conclusão não pode ser outra que não a de que a revisão judicial de contratos diante da alteração superveniente de circunstâncias já era admitida por nosso sistema jurídico independentemente de sua positivação, não se concordando, assim, com a afirmação de que essa figura foi inaugurada apenas com o CDC de 1990 ou o CC de 2002. Na verdade, tais dispositivos positivaram algo que já era, de certa forma, admitido.

O contexto do pós 2ª Guerra Mundial é coerente com esse maior intervencionismo. Fala-se nesse período final do século XX como uma era de *socialização do direito*, em que se fala de um movimento de *publicização* do

---

imprevisão teria sido do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 91.725 em 25.05.1950 (Contratos Empresariais e a Cláusulas Rebus sic Stantibus, *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças* (Coords. Gilberto Bruschi et. al.), Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 810). Apesar da referênci acima, TERESA ANCONA LOPEZ afirma que a jurisprudência é *"torrencialmente contra a aplicação da revisão contratual"* dos anos 50 até o final dos anos 80 e que, dos anos 90 até hoje a jurisprudência é *"torrencialmente a favor da revisão contratual"*, mencionando como marco um julgado do STF de 1964 sobre a aplicação da *rebus sic stantibus* para reajuste de um contrato de fornecimento de energia elétrica em vigor desde 1915 – AI, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 18.05.1964 (Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 29-30).

[154] Cf. GERALDO SERRANO NEVES (*Teoria da Imprevisão e Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Liber, 1956, capítulo III, item 14, versão e-book disponível em **http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/teoriarebus.html**, acesso em 05.11.2017).

[155] *Comentários ao Novo Código Civil: Da extinção do Contrato (arts.472 a 480)*, vol.VI, Tomo II, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 876.

direito privado. Duas décadas depois, um novo cenário histórico passou a se desenhar.

7.1.6. Globalização: anos 70 até o início do Século XXI

Em meados da década de 1970 o Estado Social não está mais em seu ápice, dando lugar uma nova ordem ditada pela globalização, especialmente em seu aspecto econômico. Segundo JOSÉ EDUARDO FARIA[156], os choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979 deflagraram uma crise que afetou o sistema financeiro, o comércio internacional e o próprio modelo econômico social-democrata instituído no pós 2ª Guerra, desencadeando uma nova revolução tecnológica e organização econômica. Em contraposição à noção anterior, cresce a onda de privatizações e se instala uma ideia de economia global, denominada *pós-capitalista,* campo fértil para o enaltecimento da concorrência – agora em níveis que transbordam fronteiras territoriais. No sistema jurídico, essa nova concepção influenciou uma maior multiplicidade de regras e um enaltecimento da mutabilidade das estruturas normativas. FARIA aponta como rupturas mais importantes da década de 1980: a mundialização da economia, a desconcentração do aparelho estatal, a internacionalização do Estado, a desterritorialização e reorganização do espaço de produção, a fragmentação das atividades produtivas e a expansão de um 'direito paralelo' ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*).

Nesse mesmo cenário, não se pode deixar de ressaltar o papel de destaque que passou a ter a tutela de hipossuficientes, sendo a proteção das relações de consumo um grande marco do período. Com a consolidação de um sistema dito pós-capitalista e o fenômeno da globalização pós-Guerra Fria, as relações contratuais de massa ganharam novos contornos e sua ágil evolução demandou atenção jurídica.

No Brasil recém-saído de um período de transição democrática, a possibilidade de revisão judicial de contratos foi difundida em nosso direito substancial. Nesse sentido: *(i)* foi positivada pela primeira vez no CDC, em 1990, especificamente no art. 6º, V, que arrolava entre os direitos básicos do consumidor a *"modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"*, *(ii)* no âmbito administrativo, o art.

[156] *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.* São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 8-11.

65, *d* da Lei nº 8.666/1993 – com redação conferida pela Lei nº 8.883/1994 –, permitiu a alteração de contratos administrativos, mediante acordo entre as partes, para hipóteses de superveniência de *"fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado (...) configurando álea econômica extraordinária e extracontratual"*, com o objetivo de garantia a *"manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato"* e *(iii)* na década seguinte, sob a influência do Código Civil italiano, o assunto *imprevisão* passou a ser contemplado no Código Civil de 2002, ao disciplinar a aplicação do princípio do equilíbrio contratual e a incluir a previsão de onerosidade superveniente e excessiva como causa de revisão e resolução contratual nos arts. 317 e 478 a 480.

Se no âmbito do direito material tais modificações legislativas passaram a permitir uma maior interferência nas relações contratuais – privadas e públicas – e a modificação do negócio com vistas à sua conservação no tempo, no âmbito processual, a mudança se fez sentir com o incremento dos proderes do juiz no âmbito processual.

No Brasil, o poder dos juízes quanto à direção da marcha processual e à produção e valoração das provas já havia sido formalmente reconhecido pelo CPC de 1973, especialmente nas disposições do art. 125 e 130 do Código *Buzaid*.

Ao longo dos anos, contudo, foi possível destacar a introdução de algumas modificações voltadas a uma ampliação dos poderes do juiz, com vistas a obter um processo mais efetivo. Nesse sentido, JOSÉ CARLOS PUOLI[157] destaca algumas reformas que haviam introduzido medidas representativas de um aumento dos poderes do juiz, a exemplo *(i)* da antecipação de tutela incorporada ao art. 273 do CPC/73 por força da Lei nº 8.952/1994, *(ii)* do controle de atuação das partes visando a uma *"maior moralização do processo, pela reforma ou introdução de elementos que conferem maiores poderes ao juiz"*, representados pela redação dada aos arts. 600 e 601 do CPC/73 pela Lei nº 8.953/94, ao art. 17 pela Lei nº 9.668/98 e ao art. 14 pela Lei nº 10.358/2001, *(iii)* da ampliação das hipóteses de exame monocrático dos requisitos de admissibilidade recursal e do próprio mérito do recurso, com

[157] Segundo PUOLI, *"só a autorização para a pronta resposta judicial a situações da vida, cada vez mais dinâmicas e urgentes, já representa efetivo aumento de poderes de um juiz que, antes da reforma (como visto), somente poderia interferir na realidade dos consumidores da justiça depois de transitada a decisão do caso ou em restritas hipóteses, nas quais a lei autorizava a tomada de providência cautelar ou de uma das poucas providências antecipatórias àquele tempo previstas"* (*Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 151). As citações quanto aos demais exemplos foram mencionadas nas pp. 192-193, 196 e 206.

destaque para as redações do art.557 do CPC/73 pela Lei nº 9.756/98 e do art. 527 do CPC/73 pela Lei nº 10.352/2001, *(iv)* a previsão de fixação de multa na tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, consubstanciadas nos arts.461 e 461-A do CPC/73, introduzida pela Lei nº 10.44/2002.

7.1.7. Hoje: o modelo cooperativo como delineador do exercício dos poderes do juiz

Com o advento do CPC de 2015, como já se adiantou, foram trazidos diversos novos dispositivos atinentes ao exercício dos poderes-deveres dos juízes. As inovações, de um modo geral, não representam propriamente uma ampliação de poderes do juiz. Há, de fato, uma maior enumeração de poderes e a positivação formal de alguns que já poderiam ser considerados como abrangidos pelo poder-geral de direção e instrução.

Uma relevante inovação – que não é propriamente inédita pois, a rigor, dispensaria positivação por se tratar de decorrência lógica da boa-fé que se impõe a todos os participantes do jogo processual – foi a adoção expressa, pelo atual CPC, do modelo dito *cooperativo* de processo ao dispor, em seu art. 6º que *"todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"* – a exemplo de outros sistemas processuais estrangeiros[158].

Apesar da discussão – em escalas nacional e internacional[159] – sobre se a colaboração se estenderia às partes entre si por conta de seus interesses antagônicos, não se questiona que cabe também ao magistrado a cooperação

---

[158] O sistema processual português também positivou o dever de cooperação, enquanto princípio, prevendo em seu art.266(1) que *"na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio"*. A ZPO alemã, em seu §282, I também prevê um *"dever de cooperação"* entre os sujeitos processuais.

[159] Sobre o tema, DANIEL MITIDIERO defende que *"a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. (...) As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio"* (A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro, *Revista do Advogado: O Novo Código de Processo Civil*, ano XXXV, nº 126, maio-2015, São Paulo, AASP, p.49). Sobre o dever de cooperação inserido na ZPO alemã (§282, I), REINHARD GREGER e RONALDO KOCHEM comentam que *"para as partes, o princípio de cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo (ihren Prozess austragen) em íntimo companheirismo (Zweisamkeit) – essa seria uma utopia alienígena"* (Cooperação como Princípio Processual, *Revista de Processo*, vol. 206, abril-2012, p. 123, item 3).

em relação às partes, visando a uma decisão de mérito *"justa, efetiva e em tempo razoável".*

Segundo DANIEL MITIDIERO[160], a adoção de tal modelo outorgaria uma *"nova dimensão"* ao papel do magistrado na condução do processo, passando este a desempenhar um *"duplo papel"*, sendo *"paritário no diálogo e assimétrico na decisão"* e, ainda, que, inserido neste modelo cooperativo, estão compreendidos os deveres de *esclarecimento, diálogo, prevenção* e *auxílio.* Também sobre o tema, FREDIE DIDIER[161] defende que, sob o regime desde modelo cooperativo, firmam-se em relação ao juiz os deveres de *"esclarecimento, lealdade e proteção".*

Nesse mesmo contexto, merece destaque como conduta de modelo cooperativo também a vedação legal à decisão-surpresa positivada no art. 10 do CPC que, a exemplo dos sistemas processuais francês[162] e austríaco[163], proíbe ao juiz decidir *"com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar"*, mesmo na hipótese de questões de ordem pública e sobre as quais deva decidir de ofício.

Ainda, o fato de ter havido um enaltecimento ao autorregramento da vontade das partes – tema do qual nos ocuparemos com mais detalhes em capítulo a seguir – como regra, não retira do juiz seus poderes e tampouco implica qualquer *privatização* do processo, que continua sendo regido por normas de ordem pública.

Como nova tendência a moldar a cultura processual de nossos tempos, a ênfase que se pretendeu dar à uniformidade e segurança jurídica por meio da obrigatória observância de *"precedentes"* – propositalmente entre aspas, para nos referirmos às decisões expressamente listadas no art. 927 do CPC – merece destaque e tem especial importância em ações revisionais de contratos de massa ou que reflitam relações estandardizadas, como por exemplo, contratos bancários, contratos de compra e venda de imóveis na planta, contratos de seguro, entre outros.

---

[160] A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro, *Revista do Advogado: O Novo Código de Processo Civil*, ano XXXV, nº 126, maio-2015, São Paulo, AASP, p. 49.

[161] Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, agosto-2011, p. 213, item 4.

[162] Art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês, que dispõe sobre o *principle de la contradiction.*

[163] Cf. FÁBIO PEIXINHO CORRÊA, a vedação à decisão-surpresa foi introduzida no sistema processual austríaco em reforma ocorrida em 2002, proibindo-se que o juiz decida sem discutir com as partes as questões de direito e de fato (*Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 97).

Aliás, cabe um aparte neste ponto a respeito de uma possível influência do sistema de *Common Law* ao nosso ordenamento processual. Já dissemos anteriormente que, na verdade, não há sistemas estanques e sim combinações de características típicas, ora de um sistema, ora de outro. Sobre o tema, compartilha-se aqui da orientação de FREDIE DIDIER no sentido de que *"os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais"*[164] ou, ainda, de BARBOSA MOREIRA[165], para quem há *"infiltrações e contaminações recíprocas"* entre sistemas. Sem dúvida, os sistemas processuais têm buscado um equilíbrio entre os dois modelos processuais (um mais liberal e outro mais dirigista).

Ao que nos parece, o atual CPC buscou atrelar os poderes do juiz – cujo rol positivado ganhou, de fato, maior especificação e exemplificação – à observância de seus correlatos deveres. Mas não é só. Houve, ainda, uma tentativa de compatibilizar tais poderes com um aumento dos poderes e faculdades processuais das partes.

Assim, a leitura que podemos extrair de tais modificações legislativas e, mais do que isso, da nova diretiva cultural e de conduta que se extrai do código processual em vigor é a de que, na ponta da evolução histórica em que nos encontramos hoje, o juiz goza realmente de uma posição ativa no processo – com relevantes poderes de direção, de instrução, de decisão e de execução – mantido seu caráter impositivo e coercitivo às partes, porém qualificada pelo seu dever de atuar como principal colaborador, visando à solução do conflito social de forma justa, transparente, fundamentada, em tempo razoável à complexidade do caso e sempre mediante adequado e efetivo diálogo com os demais participantes do processo.

É justamente essa a conduta que deve pautar o exercício dos poderes do juiz, especialmente em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos pois estas, como se verá, são palco de conflitos sociais que, apesar de terem hipóteses de cabimento bem definidas, na maioria das vezes, não encontram no direito material critérios objetivos para pautar o poder de decisão judicial (especialmente na *dosagem* da revisão do contrato). Além disso a evolução de contratos, especialmente os de longa duração, é constante, dinâmica, complexa

---

[164] O autor vai além e sugere que, além desses dois modelos, haveria ainda um terceiro: o modelo do processo cooperativo (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol.198, agosto-2011, p.213, item 2). Sobre o tema, FÁBIO CORRÊA defende que esse equilíbrio entre os modelos seria uma forma de se implementar uma *"democracia participativa"* no processo (*Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 89).

[165] O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de Direito Processual: Nona Série*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2007, p. 40.

e demanda elasticidade como elemento de sua própria segurança e isso exige uma regulamentação com noções gerais e conceitos abertos, de modo a garantir justamente a adaptação caso a caso.

Há nesta seara, portanto, um amplo (e perigoso) campo para uma atividade judicial – em certa medida *criativa*[166] – que, por impactar diretamente

---

[166] A qualificação da decisão judicial como fonte normativa (criadora de direito) é polêmica. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de um lado, defende que a jurisprudência não é fonte de direito e, à exceção das súmulas vinculantes, afirmou que precedentes possuiriam apenas *influência* (*A Instrumentalidade do Processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 46 e 48). De outro lado, boa parte da doutrina defende essa função criadora de direito da jurisprudência. CALMON DE PASSOS defende que o juiz é produtor de normas e, ainda, defende que o magistrado tem uma *"atuação política circunstancial"*, ao contrário do legislador, que produz normas válidas, porém sujeitas a pressões sociais e descompromissados de *"coerência sistêmica"* (O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 24, outubro-dezembro/2010, Salvador, disponível em **www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod+460**, acesso em 15.10.2017, p. 8). No mesmo sentido, JOSÉ WELLINGTON BEZERRA DA COSTA NETO afirma que *"negar à atividade judiciária o caráter de fonte criativa do Direito seria negar-lhe o próprio caráter jurisdicional (ou seja, de juris dictio, dizer o Direito)"* e, ainda, diferencia protagonismo de ativismo judicial, defendendo que o primeiro está mais relacionado à intervenção estatal da *judicial review* da *Common Law* e o ativismo estaria mais relacionado às iniciativas probatórias e coercitivas do *Civil Law* (Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Páginas: 31-179 Id. Lex: VLEX-678895549 Link: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 56 e 114). Especificamente no âmbito de processos coletivos, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO defende que aos *megainteresses*, deverá corresponder um *"prudente e lúcido ativismo judiciário – que alguma vez exigirá certa dose de criatividade, justificada e ponderada"* (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Tese de concurso público para provimento de cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 460). EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre o tema, afirma que o juiz como boca da lei não tem mais o sentido atribuído por Montesquieu, mas sim o sentido de "*decir el derecho cuando las partes de cualquier relación regida por éste discrepan sobre el alcance de su vinculación efectiva"* (*Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Navarra (Espanha), Thomson Civitas, 2000, p. 140). EDUARDO VERA-CRUZ PINTO propõe uma revalorização da *"interpretação criadora do juiz",* destacando ser essencial à democracia e ao futuro da justiça uma revisão de *"como, quando, quanto deve o juiz obedecer à lei"* pois, para o autor, o juiz não poderia ficar *"amarrado a uma obediência cega e sufocante à legalidade estrita"*, porém, destaca que essa criação de direito por decisão judicial pressupõe um novo regime de seleção de juízes e também por uma diferente organização das universidades e dos cursos jurídicos (*O futuro da justiça*, São Paulo, IASP, 2015, pp. 135 e 139).

Sob o enfoque da criatividade na interpretação, alguns destacam que a natureza criativa não se confunde com arbitrariedade pois o juiz está limitado à fundamentação de suas escolhas e à congruência entre fato e norma, criando-se uma limitação com a *justiça* da decisão. Nesse sentido, TARUFFO destaca que *"il riconoscimento della natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione non implica la rassegnazione all'arbitrarietà e alla indifferenza delle scelte operate dagli interpreti ed in particolare dai giudice"* (Il fatto e l'interpretazione. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 207, jul./dez. 2010) e OWEN FISS, que ensina que o *"intérprete não é livre para atribuir qualquer significado que deseje ao texto"* pois ele está sujeito a *"um conjunto de normas voltadas a especificar a relevância e o peso a serem atribuídos ao material (por exemplo, palavras, história, intenção, consequência)"* (*Um novo processo civil:* estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade, Carlos Alberto de Salles (Coord.), Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo, RT, 2004, p. 280). Na mesma linha, JOSÉ EDUARDO FARIA afirma que *"não basta o exercício legal da força, mas é preciso, também, que seu uso seja legítimo"* e, nesse contexto, uma norma legítima seria aquela que se sustenta *"sobre um valor e sua legalidade é dada pelo direito vigente, impessoal e objetivo"* (*Poder e legitimidade*: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 80).

o mercado, a economia e as relações comerciais em todos os seus níveis, deve observar rigorosamente os ditames do novo processo cooperativo.

Entender o limite do exercício dessa criatividade é o propósito desse trabalho.

7.2. O juiz como um dos agentes legitimados para revisar contratos

O juiz é apenas um dos agentes legitimados para promover a revisão de contratos.

O rol dos sujeitos providos de poder para rever disposições contratuais é integrado *(i)* pelas próprias partes contratantes, consensualmente; *(ii)* pela Administração Pública em contratos administrativos em que figure como parte, unilateralmente, *(iii)* por órgãos de regulação do mercado e, *(iv)* pelo Poder Judiciário, mediante provocação da própria parte contratante, daqueles impactados pelos efeitos do contrato ou dos legitimados na hipótese de contratos que atinjam interesse coletivo.

Quanto aos primeiros, a princípio, as próprias *partes* podem ser as protagonistas da revisão contratual de sua avença e, consensualmente, pactuar a alteração de cláusulas contratuais, por quaisquer motivos, por meio de aditamento. Alguns denominam esse tipo de modificação como *intervenção autônoma*[167]. Tal ajuste poder ser feito por mera liberalidade das próprias partes envolvidas, sem que haja um cenário propriamente de controvérsia, ou ainda, poderá ocorrer em atendimento a uma determinação expressa em contrato, que pode prever procedimentos e critérios para revisão de cláusulas contratuais em hipóteses específicas (p.ex., entendimentos amigáveis para readequação de fórmula de preço na hipótese de variação de componentes do processo produtivo).

Quanto aos segundos legitimados, é prerrogativa da *Administração Pública* promover a revisão dos termos e condições em contratos administrativos nos quais figure como parte. Nesse sentido, o art. 58, I e §1º da Lei nº 8.666/93 prevê que, nos contratos administrativos sujeitos à referida legislação, a Administração pode *"modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do*

[167] Nesse sentido: LAURA FRANTZ (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 217).

contratado" e, garantindo que a alteração de cláusulas econômico-financeiras e monetárias não ocorra sem prévia concordância do contrato.

Ainda, nosso ordenamento permite que *órgãos de regulação de mercado* promovam a revisão de contratos. Nesse âmbito, algumas entidades merecem destaque quando se trata de regulação de contratos, sejam eles massificados ou não: *(i)* o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem, entre as suas atribuições previstas na Lei nº 12.529/2011, promover alterações de ajustes contratuais em relação a operações que tenham impacto na concorrência do mercado e prejudiquem a diversidade e qualidade de produtos e serviços disponíveis ao mercado[168], *(ii)* a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados tem, entre as atribuições previstas do Decreto-lei nº 73/1966 a de fixar as características gerais dos contratos de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, (iii) o CMN – Conselho Monetário Nacional e o BC – Banco Central aos quais compete, por força da Lei nº 4.595/1964, respectivamente, disciplinar operações creditícias e baixar normas que regulem as operações de câmbio, fixando limites, taxas, prazos e outras condições (art. 4º, VI e XXXI) e fiscalizar as instituições financeiras quanto ao cumprimento das determinações normativas (art. 10, IX), entre outros importantes exemplos.

Por fim, como último recurso, caberá ao *Poder Judiciário*, por intermédio do *juiz*, apreciar pretensões de revisão de contratos, a pedido dos próprios contratantes, de sujeitos impactados pelos efeitos do contrato ou de legitimados em caso de contratos que envolvam interesse coletivo. Alguns denominam esta espécie de modificação contratual de *intervenção heterônoma*[169] – ou seja, feita por terceiros, juízes ou árbitros – em oposição à *autônoma,* feita pelas próprias partes. Este item corresponde justamente ao recorte temático proposto para a presente tese e que será esmiuçado ao longo dos próximos itens.

---

[168] Por força do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, devem ser obrigatoriamente notificados ao CADE os atos de concentração (fusões, aquisições de controle ou partes de empresas, incorporações e contratos associativos, consórcios ou *joint ventures*) a depender do faturamento do grupo econômico ou volume de negócios no Brasil, sob pena de *gun jumping.* A depender de critérios previstos na própria Lei nº 12.529/2011 e normas internas, o CADE reprova o ato de concentração ou o aprova, sem ou com restrições, sendo que, neste último caso, é firmado um Acordo em Controle de Concentração ("ACC") para corrigir eventuais problemas – a revisão é uma das formas de correção.

[169] Nesse sentido: LAURA FRANTZ (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 217).

7.3. O que é a *revisão judicial de contrato*

7.3.1. Conceito e Classificação

A análise um pouco mais atenta da realidade prática dos litígios e das discussões sobre revisão de contratos denota a existência de uma verdadeira miscelânea de conceitos, tanto em sede doutrinária, quanto no âmbito jurisprudencial. Uma das confusões reside exatamente na distinção entre *revisão*, *resolução* e *invalidades* (nulidade e anulabilidade).

É comum identificar o uso irrestrito e indistinto da expressão "revisão contratual" ora em casos de aplicação da teoria da imprevisão em relações empresariais, ora em casos de reconhecimento de abusividade de cláusulas de contratos de adesão praticados no mercado de consumo, por exemplo, como se se tratassem de situações jurídicas de mesma natureza ou que ensejassem os mesmos efeitos.

Mas, afinal, o que é exatamente *revisar* um contrato?

O vocábulo *revisar* significa, entre suas diversas noções, *"ter novamente sob os olhos", "inspecionar", "ler (texto) a fim de consertar-lhe possíveis erros, sejam eles relativos à estrutura do texto (...) ou ainda relativos ao conteúdo",* "*emendar"*, *"corrigir"*, *"rever".* A acepção *revisão*, em um de seus sentidos, pode ser qualificada segundo o dicionário como a *"modificação de um texto jurídico com o objetivo de adaptá-lo a uma situação nova"* ou uma *"atualização"*[170].

No mundo jurídico, o ato de se revisar um contrato é associado à ideia mais ampla de promover modificações, adaptações, ajustes em determinadas cláusulas, de modo parcial e de sorte que a relação jurídica contratual permaneça vigente, não obstante a alteração de um dos elementos da avença. Em doutrina, nacional e internacionalmente, além do termo *revisão*, é comum o uso de expressões como *reajuste*, *modificação*, *adaptação*, entre outros[171].

---

[170] ANTONIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILLAR (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 2453).

[171] Na literatura internacional, o termo revisão (*revision*) também é utilizado pelo sistema francês. Em Portugal prefere-se a referência à *modificação* judicial de contratos. Os sistemas anglo-saxãos, por sua vez, também adotam a expressão *adjustment* ou *modification*, destacando-se que a expressão "*judicial review"* é empregada para se referir preponderantemente à revisão de atos administrativos do Poder Executivo ou Legislativo pelo Poder Judiciário. Os trabalhos alemães empregam a expressão *anpassung*.

Diante disso, entendemos ser possível defender uma noção de revisão judicial de contratos, em sentido lato, a qual consiste na *modificação (substituição, supressão ou adição) de um dos elementos do conteúdo pactuado pelas partes integrantes de determinada relação contratual por força de provimento jurisdicional do Estado-juiz, no âmbito de uma ação judicial, iniciada mediante provocação das partes contratantes ou demais legitimados.*

Ainda que se possa intitular a revisão como um gênero com a amplitude sugerida acima, é essencial que se identifique suas espécies, as quais possuem causas e consequências distintas, não obstante todas, em última instância, impliquem uma *modificação parcial* de determinada contratação.

Exemplifica-se. A aplicação da Teoria da Imprevisão em relações civis é um exemplo clássico de hipótese de cabimento de revisão judicial de contratos. Como se verá em item pertinente a seguir, a excessiva onerosidade causada por um fato imprevisível e extraordinário é causa de *resolução* contratual (dissolução) que, sempre que possível, poderá ser evitada por meio da revisão contratual. A revisão é entendida como cabível, portanto – e ainda que indicada como modo substitutivo – diante de causa *extintiva* da relação contratual.

Há situações, contudo, em que se alega a necessidade de revisão de contratos com fundamento em nulidade de cláusulas abusivas, pleiteando-se a manutenção da relação jurídica contratual, porém, necessariamente, com a modificação do contrato pactuado de modo a se excluir, tão somente, a parte da contratação considerada nula ou abusiva (p. ex., hipóteses do art. 166, CC ou do art. 51, CDC). A revisão é entendida como cabível, portanto, diante de uma causa de *nulidade* (parcial) do negócio jurídico (plano da invalidade), por ser *irregular* diante das regras jurídicas.

Há, ainda, hipóteses em que, diante da configuração de uma lesão, por exemplo, formula-se pedido em juízo visando à revisão da contratação e sua manutenção mediante o reequilíbrio das prestações. Como também será explorado adiante, trata-se aqui de uma hipótese de *defeito ou vício do negócio jurídico* (art. 171, CC) que, na escala gradativa de gravidade da régua do plano das invalidades, se apresenta como mais ‘branda’, sendo a revisão entendida aqui como cabível diante de uma causa de *anulabilidade* (parcial) do negócio jurídico (plano da invalidade), por ser irregular diante das regras jurídicas, mas ainda apto a se convalidar se assim interessar à luz do princípio da conservação.

Tais exemplos evidenciam de forma clara que a modificação do conteúdo de uma relação contratual (*revisão judicial em sentido lato*) pode decorrer de causas de diversas naturezas e ocorridas em momentos diferentes

da "vida" de uma determinada relação contratual e podem se manifestar, juridicamente, em diferentes "planos".

Entendemos, assim, que o gênero *revisão judicial em sentido lato*, abrange pelo menos 3 (três) espécies, classificadas conforme a causa da pretensão revisional:

Gênero	Espécies (causa)	Exemplos
Revisão judicial de contratos em sentido lato	Revisão judicial por alteração superveniente de circunstâncias (revisão judicial em sentido estrito)	Teoria da imprevisão Teoria da base objetiva do negócio Cláusula de *hardship* Revisão de preço na empreitada Revisão de prêmio no seguro
	Revisão judicial por nulidade	Abusividade
	Revisão judicial por anulabilidade	Lesão

(i) a *revisão judicial por alteração superveniente de circunstâncias (revisão judicial em sentido estrito)* – consistente nas modificações judiciais decorrentes de alterações supervenientes à data da celebração da avença e que, ao longo de sua execução, ensejaram desequilíbrios que tornam inconveniente, a pelo menos uma das partes, a manutenção do pacto e, por sua vez, abrangem diversas hipóteses específicas de cabimento, como p. ex., a teoria da imprevisão prevista de modo geral no CC, a teoria da alteração da base objetiva do negócio encampada pelo CDC ou, ainda, por força da própria disposição das partes acerca de fatos supervenientes (cláusula de *hardship*). São hipóteses em que a própria lei utiliza expressamente a designação de *revisão* e / ou *modificação* dos ajustes contratuais pactuados pelas partes. Justamente por isso, na doutrina, é comum que se desenvolva o tema das *teorias revisionistas* com tendência à alteração de circunstâncias como sua causa. A causa da revisão é imputada a um evento superveniente ao pacto, durante a execução do contrato e o controle judicial se manifesta no plano da eficácia do negócio jurídico, ou seja, da imediata produção de efeitos jurídicos[172];

[172] Cf. JUDITH MARTINS-COSTA, que destaca que o controle do conteúdo contratual se opera no plano da eficácia quando ocorre a intervenção por modificação de circunstâncias e no plano da validade quando ocorre a identificação de nulidades totais, parciais ou anulabilidades (*A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 606).

(ii) a *revisão judicial por nulidade* – consistente nas modificações judiciais decorrentes de hipóteses de nulidades absolutas que invalidam apenas parte independente e destacável do negócio jurídico. A causa da revisão é imputada a uma característica presente do negócio jurídico desde o seu nascimento, a princípio insanável (e que, por sua gravidade, suscita a discussão sobre se autorizariam que juiz a conhecesse de ofício para o fim de revisar o contrato, independentemente de pedido da parte); e

(iii) a *revisão judicial por anulabilidade* – consistente nas modificações judiciais decorrentes de hipóteses de nulidades relativas que invalidam apenas parte do negócio jurídico. A causa da revisão também é imputada a uma característica presente no negócio jurídico desde o seu nascimento, admitindo-se, porém, sua sanabilidade e plena validade caso as partes assim o desejem.

Tais causas são de grande relevância para evoluirmos na análise de quais são os efeitos das tutelas jurisdicionais em ações revisionais e podem ter o condão de afetar a própria extensão do exercício do poder judicial de revisão, que deverá ter como norte a correção ou supressão do elemento justificador do pleito revisional – o reequilíbrio no caso de alteração superveniente de circunstâncias[173], a eliminação da abusividade na hipótese de nulidades, a sanação de vício na hipótese de uma anulabilidade por lesão etc.

De tal proposta, exsurge a necessidade de diferenciação entre alguns conceitos.

7.3.2. Revisão e Resolução

As figuras da revisão e da resolução, apesar de comumente envolvidas, são totalmente díspares. A revisão, como dito acima, é a modificação de um ou mais aspectos de um contrato (e, logo, pressupõe sua manutenção), ao passo que a resolução é uma das formas de extinção da relação jurídica contratual.

A revisão judicial de contratos, como já apontado acima e se desenvolverá ao longo deste trabalho, pode ser uma das alternativas do credor para se evitar a resolução do contrato quando esta é requerida com fundamento na imprevisão, por exemplo.

---

[173] Sobre essa finalidade, PAULO KHOURI destaca que a modificação judicial na hipótese de onerosidade excessiva busca *"resgatar aquele equilíbrio que vinculou as partes no momento da celebração do contrato"*, não se tratando de uma substituição da vontade das partes (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 137).

7.3.3. Revisão e Invalidades (Nulidades e Anulabilidades)

A distinção entre as nulidades e as anulabilidades – ambas integrantes do campo das invalidades (em contraposição aos planos da eficácia e da existência) – tem impactos importantes no direito material e enseja calorosas discussões com influência também na ciência processual. Não obstante, é firme a conclusão de que as figuras possuem tratamentos peculiares em uma e em outra área.

No direito material, os arts. 166 a 170 do CC contêm disposições atinentes às nulidades absolutas (além de outras disposições esparsas no CC – p.ex., art. 424 – como em outros diplomas legais – art. 81, CDC, entre outros) ao passo que os arts. 171 a 182 se referem à regência das nulidades relativas, também denominadas anulabilidades. Em linhas gerais, as *nulidades absolutas* ocorrem quando, por exemplo, o negócio jurídico for celebrado por pessoa absolutamente incapaz, seu objeto ou motivo determinante for ilícito, impossível ou indeterminável, não observar forma legal, for simulado, entre outras hipóteses. As nulidades relativas (anulabilidades), por sua vez, podem ocorrer quando, por exemplo, um negócio jurídico for celebrado por agente relativamente incapaz, ou for eivado de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores e outros casos previstos em lei.

Nesta categorização, inclui-se entre as hipóteses de nulidade a pactuação de cláusulas ditas *abusivas*[174]. Apesar de não haver um conceito do que seria, efetivamente, uma cláusula abusiva, é comum a sua aproximação à ideia de abuso do direito, ou seja, a prática que extrapola ou que se desvirtua de suas finalidades. Na seara consumerista, o art. 81 apresenta um rol de condutas tipificadas como abusivas e aptas a ensejar nulidade.

Entre os civilistas, há diversas – e ricas – discussões que permeiam os institutos, como a que gira em torno de sua própria natureza jurídica, por exemplo[175]. Em meio às discussões e características que distinguem as

---

[174] Nesse sentido: SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA (Contratos de Adesão e cláusulas abusivas. *Teoria Geral dos Contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, p. 359).

[175] Sobre a natureza jurídica, para ORLANDO GOMES, a nulidade tem natureza de *sanção* por representar uma violação a preceito de ordem pública, ao passo que a anulabilidade serua apenas a consequência a quem transgrediu determinada norma voltada a protegar um contratante (*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 232-233).

nulidades das anulabilidades, nos interessa ao presente trabalho (de enfoque reconhecidamente processual), em especial *(i)* a possibilidade de serem decretadas de ofício pelo juiz ou de demandarem expressa alegação do interessado (arts. 168, e 177, CC), *(ii)* a produção de efeitos do ato (plano da eficácia, cf. art. 177, CC) e *(iii)* a possibilidade de supressão e confirmação mediante requerimento das partes (arts. 168, e 169 e 172, CC).

O primeiro e segundo itens serão objeto de análise específica em capítulos a seguir; o terceiro enseja comentários desde já, justamente porque impacta na consideração das nulidades e anulabilidades como possíveis causas de revisão judicial de contratos.

Primeiramente, parte-se da assertiva de que a invalidade (absoluta ou relativa) de uma determinada cláusula contratual não implica invalidação de todo o contrato, se a parte nula for *separável*, conforme disposição do art. 184, CC[176]. Neste ponto, a *destacabilidade* da disposição inválida torna possível a conclusão de que a invalidade pode ser uma das causas a ensejar a revisão judicial de contratos, no conceito mais amplo sugerido acima. Aliás, até mesmo neste ponto os parâmetros de limitação dos poderes do juiz sugeridos neste trabalho podem ser úteis: no exercício do poder de decidir sobre a hipótese de cabimento de revisão judicial por nulidade, caberá ao julgador avaliar a independência e cindibilidade do elemento contratual reputado nulo e tal análise, além de considerar a natureza e a vulnerabilidade das partes, deverá se pautar especialmente pela lógica econômica da contratação de modo a constatar se as partes tomaram o aspecto nulo como essencial dentro da pactuação das demais prestações.

Em segundo lugar, o fato é que a própria doutrina civilista destaca a flexibilização do rigor da nulidade. Em obra 'referência' sobre o tema, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO[177] destaca que, excepcionalmente, é possível a "sanação do nulo", como uma forma, por exemplo, de se evitar a perda de negócios úteis econômica ou socialmente. Ao invocar TRABUCCHI, JUNQUEIRA faz referência a casos em que essa supressão é possível – entre os quais, (a) se as partes fariam o negócio mesmo sem a cláusula e (b) se a lei substitui a cláusula nula por outra válida. No mesmo sentido, EMILIO BETTI[178] destaca que

---

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

[177] *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 68-69.

[178] *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Campinas, Servanda, 2008, pp. 707-708. No mesmo sentido, ANDREA ZANETTI destaca que "*sempre que um contrato seja alvo de uma revisão judicial ou arbitral, deve o aplicador do direito cuidar de sanar os desequilíbrios constatados, com a*

"um negócio, embora inválido, pode, não obstante, conservar alguns efeitos correspondentes ao tipo legal de que ele fez parte", permitindo-se a conversão se for oportuna, correspondente à boa-fé e às exigências da justiça.

Em sentido contrário, há quem, na doutrina, defenda a estanque e inconciliável distinção entre *revisão* e *invalidade*. ENZO ROPPO[179] afirma que quando um juiz constata o conflito de um contrato com objetivos fundamentais e valores éticos ou sociais, a consequência é a nulidade e ineficácia do contrato (ou da parte conflitante), de modo que *"a operação fica paralisada, o negócio prosseguido pelas partes não se realiza".* Sobre o tema, SAMIR TANAGHO[180] distinguiu a revisão judicial de contratos da declaração de nulidade parcial (por ele denominada *redução*) defendendo que, na primeira, o juiz modificaria o contrato *contra a vontade das partes*, ao passo que, na nulidade parcial, a redução repousaria sobre a *intenção real das partes.* Em Portugal, PEDRO ROMANO MARTINEZ[181] se orienta em sentido similar ao destacar a recorrente confusão entre *erro* e *incumprimento* e defende a necessidade de sua diferenciação justamente porque o primeiro (como vício de manifestação da vontade existente no momento da celebração do contrato) enseja anulabilidade e o segundo (como descumprimento ou impossibilidade de cumprimento manifestado ao longo da execução do contrato) enseja resolução ou revisão. No Brasil, PAULO KHOURI[182] destaca que a usura, enquanto defeito do negócio jurídico, *"não trata da retratabilidade de pactos, mas, sim, de (...) nulidade"* e SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA[183] defende que a consequência da abusividade é a nulidade e que, em tese, não se admitiria ao juiz a *"adaptação do teor da cláusula ao nível do permitido, do normal".*

Não obstante concordemos com essa necessária distinção entre revisão e invalidade (de fato, não se confundem), concluímos pela possibilidade de se

---

preocupação de mantê-lo, sempre que possível. (...) Esta é a linha que se divisa tanto no Código Civil de 2002 a partir dos arts. 170, 183 e 184, como no Código de Defesa do Consumidor, art. 51, §2º, em outras palavras, a observância do princípio da conservação do negócio jurídico pelo julgador, no momento em que se fizer necessária sua atuação, especialmente quando de sua interferência na relação contratual" (*Princípio do Equilíbrio Contratual*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 246-247).

[179] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, p. 177.

[180] *De l'obligation judiciaire: etude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, Paris, 1965, p. 133.

[181] *Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 29.

[182] *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 10.

[183] Contratos de Adesão e cláusulas abusivas. *Teoria Geral dos Contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, p. 359.

extrair de tais hipóteses uma mesma identidade *modificativa* e ao mesmo tempo *conservativa do negócio*, que se enquadra no conceito de revisão mais amplo proposto acima.

7.3.4. Revisão *x* Interpretação de Contratos

Revisão de contratos não se confunde com interpretação de contratos.

A revisão judicial, como se viu, abrange diversas hipóteses em que a lei ou o contrato autoriza a modificação, pelo juiz, de determinado conteúdo que tenha sido originalmente pactuado pelas partes contratantes, de modo que se estabeleça a manutenção do equilíbrio contratual mediante o ajuste de prestações ou o afastamento de eventual componente nulo ou anulável.

A interpretação judicial de um contrato, por sua vez, incide nas hipóteses de esclarecimento de dúvidas e obscuridades em cláusulas pactuadas pelas partes ou supressão de lacunas contratuais. CAPPELLETTI[184], reforça tal conclusão quando afirma que interpretar é *"penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e (...) reproduzi-los, aplica-los e realiza-los em novo e diverso contexto, tempo e lugar"*, o que serviria para *"preencher lacunas, precisar as nuances, esclarecer ambiguidades".*

Sobre o tema, SAMIR TANAGHO, ao analisar a revisão judicial de contratos à luz da legislação francesa na década de 1960, defendeu que a interpretação judicial de contratos (por meio de sua complementação) seria uma *homenagem* à vontade dos contratantes, ao passo que a sua revisão judicial seria uma *negação* da vontade dos contratantes[185]. Tal posição, com a devida vênia – e ressalvado seu contexto histórico, em que a legislação francesa ainda era bem refratária à intervenção judicial na esfera contratual –, não se sustenta. Apesar de se voltarem a finalidades diversas (*modificar x integrar*), nenhuma delas tem o condão de negar a lógica da contratação pretendida originalmente pelos contratantes e preconizada pelo que hoje demandam os *standards* da boa-fé e da função social. Aceitar essa negação seria infringir limites da atuação jurisdicional ora defendidos.

---

[184] *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 21-22.

[185] *De l'obligation judiciaire: etude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, Paris, 1965, p. 131.

7.4. Há discricionariedade judicial na revisão de contratos?

O presente trabalho não poderia se descurar de enfrentar uma questão antiga e tormentosa e que, há muito, é enfrentada – ainda com dissenso – pelos processualistas: afinal, há espaço para discricionariedade na atuação judicial?

A questão é conceitualmente importante para o processo de modo geral e ganha contornos especiais especificamente quando aplicada em demandas que envolvam revisão judicial de contratos.

Para responder a tal questão, me permito revisitar e complementar entendimento já defendido anteriormente, em sede de dissertação de mestrado. Naquela seara, ao abordar o tema da flexibilização da forma dos atos processuais das partes no processo civil, defendi que não haveria qualquer discricionariedade judicial no ato do magistrado que, no exercício de seu poder de direção, valorasse a possibilidade de flexibilização de determinada forma legal de atos processuais pois não haveria campo para juízo de oportunidade e conveniência[186]. E, de fato, não há[187]. A previsão legal expressa de que os atos serão válidos, independentemente de sua forma, sempre que atingirem sua finalidade (*cf.* art. 154 do CPC/73 e art. 188 do atual CPC) e do princípio do aproveitamento dos atos processuais sempre que não resultarem em prejuízo à defesa das partes (*cf.* art. 250, *caput* e parágrafo único do CPC/73 e art. 283, *caput* e parágrafo único do atual CPC) são, por si, suficientes a concluir que inexiste qualquer margem de *oportunidade* e *conveniência* ao julgador para decidir sobre a validade e eficácia de atos processuais destoantes da forma legal e que tal valoração, na verdade, obedece a critérios objetivos pré-definidos pela lei e que demandam resposta binária: admissível ou inadmissível, válido ou inválido; eficaz ou ineficaz.

---

[186] Cf. BEATRIZ VALENTE FELITTE. *Flexibilização da Forma dos Atos Processuais das Partes no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 112-113.

[187] Há, contudo, entendimento em sentido contrário. De acordo com SUSANA LUÍSA LOPES CRISTINA, *"a maioria da doutrina entende que a decisão tomada no exercício do dever de gestão não se considera proferida no uso de um poder discricionário, por assentar numa decisão judicial fundamentada que forma caso julgado, apesar de funcionamento da gestão processual assentar, em certa medida, em critérios de conveniência e de oportunidade. Todavia, o juiz não decide segundo o livre arbítrio, a sua liberdade de ponderação e discricionariedade, cinge-se apenas às situações de conformação dos meios e de seleção da adequação mais eficiente e eficaz dentro de várias opções. É certo que nestes casos há uma margem de discricionariedade porquanto existir mais do que uma tramitação possível para aquele caso concreto"* (*O Poder do juiz adequar o processo: o princípio da adequação formal e os poderes do juiz*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 46).

Admitir que não haja discricionariedade judicial no exercício do poder de direção especificamente voltado para a adequação formal dos atos processuais, contudo, não implica dizer que todos os poderes-deveres do juiz sejam desprovidos de discricionariedade.

O tema, como já se adiantou, enseja muita discussão e a doutrina ainda contém vozes dissonantes sobre o tema, em todas as suas searas.

O debate sobre a existência de uma discricionariedade judicial comumente se vale de conceitos advindos do direito administrativo, campo em que a discricionariedade analisada sob o ponto de vista dos poderes atribuídos de um modo geral aos agentes da Administração Pública pode, nem sempre, se aplicar sem ressalvas ao agente juiz.

Entre os administrativistas, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO[188] leciona que a discricionariedade é uma característica da *competência do agente* em si, e não de seu *ato* (consequência) e que é comum falar-se em *poder* discricionário quando, na verdade, o enfoque da discricionariedade é o *dever* do agente na medida em que sua atuação deve ser sempre pautada pela prévia autorização legal (condição para agir) e pela busca da finalidade legal (guia condutora da ação). Nesse contexto, o autor conceitua a discricionariedade como a *"margem de liberdade"* do administrador para, nas hipóteses em que não seja possível extrair uma solução unívoca objetiva no mandamento legal ou em que a lei haja conferido tal liberdade, *"eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal"* [189]. Vale dizer, o juízo subjetivo do administrador, ainda que sempre pautado pela busca da finalidade almejada pela lei e pela maior razoabilidade possível, é discricionário por haver certa liberdade na avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, por não haver uma única solução objetivamente adequada. De forma similar, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[190], a discricionariedade do poder administrativo – ideia originalmente nascida no âmbito político como um *poder político sem limitações*[191], ainda com alguns resquícios atualmente –

---

[188] *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 8ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 13-15.

[189] *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 8ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 48.

[190] *Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 205.

[191] Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 182.

evoluiu para um conceito relacionado à possibilidade da adoção, pela Administração Pública, de *"uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito"*, segundo *"critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade próprios da autoridade".*

Em doutrina não estritamente processualista, o tema também foi objeto de estudos. Em veemente negação à discricionariedade judicial, EROS GRAU[192] defende que a atividade *interpretativa* do juiz está pautada exclusivamente em juízo de legalidade e nunca de oportunidade, o qual pressupõe uma *"opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente".* Segundo o autor, a única hipótese de admissão da discricionariedade judicial no direito brasileiro seria a previsão do antigo art. 1.109 do CPC/73 (correspondente ao atual art. 723, parágrafo único do CPC) que, em procedimentos de jurisdição voluntária, permite ao juiz *"adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna"* – o que estaria, contudo, limitado à condução da atividade processual (e apenas em sede de jurisdição voluntária) e nunca ao direito material. Em sentido similar, ELIVAL DA SILVA RAMOS[193] defende que*"ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial"* e que se há alguma discricionariedade, esta se restringir ao plano da 'compreensão dos significados legais' – ao que o autor dá o nome de *"discricionariedade de juízo"*.

O britânico HERBERT HART[194], no campo da filosofia do direito, defende a ideia de *judicial discretion*, contudo, a relaciona mais à necessidade de o juiz criar soluções jurídicas para casos em que o ordenamento positivado deixe lacunas – especialmente os chamados casos difíceis (*hard cases)*, nos quais a solução não é prontamente traduzida da lei[195] – do que às escolhas entre soluções legalmente admitidas.

Entre os processualistas o dissenso se mantém. A doutrina italiana processual mais clássica tinha vozes contrárias a essa discricionalidade – SALVATORE SATTA[196], por exemplo, defendia que mesmo quando se fala em poderes de direção, não há discricionariedade em sentido *técnico* pois há

---

[192] *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 56-57 e 216-217.

[193] *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 96-97.

[194] *The Concept of Law*. 3ª ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2012, pp. 272-273.

[195] LUÍS ROBERTO BARROSO os coloca em contraposição aos *casos fáceis*, que são aqueles *"para os quais existe uma solução pré-pronta na norma jurídica"* (Casos difíceis e a criação judicial do Direito. *Seminário Teoria da Decisão Judicial*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários (Série Cadernos no CEJ, 30), 2014, p. 21).

[196] *Diritto Processuale Civile*. 9ªed., Padova, CEDAM, 1981, p. 186.

sempre a aplicação de uma norma, ainda que entre diversas possibilidades de determinações. No Brasil, há atualmente diversos processualistas que refutam a existência de discricionariedade judicial. Nesse sentido, BEDAQUE[197] defende que o juiz não tem *"o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis"* e que a liberdade existente na interpretação de conceitos imprecisos *"não torna discricionário o ato judicial"* pois haveria *"apenas uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis"*. Na mesma linha, SIDNEI AMENDOEIRA JR[198], PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA[199] e outros[200], defendem que não há campo para discricionariedade judicial pois o magistrado obedeceria apenas a juízos de legalidade – ainda que de caráter geral – e não de oportunidade e conveniência. SWARAI CERVONE[201], ao tratar dos poderes do juiz especificamente em ações coletivas, afirma que não há *"discricionariedade absoluta"*, mas sim uma *"criatividade interpretativa"*, limitada pela vontade do Estado e pela legalidade. Em trabalho específico sobre o tema, CARMEN LÍGIA NERY[202] defende que a importância dos princípios constitucionais como instrumentos limitadores para se *"controlar melhor as decisões judiciais, impedindo os juízes de atuarem discricionariamente"*.

Por outro lado, há quem admita certa margem para discricionariedade judicial, ainda que apenas no exercício de alguns poderes. No Brasil, BARBOSA MOREIRA, não obstante tenha afirmado em texto mais recente que, em relação aos poderes de direção do processo, *"não existe, a rigor,*

---

[197] *Poderes Instrutórios do Juiz,* 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 149 e 151. Sob a mesma fundamentação, é também a opinião de RONALDO CRAMER (Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 112).

[198] *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 78.

[199] *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 37.

[200] No mesmo sentido, contrário à admissão de discricionariedade judicial: DEBORAH CAVALCANTI FIGUEIREDO afirma que *"não se concebe ao juiz a escolha, segundo a sua conveniência, de uma entre duas soluções possíveis"* e que *"é vedado escolher a opção para prática de seu ato segundo juízo de oportunidade"* (*O equilíbrio entre a ampliação dos poderes instrutórios do juiz para a busca da verdade no processo civil moderno e as regras de distribuição do ônus probatório*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, pp. 66-67); MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES defende que as funções judiciais *"não se confundem com as do administrador, uma vez que não lhe cabe decidir fundado em razões de conveniência de oportunidade"* e que não há discricionariedade, pois, o *"o juiz deve decidir de acordo com a lei"* (Anotações sobre a Discricionariedade Judicial. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 95 e 97).

[201] *Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 59 e 61.

[202] *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

discricionariedade"[203] por não haver liberdade de escolha, em oportunidade anterior havia defendido que, em determinadas situações, *"o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias"*[204]. TERESA ARRUDA ALVIM[205], a despeito de defender a ausência de discricionariedade judicial na interpretação da lei (e especialmente dos *conceitos jurídicos indeterminados*) quando se refere principalmente a decisões de mérito, aponta que seria possível admitir, em princípio, um poder discricionário (ou, ao menos, uma maior *"liberdade do juiz"*) no exercício da função de administração do processo. A autora ilustra, por exemplo, com a escolha do prazo entre 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias para publicação de edital (art. 257, III, CPC), ou ainda, a redução ou aumento das *astreintes* em ações ou cumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer (art. 537, §1º, CPC).

Alguns a defendem de forma mais contundente. Nesse sentido, CAPPELLETTI[206] dizia que *"certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação"*, apesar de tal discricionariedade não tornar o juiz um *"criador completamente livre de vínculos".* SERGIO COSTA[207], inspirado por CALAMANDREI, afirmava haver hipóteses em que a própria lei ou permite ao juiz escolher entre opções possíveis, ou deixa ao juiz a tarefa de impor determinada consequência a algum ato. No Brasil, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA[208], criticando a utópica proposição do *juiz Hércules* de Dworkin (e a busca pela *"resposta certa"*), destaca que, com os conceitos jurídicos indeterminados e as autorizações legais

---

[203] Reformas processuais e poderes do juiz, *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 22, 2003, p. 66.

[204] Regras de Experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, 261/15, Rio de Janeiro, Forense, janeiro-março, 1978.

[205] *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 379. Em outra obra, esclarece que seu posicionamento de rechaçar veementemente a discricionariedade judicial tem em vista principalmente as decisões de mérito e que o campo de maior liberdade está atrelado a providências que não produzem efeito sobre julgamento de mérito (O juiz como 'administrador' do processo. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 735-736).

[206] *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 21 e 24.

[207] Em elucidativo trabalho que relaciona a discricionariedade judicial com as sentenças determinativas, o autor esclarece que, em alguns casos, a lei *"non può precisare queste conseguenze, ma le lascia all'opportunità del giudice, sai dandogli la scelta tra diverse soluzioni permettendogli di spaziare entro determinati confini, sai lasciando la determinazione al libero apprezzamento del magistrato"* (*Le sentenze civili com la clausola rebus sic stantibus*. Siena, Circolo Giuridico della R. Università, 1930, p. 32).

[208] Escopo Jurídico do Processo. *Revista de Processo*, vol. 203/2012, pp. 305-317, Janeiro-2012, item 5.

para formulação de juízos de equidade há uma *"margem de discricionariedade"*. VICENTE MIRANDA[209], por sua vez, defende a chamada *teoria dos círculos legais* para justificar a existência de um poder discricionário e afirma que tais *círculos* permitiriam ao julgador agir com liberdade dentro do espaço traçado pela lei, para sopesar os elementos fáticos e as peculiaridades de cada caso concreto, e com nenhuma liberdade fora de tal *linha*. Mais recentemente, PAULO HENRIQUE NOGUEIRA[210] constata que o juiz é colocado, não raras vezes, em situação de *"poder eleger uma escolha entre distintas alternativas de interpretação"* e que o fato de se admitir ao juiz um ato de escolha de situações jurídicas – um *atuar discricionário* – não afasta a existência de regras anteriores delimitadoras dessa atuação, exemplificando também com a possibilidade de o juiz fixar multas por atraso no cumprimento de determinações, ou mesmo de reduzir, majorar ou alterar a periodicidade de sua incidência (em horas e não em dias). Na doutrina argentina, ROBERTO BERIZONCE[211] acaba por pressupor a discricionariedade ao tratar do excesso de poder no exercício da jurisdição e alertar para uma especial atenção para possíveis desvios de finalidade do ato jurisdicional *"especialmente cuando se actúan potestades discrecionales"*.

Há quem chegue ainda mais longe. Nos EUA, RICHARD POSNER[212], ao se debruçar sobre a chamada *mentalidade judicial*, defende que *"judges have and exercise discretion"* e que, nesse exercício, estão abrangidas suas motivações, capacidades, seleções e até psicologia, nem sempre desprovidas de pré-conceitos. Entendemos que a comparação é válida, porém não exatamente correspondente à discussão ora invocada sobre a discricionariedade judicial – com nítido enfoque mais técnico e menos subjetivo.

O posicionamento ora defendido é de que há, sim, campo para discricionariedade do juiz no exercício de alguns de seus poderes-deveres no processo civil e tal discricionariedade, especialmente nas demandas que envolvam revisão de contratos, fica mais evidente. A sustentar tal conclusão, algumas considerações se revelam importantes.

1. Problema. Nos parece que a discussão gira mais em torno do que seria propriamente a *discricionariedade* no âmbito do Poder Judiciário (e quais os seus elementos, adaptados ao âmbito do processo civil) do que sobre o

---

[209] *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 84-85.

[210] *Negócios Jurídicos Processuais*, Salvador, Jus Podivm, 2016, pp. 193, 198-199 e 218.

[211] El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, p. 17.

[212] *How judges think*, Cambridge – Massachusetts, Harvard Press, 2008, p. 5.

questionamento se o juiz, no exercício da jurisdição, teria poderes discricionários para a prática de seus atos processuais.

2. A discricionariedade pressupõe a legalidade. Primeiramente, a discricionariedade não se confunde com arbítrio. A conclusão é, em certa medida, firme na doutrina contemporânea – nesse sentido, LUIGI PAOLO COMOGLIO[213] ensina que ela não implica *"assoluta incontrollabilità"* e PAULO HENRIQUE NOGUEIRA[214] afirma que ela não pode ser vista como um *"poder insindicável".*

É exatamente o contrário. Na verdade, a discricionariedade pressupõe o respeito à legalidade[215]. A justificativa apresentada por alguns autores acima mencionados no sentido de que não há espaço para discricionariedade no exercício da função do juiz pois este estaria vinculado à estrita observância da legalidade é insuficiente. A discricionariedade judicial apenas pode ser exercida se e quando houver uma prévia determinação legal de quais são as hipóteses específicas de seu cabimento e quais são os parâmetros mais gerais dos limites das possíveis escolhas que podem ser adotadas pelo magistrado. A lei, portanto, é a delimitadora de quando, como e em que medida a discricionariedade judicial pode ser exercida.

3. As noções de conveniência e oportunidade aplicadas ao juiz. Em segundo lugar, é possível importar à seara do processo civil as noções de *conveniência* e *oportunidade* utilizadas no âmbito do direito administrativo para qualificar a discricionariedade dos agentes administrativos. Por óbvio, essa importação não pode ocorrer sem algumas ressalvas e adaptações pois o magistrado, por sua atividade e pelo maior nível de vinculação de seus atos (provimentos), tem um perímetro de 'liberdade' mais reduzido, com regras muito mais específicas, objetivas e diretas de atuação.

A leitura que deve ser feita do binômio *conveniência-oportunidade* da discricionariedade administrativa, ao trazê-lo à seara processualista civil, é a da

---

[213] Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del 'giusto processo'. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia,* Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, p. 349.

[214] *Negócios Jurídicos Processuais*, Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 218.

[215] No mesmo sentido: FLORIANO AZEVEDO MARQUES destaca que *"é impossível se discutir discricionariedade fora do princípio da legalidade (...) ao mesmo tempo em que a discricionariedade depende da lei, ela serve para plurabilizar a peremptoriedade do princípio da legalidade"* (Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 191); VICENTE MIRANDA afirma que *"a discricionariedade existe e vive e atua dentro da legalidade"* (*Poderes do juiz no processo civil brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 1992, p. 260).

adequação-utilidade – leitura esta, lembre-se, sempre feita à luz da estrita legalidade.

A conveniência diz respeito ao enquadramento em conformidade com determinada circunstância. É aquilo que é apropriado a uma situação em um dado momento. Neste ponto, a conveniência pode ser importada como critério ao processo civil sob o viés da adequação. GALENO LACERDA[216] dizia que a adequação é *"requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo"* – e ser, portanto, efetivo – e que esta, no processo judicial, se apresenta sob tríplice aspecto: a adequação *subjetiva* (instrumento deve se adaptar ao sujeito processual, permitindo-se, p. ex., prazos diferenciados a determinados envolvidos), a adequação *objetiva* (instrumento deve se adequar ao bem jurídico material, permitindo-se, p. ex., procedimentos especiais) e a adequação *teleológica* (instrumento deve se adaptar ao seu fim, ou seja, às funções da jurisdição).

A oportunidade diz respeito à aptidão a um determinado propósito. É aquilo que é propício à luz de um objetivo, em uma situação e em um dado momento. Para EROS GRAU[217] o juízo de oportunidade é a *"escolha entre indiferentes jurídicos"*. O conceito se aproxima da ideia de *utilidade* que, no âmbito processual civil, está relacionado à produção de atos sempre voltados ao atingimento do escopo da jurisdição, sempre com vistas à finalidade pretendida pelo ato e não pelo ato em si mesmo.

Nessa toada, às vezes a própria lei permite que o juiz escolha entre algumas opções, com base no que julgar mais adequado e útil à controvérsia que lhe foi submetida. Sob esse viés, o argumento de que não haveria discricionariedade judicial pois a lei forneceria os parâmetros e opções pré-definidas para o juiz exercer sua função não necessariamente afasta a possibilidade de um juízo de *oportunidade* e *conveniência* (ou de *adequação* e *utilidade*) pelo magistrado e uma escolha entre duas ou mais opções legítimas, legais e razoavelmente possíveis.

A legislação brasileira, nesse sentido, está permeada de exemplos de previsões legais que conferem ao juiz o poder-dever de praticar um ato processual discricionário.

---

[216] O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Fabrício et al. (Coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 251-253. Também menciona tal caracterização tríplice CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (Escopo Jurídico do Processo. *Revista de Processo*, vol. 203/2012, pp. 305-317, Janeiro-2012, item 4).

[217] *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 56.

Entre os atos judiciais inseridos na classificação de *poderes de direção* do processo podem ser destacados os poderes de dilatar os prazos processuais de acordo com as necessidades do conflito e também de fixar prazos processuais em consideração à complexidade do ato processual quando a lei for omissa (arts. 139, VI e 218, §1º, CPC). A lei permite expressamente essa maior liberdade e, nestes casos, deixa a critério apenas do juiz – sem nenhuma parametrização positivada – a decisão sobre qual é exatamente a amplitude do prazo que pretende ampliar. Caberá ao juiz, optar pelo prazo mais conveniente (adequado ao caso concreto) e oportuno (útil à finalidade do ato processual) em tais casos expressamente permitidos em lei. Nesse sentido, ampliar um prazo em 15 ou em 20 dias podem ser, ambas, alternativas possíveis e legítimas ao julgador e preencher a finalidade do contraditório adequado, mas caberá a ele, à luz das peculiaridades do caso, optar entre um ou outro com certa margem de 'liberdade'.

Em relação aos *poderes de instrução*, destaca-se a previsão do poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova de acordo com as necessidades do conflito (art. 139, VI, CPC). Entre os *poderes de execução*, destaca-se o poder de, em cumprimento de sentença que reconheça exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, determinar a fixação de astreintes, cabendo ao julgador optar se a multa será de R$1.000,00 ou R$2.000,00 (art. 536, *caput* e §1º, CPC).

Não custa lembrar que há ordenamentos que, inclusive, positivaram o poder discricionário do juiz. Nesse sentido, o art. 152(4) do CPC Português estabelece que *"consideram-se proferidos no uso legal de um poder discricionário os despachos que decidam matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador".* A jurisprudência lusitana reconhece que tal poder *"é a faculdade conferida ao julgador de, entre diversas hipóteses de solução, optar por aquela que no seu entendimento é a mais adequada ao fim visado pela lei"*[218]. Os exemplos são, contudo, controversos. Alguns julgados consideram como abrangidos nesta espécie de poder discricionário, por exemplo, os atos do juiz que modifiquem prazos processuais, convoquem peritos para esclarecimentos, que convoquem testemunhas não arroladas pelas partes, requisitam documentos às partes ou outras diligências probatórias; outros negam essa qualidade aos atos de dilação probatória, por influenciaram o conflito entre as partes litigantes.

[218] Nesse sentido: Tribunal de Relação do Porto, Processo nº 0251754, Reclamação 146, j. 29.10.2002; Tribunal de Relação de Évora, Processo nº 1239/05-2, j. 16.05.2005, Tribunal de Relação do Porto, Processo nº 269/13.0GBBAO-A.P1, j. 21.10.2016.

Tal discricionariedade se manifesta não apenas para a prática de atos estritamente de gestão processual, mas também a atos praticados no âmbito de aplicação do próprio direito material (poder de decisão).

Especificamente na seara da revisão judicial de contratos, a despeito de haver posição doutrinária em sentido contrário[219], entendemos que há espaço para a discricionariedade judicial – sempre observada a estrita legalidade e observados os elementos da *adequação* e *utilidade* dos provimentos judiciais, em correspondência às noções de *conveniência* e *oportunidade* comumente invocadas neste tema. Entre os *poderes de decisão*, a equidade que deve ser observada pelo julgador ao promover a *dosagem* de uma revisão contratual ao, por exemplo, reduzir o valor de uma cláusula penal em caso de cumprimento parcial de obrigação ou excesso da penalidade (art. 413, CC), é um exemplo dessa maior 'liberdade' do julgador. Ou ainda, em ações revisionais de aluguel em que seja necessária a avaliação do imóvel, o juiz pode optar por acatar ou por determinar o direcionamento de perícia de acordo com um entre diversos métodos tecnicamente indicados para essa finalidade (p.ex., método comparativo direto de dados de mercado *x* método evolutivo *x* método de capitalização de renda, entre outros[220]).

Não resta dúvida de que a lei confere ao juiz, em certos casos de forma mais limitada e objetiva e em outros de forma mais aberta, discricionariedade para modificar e adaptar obrigações contratuais pactuadas pelas partes. É exatamente sobre os limites de tais poderes conferidos pela discricionariedade legalmente autorizada que nos ocuparemos ao longo dos próximos itens.

* * *

[219] Em sentido contrário, defendendo a ausência de discricionariedade judicial, CELSO PUGLIESE defende que *"o intérprete não tem, portanto, discricionariedade para a utilização ou não das regras de interpretação aplicáveis a cada caso, devendo sempre perquirir sobre a finalidade, a intenção e a vontade efetivamente declarada pelos contratantes, abstendo-se de impor às partes um contrato diverso daquele efetivamente celebrado, ainda que preferível do ponto de vista do interesse público"* (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, pp. 209-210).

[220] Métodos disponibilizados pelo IBAPE – Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia. Disponível em **http://www.ibape-sp.org.br/arquivos/NORMA.pdf**, acesso em 05.01.2018.

8. OS LIMITES DOS PODERES REVISIONAIS DO JUIZ

8.1. Considerações gerais e proposição

Nos itens acima foram esclarecidos pontos de partida importantes para que se pudesse chegar, neste momento, na proposição de quais são, efetivamente, os limites dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos.

Nesse sentido, considerou-se que: (i) contrato é o instrumento regulador de relações jurídicas por meio do qual as partes, visando a alguma espécie de bem-estar em seu proveito (lucro, vantagem, benefício etc), pactuam alocação de riscos e de responsabilidades, em exercício de sua liberdade e autonomia, mas de acordo com as limitações impostas pela boa-fé e pela função social; (ii) o direito processual é ciência autônoma mas interdependente ao direito material e, como instrumento, deve pautar sua atuação de acordo com os seus escopos, os quais estão ligados ao direito substancial, (iii) o juiz, enquanto agente do Estado e da jurisdição, é legitimado a intervir em relações contratuais – apesar de oscilações históricas quanto ao cabimento e à extensão dessa intervenção –, sendo autorizado a tanto pela própria lei ou por vontade das partes e, hoje, à luz de um sistema tendende mais à conservação dos negócios jurídicos do que à sua extinção e (iv) nem sempre os critérios para tal modificação de ajustes contratuais pela via judicial são claramente dispostos pelo legislador, cabendo à ciência processual delimitar o exercício dos poderes do juiz no âmbito de tais ações revisionais, de modo a evitar abusos ou distorções e fazer do processo um veículo efetivo à concretização de direitos de forma segura, adequada e em tempo razoável (enfim, *justa*).

A proposição que se faz, partindo-se de tais pontos de partida, é a de que o exercício dos poderes (poderes-deveres) judiciais, especificamente em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos (em sentido lato), sejam limitados por 4 (quatro) parâmetros basilares – os quais deverão ser considerados conjuntamente pelo julgador e deverão estar refletidos de forma clara, adequada e suficiente na motivação das decisões nas quais se expressem tais poderes: *(i) a natureza e o tipo contratual e as disposições legais específicas a eles aplicáveis; (ii) a vulnerabilidade dos contratantes envolvidos e dos sujeitos impactados pelos efeitos do contrato; (iii) a lógica econômica da contratação debatida em juízo, considerando-se o mercado em que insere tal contratação; e (iv) o impacto do contrato ao interesse público.*

Tais parâmetros limitadores do exercício dos poderes-deveres judiciais em demandas que envolvam revisão de contratos em sentido lato, na realidade, decorrem de valores que já são positivados em nosso ordenamento jurídico e tutelados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional (material e processual) e que estão intimamente atrelados aos escopos que guiam a atividade jurisdicional. Ainda que tais critérios não estejam expressamente relacionados à judicatura específica de demandas revisionais de contratos, todos têm amparo em texto normativo escrito.

A observância das disposições legais aplicáveis a cada natureza ou tipo contratual está fundada no pilar da *legalidade*. Em nível constitucional, a legalidade está insculpida no art. 5º, II e 37, *caput*, da CF enquanto garantia aos cidadãos e dever vinculante a todos os órgãos da Administração Pública. Em nível infraconstitucional, a legalidade está reproduzida no art. 8º do CPC e no art. 35 da LOMAN como comando a guiar, de forma inarredável, o exercício da atividade jurisdicional.

O critério da vulnerabilidade dos contratantes envolvidos e dos sujeitos impactados pelos efeitos do contrato está fundado no pilar da *paridade*, princípio que, em sede processual, está relacionado ao modo de tratamento dos litigantes com o objetivo de promover, ao máximo, a sua *igualdade*. A igualdade é um princípio historicamente complexo, que se manifesta em diversas facetas e cuja concreção material é considerada até utópica. Ao se partir da premissa de que a igualdade real é, muitas vezes, impossível, sua materialização se dá na exata e proporcional 'diferenciação entre os diferentes'. Na esfera constitucional, a preocupação com a promoção da igualdade é indicada em diversas oportunidades: além de ser referida no próprio preâmbulo da CF como garantia mais geral, é apontada também como isonomia (igualdade perante a lei) no art. 5º, *caput*, como objetivo do Estado e da Ordem Econômica sob o aspecto da correção de desigualdades sociais nos arts. 3º, III e 170, VII, como direito de acesso à justiça gratuita aos que comprovarem insuficiência econômica no art. 5º, LXXIV ou ainda como paridade (igualdade em relações processuais) quando a demanda envolver crianças e adolescentes (art. 227, §3º, IV). No âmbito infraconstitucional, o art. 7º do CPC positiva a paridade de tratamento como garantia processual dos litigantes em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, meios de defesa, ônus e aplicação de sanções processuais, cabendo ao juiz sua promoção.

O parâmetro da lógica econômica da contratação à luz de seu mercado está fundado no pilar da *racionalidade econômica*. Este pilar tem como alicerce a premissa mais ampla de garantia da própria *liberdade*, atrelada à

ideia de que há uma lógica, um senso racional que pauta o seu exercício. O próprio preâmbulo da CF assegura a liberdade, o desenvolvimento nacional e o bem-estar ao povo, o que é replicado, em parte, nos arts. 3º e 5º, *caput*. Sob a faceta da Ordem Econômica, o art. 170, IV e parágrafo único, assegura a livre concorrência e a liberdade da atividade econômica. A lógica por trás dessa liberdade, por sua vez, carrega a noção de *eficiência* – conceito que se relaciona à ideia de obter o maior ganho em resultado, com o menor custo e no menor tempo possíveis. A eficiência tem um duplo aspecto como critério limitador de poderes em revisões judiciais de contratos: primeiro como balizador do entendimento acerca da formação da relação contratual e, segundo, como balizador da revisão em si (de sua decisão e do modo do processamento para se chegar nessa decisão). O conceito é corriqueiro quando se fala em atividade econômica e, sendo regra de conduta das partes, è essencial sua consideração para que se extraia a lógica que balizou a relação jurídica levada a juízo. Ainda, em termos de processamento e exercício de atribuições, a noção de eficiência deve, por força de texto normativo, pautar a conduta da Administração Pública de modo geral (art. 37, *caput*) e, de igual forma, a atividade do juiz (art. 8º, CPC).

Por fim, o critério do impacto do contrato ao interesse público está fundado no pilar da *socialidade*. Como se demonstrou no item relativo à evolução histórica do instituto revisional, nosso sistema jurídico passou de um contexto de individualismo a um de socialidade, no qual há uma clara prevalência do interesse da coletividade sobre o indivíduo. Em nível constitucional, a preocupação com o interesse da sociedade como um todo se expressa em diversas passagens: com a proteção da dignidade (art. 1º, III), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e o objetivo de alcançar uma sociedade solidária (art. 3º, I). A legislação infraconstitucional material também contém essa diretriz ao limitar os contratos à sua função social e à boa-fé (arts. 421 e 422, CC). Na seara processual, esse comando voltado à preocupação com o interesse social é claramente dado ao juiz, que deverá – não apenas no exercício de seu poder de decisão, mas também em seus atos de simples processamento da demanda – atender aos fins sociais e bem comum (art. 8º), agir conforme determina o *standard* da boa-fé (art. 5º) e observar a proprocionaldiade e razoabilidade (art. 8º).

Todos esses 4 (quatro) critérios, quando conjuntamente observados e praticados em tempo razoável à luz da complexidade da demanda, levarão ao resultado da *decisão de mérito justa e efetiva* que é positivado pelo art. 6º do CPC e que, ao final, está coerente com a ideia de justiça e de solução pacífica

de controvérsias preceituadas como fundamentos do Estado pelo preâmbulo de nossa CF. Ou seja, uma decisão hábil a produzir resultados úteis, bons, corretos e em tempo razoável, sob a perspectiva social[221]. Nesse sentido, a limitação ora proposta é a que parece mais se aproximar da ideia de processo-constitucional e confirma a importância de se oferecer ao jurisdicionado uma tutela coerente com a ideia de um sistema jurídico uno e de que o processo judicial jamais pode deixar de servir, na verdade, aos seus escopos jurídico, social e político.

Além disso, a consideração conjunta dessa 'régua balizadora' do exercício dos poderes judiciais em ações revisionais tem o condão de dificultar a ocorrência de eventuais erros judiciários[222] ou mesmo coibir situações de abuso do processo[223].

Trata-se, portanto, de um modelo de exercício dos poderes-deveres jurisdicionais voltado à *confiança*[224] – conceito que, neste trabalho, tem uma importância bifacetada, relacionada à valoração judicial da relação entre os litigantes e voltada à decisão da solução jurídica aplicável ao caso (aspecto material) e ao modo de conduta que deve ser adotado pelo juiz no processamento da demanda em que essa solução jurídica é prolatada (aspecto processual). Vale dizer, tais critérios, ao configurarem uma fórmula de atuação

---

[221] Segundo BEDAQUE, processo efetivo é aquele que *"observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material"* (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 49).

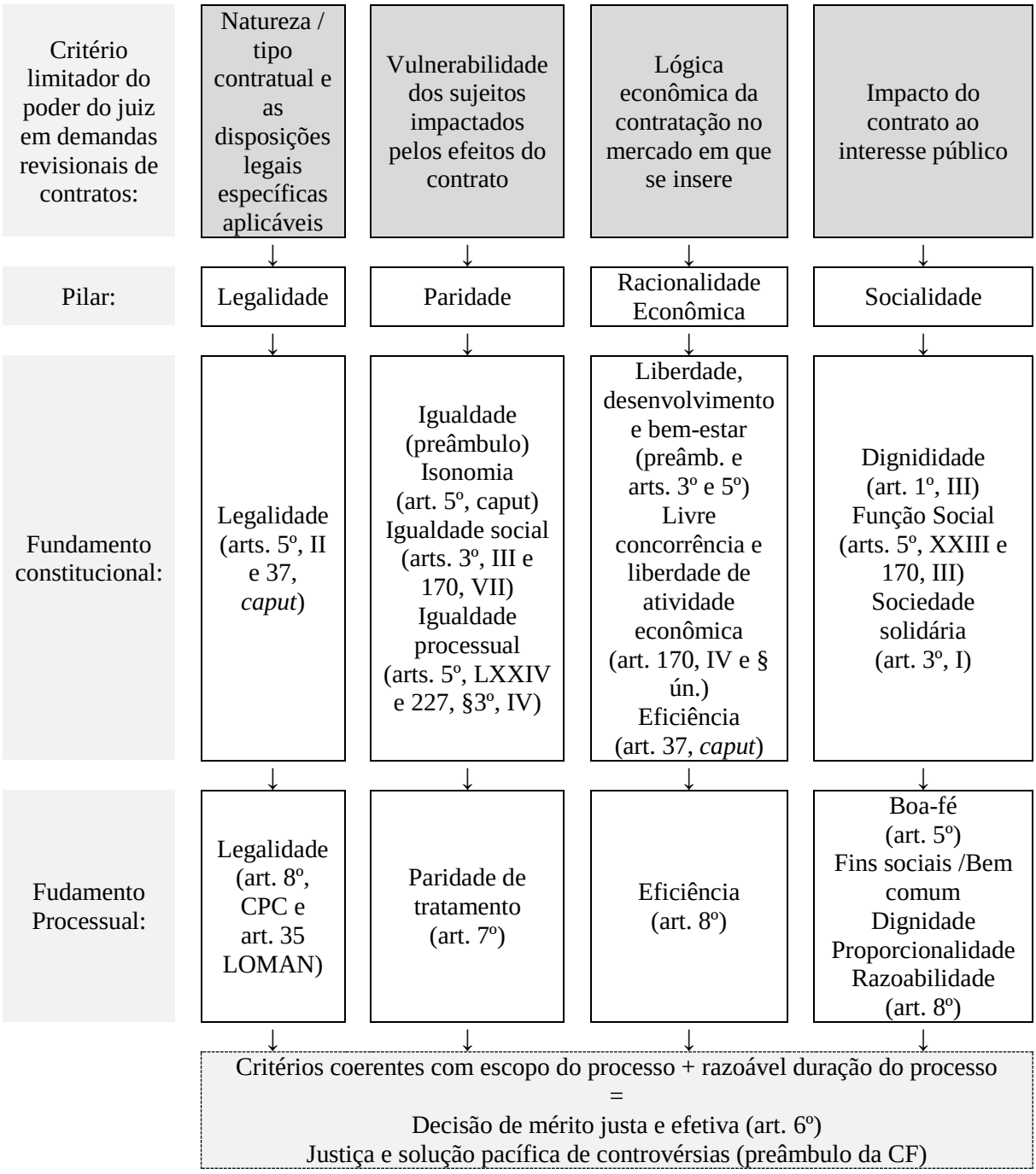
[222] Segundo ORESTE LASPRO o *erro judiciário* é *"todo ato jurisdicional que, seja pelo mal enquadramento dos fatos ao mundo do direito, seja pela errônea aplicação das normas, viola regras de natureza processual e material, em qualquer dos ramos do direito"*. Tal erro judiciário pode gerar ressarcimento, se presentes o dano, o nexo de causalidade e o ato jurisdicional (sem elemento subjetivo, para responsabilidade do Estado e com a necessidade de prova do dolo ou culpa, para responsabilidade civil do juiz) (*A Responsabilidade Civil do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 223-224). A responsabilidade civil do juiz está prevista no art. 143 do CPC (que reproduziu o art. 113 do CPC/1973), para as hipóteses em que (i) proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções e (ii) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

[223] Sobre o tema MICHELE TARUFFO, apesar de destacar que nem todo erro implica abuso, mas apenas aqueles que erros processuais injustificados e indevidamente prejudiciais à parte, ensina que "*procedural rights may be abused also by judges. (...) The abuse committed by judge is typically an abuse of discretion that is committed mainly by a bad use of the judge's managerial powers concerning the development of judicial proceedings (undue delays, violation of the parties' rights to a correct and speedy process, and so forth), but also by making evidently wrong decisions. (...) It may me considered that judges may easily abuse their powers although such powers are functionally oriented to a fair and correct management of judicial proceedings"* (General Report. Abuse of Procedural Rights: comparative standards of procedural fairness. *In: Abuse of Procedural Rights: comparative standards of procedural fairness.* (Coord. Michele Taruffo), The Hague / Lonon / Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 8 e 19).

[224] Segundo TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., a confiança é uma "*forma de criar segurança* [em relações éticas] *apesar dos riscos"* (Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, jul-set. 2016, pp. 391-404, item 2).

do poder jurisdicional em uma determinada espécie de demanda, criam um ambiente de segurança que favorece a pacificação, transmitem credibilidade e, em último grau, confirmam a autoridade da jurisdição como método de solução de conflitos.

Como visto, a proposição ora apresentada como guia limitadora do exercício dos poderes do juiz em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos promove apenas uma organização de parâmetros que já se encontram positivados em nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional, podendo ser ilustrada pelo quadro sintetizador abaixo:



A proposição evidencia a íntima relação de interdependência entre o direito processual e o direito material, mas vai além, ao especificar e sistematizar os parâmetros recomendados para guiar o exercício dos poderes-deveres judiciais em demandas revisionais, atrelando-os aos escopos da jurisdição e do processo, e passando necessariamente pela preocupação com o equilíbrio entre as consequências econômicas que a atividade judicial pode gerar e a conformidade dessa estrutura justificativa lógica aos interesses da sociedade.

Na doutrina que se debruça sobre o tema da interferência jurisdicional em relações contratuais, identificou-se que há ricos trabalhos voltados a investigar essa relação entre direito processual e direito material (o segundo como forma de limitação do primeiro).

Entre as obras com maior enfoque ao direito material que trataram do tema, a natureza da contratação é, mais comumente, invocada como critério balizador da interferência judicial. Nesse sentido, ROSA NERY e NELSON NERY[225] já defenderam que o dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas *"consideradas como merecedoras de controle estatal".* Em recente trabalho, RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS[226] propõe que haja uma gradação da autonomia privada em níveis máximo, médio e mínimo como forma de "dosar" a interferência judicial, afirmando que *"em determinados modelos contratuais (contratos internacionais privados, contratos empresariais etc.) haja uma maior tendência de respeito à força vinculante do contrato com o mínimo de ativismo judicial e aplicação máxima da autonomia privada"*, em contraposição aos contratos com maior tendência à intervenção, como aqueles *"envolvendo mercado regulado, direito administrativo e contratos de consumo"*. Sob a ótica do sistema português, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO[227] defende, de modo mais genérico, que, ao promover *"a intervenção judicial no contrato"*, o juiz deve estar atento às *"realidades contextuais, tanto económicas como sociais, interessando-se pelos fenómenos do mercado e pela análise sociológica"*.

---

[225] *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 165.

[226] Apesar de defender que o dirigismo contratual se aplique conforme alguns modelos contratuais, o autor defende, em outro trecho de sua obra, que também é importante apurar as *"reais circunstâncias negociais"* e o *"comportamento"* das partes (*Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, pp. 39 e 188).

[227] O Direito romano e as regras de direito europeu dos contratos que determinam o preço a pagar pela prestação com um valor muito diferente do inicial: para uma revisão do paradigma normativo do código civil português. *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual*. Coord. Jorge Miranda, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 354.

Entre os processualistas, BEDAQUE[228] também defende que *"a possibilidade de o juiz intervir na relação jurídico-substancial varia segundo a natureza desta"* e afirma que, *"se os interesses em jogo forem privados, não poderá o magistrado interferir (...) pois o ordenamento jurídico confere a ela, com exclusividade esse poder"*, descartando a possibilidade de o juiz interferir no 'conteúdo do ato' sob o argumento da 'esfera de disposição' que a parte tem sobre a relação material. LEONARDO GRECO[229], por sua vez, já defendeu que os limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes estariam vinculados a 3 (três) fatores: (a) *"à disponibilidade do próprio direito material"*, (b) *"ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas";* e (c) *"à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito".*

Quanto a tais posições, entende-se ser insuficiente a referência apenas à natureza da relação jurídica contratual como fator limitador dos poderes do juiz – trata-se do primeiro grande balizador, apenas, ao lado dos demais acima sugeridos. Por outro lado, se é verdade que se concorda aqui com a paridade de armas entre os litigantes (dentro do critério da vulnerabilidade) e com a necessidade de preservação dos princípios e garantias fundamentais (incluídos no critério do impacto ao interesse público), o fato é que deve se somar a tais parâmetros a preocupação com a racionalidade econômica do contrato (sob o viés de uma análise teleológica sobre o próprio objeto da demanda). E não é só, a importância do direito material para fins de limitação do poder não necessariamente guarda pertinência com a sua disponibilidade, como se verá.

Passemos à análise mais pormenorizada desses critérios limitadores dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos.

8.2. A natureza / tipo da relação contratual e as disposições legais a ela aplicáveis

A importância da natureza e do tipo específico de relação contratual debatidos na demanda, bem como as disposições legais a ela aplicáveis são o primeiro grande parâmetro que deve ser utilizado como limitador do exercício dos poderes-deveres revisionais do juiz. O principal enfoque deste critério é a

---

[228] *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

[229] Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 292.

vinculação do julgador à estrita legalidade – princípio que rege a atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) e é de observância obrigatória ao juiz no exercício da jurisdição (*cf.* art. 8º, CPC e art. 35 da LOMAN[230]).

Essa legalidade, contudo, comporta maior ou menor amplitude da criatividade judicial na medida em que os textos normativos[231] que vinculam a atividade jurisdicional comportam diretrizes mais ou menos gerais e específicas, diferenciando-se o tratamento das regras, dos princípios, dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. Sobre a diferenciação de tais conceitos – que aqui não se pretende, nem de longe, esgotar –VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, invocando ALEXY, nos lembra que regras expressam *deveres definitivos* e são aplicadas por meio de *subsunção*, ao passo que *princípios* são *mandamentos de otimização*, ou seja, "*normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"*[232]. Quanto à distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, ambos são instrumentos de maleabilidade legislativa, sendo comum se afirmar que, no primeiro, se permite ao juiz caracterizar a hipótese de incidência fática mas não os efeitos jurídicos (que já seriam determinados pelo legislador) e, no segundo, se permite ao juiz caracterizar a hipótese fática e também definir qual o efeito jurídico.

O primeiro ângulo da legalidade é sob o viés do respeito do juiz a critérios que sejam definidos específica e objetivamente pela legislação à natureza de uma determinada contratação ou ao tipo contratual praticado e os impactos que tais predefinições podem (devem) ter no exercício de cada um dos poderes-deveres judiciais (regras). Por exemplo, para a ação revisional de aluguel, o art. 19 da Lei de Locações exige a demonstração do decurso de 3 anos de vigência do contrato, de modo que não pode o juiz se furtar de sua vinculação a tal regra objetiva e específica.

O segundo e mais complexo enfoque da legalidade diz respeito à observância dos conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e dos

---

[230] "Art. 35 – São deveres do magistrado: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício".

[231] Texto normativo é uma das espécies de norma, a norma que é positivada. Neste ponto, são válidas as colocações de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., que caracteriza a norma jurídica como o *"enunciado prescritivo que impõe um comportamento (ato ou omissão) sob certas condições (condições da ação) a alguém (sujeito da norma), por força de autoridade (editor da norma)"* (Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de Direito Público RDP* 47-48/261 jul.-dez./1978. Republicado em *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 6, maio 2011, pp. 785-802, item 1.3).

[232] O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, pp. 23-50, item 2.

princípios[233], todos providos de maior grau de abstração e generalidade e previstos pela legislação conforme cada natureza ou tipo contratual.

Nesse sentido, por exemplo, o próprio texto legal diferencia os critérios autorizadores da revisão judicial por "onerosidade excessiva" a depender da natureza da relação – em relações civis se exige, entre outros elementos, que o evento superveniente e imprevisto seja extraordinário (art. 478, CC – teoria da imprevisão), ao passo que, em relações consumeristas, dispensa-se a característica da extraordinariedade (art. 6º, V, CDC – teoria da base objetiva), não cabendo ao juiz, portanto, no exercício de seu poder de decisão quanto à hipótese de cabimento da revisão, exigir critérios que não tenham sido exigidos pelo próprio legislador, quando há essa especificação tão direta quanto esta. Ainda na esfera do poder de decisão quanto ao cabimento da revisão, é possível que haja disposições específicas não apenas por conta da natureza da relação, mas em função do tipo contratual. Ainda, um contrato que preveja a exoneração ou atenuação de responsabilidade por vícios em produtos ou serviços, poderá ter tratamento diferenciado a depender da natureza da relação contratual – se for um contrato de compra e venda de um eletrodoméstico por um consumidor, a prática é reputada abusiva por expressa previsão do art. 51, I, CDC; se for um contrato de empreitada para construção de um galpão industrial firmado entre empresas multinacionais, a prática pode ser perfeitamente admitida, não havendo vedação legal.

Em especial nos poderes de decisão quanto à dosagem da revisão judicial, é comum que a própria lei preveja critérios abertos, como p. ex., a redução *equitativa* da cláusula penal (art. 413, CC), a *proporcionalidade* na lesão (art. 157, CC), a *redução considerável* do risco na revisão do prêmio de seguro (art. 770, CC), entre outros. No exercício de seus poderes de direção, por exemplo, é atribuído ao juiz o poder de inverter o ônus probatório e os arts. 357, III e 373, §1º, CPC o fazem indistintamente, deixando ao juiz a atribuição de avaliar a "*excessiva dificuldade de cumprir o encargo*". Nesse ponto, contudo, o art. 6º, VIII do CDC prevê uma facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive pela inversão do ônus da prova, refletindo, portanto, um comando ao poder diretivo do juiz, balizado pela natureza da controvérsia.

---

[233] Segundo JOSÉ AUGUSTO DELGADO, "só *após ser constatada a inexistência de norma legal regendo a espécie, é que o juiz pode se socorrer da analogia. Esta não atendendo, busca o socorro dos costumes. Por fim, a insuficiência destes permite que sejam aplicados os princípios gerais de direito"* (Poderes, Deveres e Responsabilidades do Juiz. Revista Forense, Brasília, DF, v.84, nº 301, pp. 335-346, jan./mar. de 1988. Disponível em: **http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9390**, acesso em 25.01.2018, item 6).

A disposição legal expressa de regras, conceitos, cláusulas e princípios que deverão vincular a atuação do juiz, como se vê, denotam a linha mestra que deve guiar a cognição do juiz em demandas submetidas ao Judiciário e que é direcionada a cada tipo de natureza de relação contratual ou a cada tipo específico de contrato.

E não sem razão. Em contratos empresariais, especialmente, é razoável supor que as partes contratantes tenham acesso a informações para avaliação prévia e adequada sobre possíveis alterações das circunstâncias contratuais, sejam correntemente assistidas por técnicos (o que inclui assessoria jurídica) para avaliação de potenciais variáveis importantes ao negócio e suas consequências e tenham *expertise* em determinado setor a ponto de, com maior facilidade, antever potenciais modificações do rumo negocial e econômico aplicáveis ao seu local de atuação. Em contratos de consumo, por sua vez, é razoável imaginar que, em tese, o consumidor detém menos informações do que o fornecedor em relação aos riscos que envolvem a contratação. Conforme sua natureza ou seu tipo contratual, o texto normativo escrito direciona a cognição do juiz em demandas revisionais conforme uma presunção de comportamento do contratante médio e de vulnerabilidade padrão dos envolvidos – critério que apresenta intersecção com o critério do qual nos ocuparemos no item a seguir.

Uma das provas de que a natureza da contratação é, realmente, essencial à revisão judicial de contratos é o fato de o legislador brasileiro ter atribuído a teoria da imprevisão às relações civis, empresariais e administrativas e não ter encampado os critérios da *imprevisibilidade* e da *extraordinariedade* às revisões judiciais pleiteadas em relações de consumo (seara em que vige a teoria da base objetiva do negócio).

Esta preocupação da conformidade do direito processual com as peculiaridades de cada natureza e/ou tipo contratuais se faz sentir também na própria organização dos Tribunais. A criação de câmaras e varas especializadas para julgamento de determinados tipos de conflitos tem ganho atenção da política de organização judiciária não só no Brasil[234], como também em outros países[235], como forma de otimização do volume de trabalho e principalmente

[234] Em São Paulo, por exemplo, o Tribunal de Justiça já divide as competências das Câmaras de acordo com os assuntos que lhe são endereçados e conta também com 2 (duas) câmaras reservadas de direito empresarial para julgar apenas conflitos relacionados a direito de empresas, lei das sociedades anônimas, lei de propriedade industrial, lei de recuperação de empresas e causas que envolvam arbitragem.

[235] Na França, a especialização de juízes para atuação em disputas econômicas ganhou relevância recentemente. Como destacam YVES DEZALAY e DAVID TRUBEK, após reforma legal sobre mercado de capitais, estipulou-se que decisões de órgãos administrativos de controle da concorrência sobre

de maior especialização dos juízes – aspecto essencial para que o exercício de seus poderes ocorra de modo tecnicamente assertivo e socialmente efetivo.

8.3. A vulnerabilidade das partes contratantes ou impactadas pelo contrato

O segundo grande balizador do exercício dos poderes-deveres do juiz em demandas revisionais de contratos é a análise da *vulnerabilidade* das partes contratantes ou dos sujeitos que, de alguma forma, sejam impactados pelos efeitos do contrato.

A vulnerabilidade é um conceito aberto – e é bom que o seja, justamente a fim de se garantir sua elasticidade, essencial para se amoldar às necessidades sociais, em constante e veloz evolução. Sua noção está relacionada à condição de fragilidade e de indefensabilidade de um sujeito em um determinado aspecto, que pode ser de origem técnica, econômica, psicológica, informativa, jurídica, política, entre outros.

Não obstante haja abalizada doutrina que diferencie ambas as figuras[236], a noção de *vulnerabilidade* é ora adotada como sinônimo de *hipossuficiência* e compreende todos as possíveis facetas de fragilidades que podem implicar a indefensabilidade de sujeitos.

É comum a distinção entre a *vulnerabilidade material* e a *processual.*

Para FERNANDA TARTUCE[237], no contexto de proteção às minorias característica da segunda metade do século XX (e no Brasil, especialmente após a CF de 88), surgiram diversas normas de direito material voltadas à proteção de determinadas categorias *materialmente vulneráveis*, como os trabalhadores (CLT em 1943 e Lei da Greve em 1964), portadores de

---

questões afetas a transações em bolsas de valores, proteção de acionistas e questões concorrenciais estariam sujeitas à revisão judicial pelo primeiro tribunal da Corte de Apelações de Paris. Constatou-se, com isso, que os juízes não estavam preparados para julgar demandas com tal complexidade e especialidade. Segundo os autores, a atribuição demonstrou, em um primeiro momento, *"ignorância* [do Judiciário] *em relação a grandes negócios"*, porém, tem levado, positivamente, a um maior debate entre o que eles denominam de *"elite de juízes da Corte de Apelação"* e o setor empresarial, permitindo que o Judiciário se debruce sobre o próprio desenvolvimento do mercado (A Reestruturação Global e o Direito. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.* Org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 69-70).

[236] Para alguns autores vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos distintos. Nesse sentido, segundo FERNANDA TARTUCE, a hipossuficiência é a vulnerabilidade econômica, ao passo que vulnerabilidade seria uma suscetibilidade em sentido amplo (*Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 183).

[237] *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 166-167 e 184.

deficiências e doenças graves (Lei nº 7.853/1989), consumidores (CDC em 1990), crianças e adolescentes (ECA – Lei nº 8.069/1990), mulheres (Lei 'Maria da Penha' – Lei nº 11.340/2006), idosos (Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003) e população de pele negra (Estatuto da Igualdade Racial – Lei nº 12.288/2010). A *vulnerabilidade processual*, a seu turno, seria, segundo ela, a *"suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório".*

Diverge-se, em parte, do conceito acima apresentado pois na vulnerabilidade processual não necessariamente há o *impedimento* da prática do ato. O traço característico da *vulnerabilidade processual* pode não estar na impossibilidade, mas na simples dificuldade, em desigualdade de condições e decorrente de insuficiência de algum elemento necessário, para a prática de ato processual em forma adequada, com conteúdo apropriado à integral defesa do direito invocado e com aptidão para influenciar, de modo eficiente, o convencimento do julgador na controvérsia.

A *vulnerabilidade material* em sede contratual, nesse mesmo sentido, se relaciona à dificuldade, também decorrente de insuficiência de algum elemento pertinente e em desigualdade de condições, para a prática do negócio jurídico. Sobre essa noção, aliás, alguns chegam a destacar a ausência de um conceito jurídico de vulnerabilidade[238] e outros, além de a confirmarem, sugerem sua gradação, apontando a subcategoria dos *hipervulneráveis*[239] (mais vulneráveis que os vulneráveis – p. ex., crianças consumidoras).

Os fundamentos da vulnerabilidade processual e material não são necessariamente os mesmos, mas há uma zona de intersecção. Por exemplo, a vulnerabilidade processual abrange os incapazes civis (também materialmente vulneráveis); uma mulher pode não ser processualmente vulnerável em uma

---

[238] Segundo o francês YANN FAVIER, a definição de vulnerabilidade para fins jurídicos seria inalcançável, tratando-se mais de uma *política* do que de uma *técnica* propriamente dita. Para o autor, sob a ótica do direito privado francês, sempre houve uma aproximação entre as noções de vulnerável e de "incapaz" e, após a reforma de 2007, aos "maiores protegidos", mas que, na verdade, a experiência da Corte de Cassação é no sentido de deixar ao juiz a caracterização da vulnerabilidade, fazendo do juiz um legislador neste ponto (A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 85-2013, pp. 15-23, janeiro-fevereiro 2013. Traduzido por Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertoncello).

[239] O argentino SÉRGIO SEBASTIÁN BAROCELLI condena a standardização dos consumidores e destaca a importância de se atentar à diversidade entre os vulneráveis (Towards the construction of 'hypervulnerable consumers' category. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113-2017, setembro-outubro 2017, item 3).

ação que discute um contrato de locação, mas pode o ser em uma ação envolvendo violência doméstica (hipótese em que coincide com a vulnerabilidade material); um advogado pode ser consumidor e, portanto, vulnerável em uma relação jurídica material, mas atuar em causa própria em demanda a ela relacionada e, nesta sede, não ser um vulnerável processual. Por outro lado, a vulnerabilidade processual pode ser constatada em controvérsias que sequer envolvam vulneráveis materiais (p. ex., litígio de uma empresa de um pequeno comerciante contra uma grande corporação que lhe fornece insumos). Em ambas, contudo, há uma identidade quanto ao *déficit* de um determinado elemento (informacional, técnico, jurídico etc.) e uma situação de *desequilíbrio*[240] a justificar a tutela do Estado – neste ponto, sabe-se que é muito difícil haver igualdade plena entre as partes[241], tratando-se este desequilíbrio como aquele hábil a prejudicar o exercício adequado de um direito.

A distinção entre a vulnerabilidade material e processual é importante para o exercício dos poderes do juiz em ações de revisão de contratos.

1. Vulnerabilidade Material. A vulnerabilidade material serve principalmente como balizador do exercício do poder de decisão do juiz, especialmente ao analisar o cabimento da revisão judicial e sua dosagem à luz da fragilidade de um determinado contratante e o desequilíbrio da relação jurídica contratual debatida. A ideia central da análise da vulnerabilidade material consiste em aferir se as partes contratantes assumiram riscos equânimes em estado de paridade ou, ainda que não tenham assumido riscos equiparáveis, se podem ser consideradas cientes da álea contratual do negócio por elas entabulado.

É comum que a vulnerabilidade seja exemplificada com referências à posição de consumidores (em contratos de consumo) e aderentes (em contratos de adesão), mas estes são apenas alguns exemplos de situação de vulnerabilidade material. Pessoas físicas e jurídicas assistidas por advogados ou departamentos jurídicos têm mais chances de antever e sopesar riscos do

---

[240] Não obstante não especifique a diferenciação entre os conceitos de vulnerabilidade material ou processual, DIDIER também caracteriza o conceito de vulnerabilidade pelas hipóteses de desequilíbrio, em que *"a negociação não se aperfeiçoa em igualdades de condições" (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 386).

[241] Segundo RAFAEL DE ABREU, seria impossível *"negar a desigualdade e a diferença ínsita a todo e qualquer relacionamento interindividual: os negócios jurídicos, em qualquer ramo do direito, são sempre lavrados por dois ou mais sujeitos que, pela sua natureza, jamais serão iguais"* (A igualdade e os Negócios Processuais, *Coleção Grandes temas do Novo CPC: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol. 1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 294).

que aqueles que celebram contratos sem assistência jurídica. Empresas de grande porte, ainda que não tenham longa experiência em um determinado setor, a princípio, têm a seu favor estrutura técnica e financeira para avaliar as chances de possíveis imprevistos ou elementos extraordinários do que empresas de menor porte. A vulnerabilidade pode, ainda, estar presente em contratações que envolvam empresas grandes e estruturadas – p. ex., uma indústria fabricante de produtos cuja matéria-prima principal seja produzida por uma única empresa em um mercado monopolista.

A importância das características das partes envolvidas tem respaldo também na prática estrangeira e em sistemas distintos do brasileiro. Na Nova Zelândia, por exemplo, adepta do *Common Law*, a jurisprudência[242] destaca a importância de que a análise de contratos leve em conta ter sido celebrado por partes *"sofisticadas e independentemente assistidas"* e do *"caveat emptor principle"* (*"cuidado comprador"*), princípio pelo qual um comprador, por sua posição contratual, deve assumir as responsabilidades pela avaliação da qualidade e adequação dos bens antes da compra.

Em casos de aplicação da teoria da imprevisão, a aferição do elemento da imprevisibilidade ou da extraordinariedade poderão variar conforme o conhecimento informacional de uma parte. Em casos de revisão de relações contratuais de consumo, a análise de tal vulnerabilidade material é relevante, p. ex., para se valorar a interferência na equivalência das condições, especialmente considerando se o consumidor teve acesso às informações suficientes sobre o produto ou serviço no ato da contratação[243] – o que se mostra pertinente também em contratos de adesão (independentemente de se tratar de relação de consumo), que podem evidenciar uma posição de supremacia de um contratante em detrimento do outro[244]. Em relações

---

[242] Cf. ANDREW BECK. Contract. *New Zealand Law Review*, 2010, disponível em Hein Online, p. 225.

[243] Sobre tal ponto, JUDITH MARTINS COSTA destaca que os consumidores são hipossuficientes não apenas do ponto de vista econômico, mas também em relação ao acesso à informação sobre produtos e serviços, dependendo de informações prestadas pelo fornecedor, decorrendo daí a importância da publicidade sob o viés da "*concreta expectativa que gerou, aos destinatários, acerca de seu fiel cumprimento"* (A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, outubro/dezembro 1992, pp. 140-172, item II.26).

[244] Sobre os contratos de adesão, EROS GRAU e PAULA FORGIONI destacam que a estandardização de contratos em determinados mercados faz com que sejam superadas a individualidade e o diálogo negocial (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 38 e 49-50). SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, sobre o tema, afirma que os contratos de adesão *"tornam evidente a posição de supremacia que o economicamente mais forte ocupa em todas as relações contratuais"* (Contratos de Adesão e cláusulas abusivas. *Teoria Geral dos Contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, p. 355). Entendemos, contudo, que a supremacia relevada

interempresariais com partes paritárias, é razoável que se espere, à luz da lógica de organização do mercado e das relações econômicas (critério que será analisado na sequência), que as contratantes, no exercício de suas atividades, atuem de modo a antever riscos, avaliar custos, assumir ônus e buscar a eficiência empresarial, com maximização de ganhos. Nessa tarefa, é razoável a expectativa de que esta contrate empregados, colaboradores, terceiros prestadores de serviços para que cada uma de tais avaliações seja feita, não podendo, como regra, se esperar que tenha sido surpreendida ou lesionada. A tutela jurisdicional se justifica com menor intensidade nesse cenário, reduzindo-se o poder interventivo do juiz. Como regra, essa expectativa não se aplica em relações envolvendo vulneráveis (ao menos não na mesma intensidade), devendo o poder interventivo judicial se manifestar de modo mais incisivo e ativo, na medida da proteção dessa vulnerabilidade.

Nossos tribunais, de alguma forma – ainda que sem uma sistematização do critério – consideram, por vezes, a vulnerabilidade como um critério diferenciador da intervenção judicial em algumas demandas revisionais. Essa diferenciação ficou evidente nas diversas ações de revisão de contratos de arrendamento mercantil de veículos com cláusula de reajuste de parcelas em paridade cambial ao dólar no período de desvalorização do Real em 1999 (o que era admitido pelo art. 6º da Lei nº 8.880/1994, que instituiu o Plano Real), quando ocorreu aumento de parcelas em mais de 70% do valor originalmente pactuado. Apesar de não ter havido um tratamento uníssono sobre o tema em nosso país, o STJ majoritariamente entendeu que a aplicação da cláusula de reajuste vinculado à variação cambial (i) deveria ser reputada válida e eficaz em relações eminentemente civis e (ii) em relações de consumo, o consumidor e o arrendador deveriam suportar, de forma equânime e em concorrência, as consequências da onerosidade, em *"solução de equidade"* pois a indexação conteria um risco inerente à sua própria natureza (não sendo vedado pelo art. 6º, CDC) ao mesmo tempo em que a solução ainda protegeria o consumidor contra uma onerosidade excessiva[245].

---

em contratos de adesão não necessariamente indica uma supremacia econômica, podendo se relacionar a outras fragilidades, como as informacionais ou simplesmente jurídicas e não necessariamente econômicas. Além disso, a forma da adesão não é necessariamente prejudicial. Além de refletir uma previsibilidade nas contratações de um determinado segmento, a padronização permite uma otimização do negócio e pode refletir preços mais atrativos por conta da redução do custo do negócio.

[245] O tema foi objeto de pesquisa por MARIA PAULA BERTRAN, tendo esta, após levantamento empírico, apresentado as conclusões dos tribunais brasileiros acerca da controvérsia (*Análise econômica como critério orientador de decisão judicial, aplicações e limites, estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 2006). A orientação do STJ

Ou ainda, na revisão contratual por lesão, um dos elementos que autoriza a interferência judicial sob tal fundamento é a constatação da *"premente necessidade ou inexperiência"*, além da desproporcionalidade da prestação, de modo que a vulnerabilidade material do contratante é essencial para o exercício do poder de decisão – seja para autorizar a própria revisão, seja para dosá-la, na medida do que a parte vulnerável poderia ou não ter válida e livremente anuído. Aliás, especificamente na lesão, é curioso notar o quanto a vulnerabilidade material sempre foi relevante. O revogado Código Comercial de 1850 previa que a lesão não ensejaria rescisão *"nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes"* (art. 220), confirmando que a presunção de não-vulnerabilidade no âmbito comercial afastaria a interferência judicial.

Sob este aspecto material, o Estado, ao intervir de modo mais incisivo em relações contratuais que envolvem interesses de vulneráveis, o faz para garantir que sua autonomia da vontade não se subjugue, indevidamente, aos interesses do mais forte. Trata-se de, pela via da interferência estatal-judicial, garantir a própria liberdade do vulnerável e, de modo mais amplo, a dignidade humana[246].

A vulnerabilidade processual, por sua vez, é mais notável por seu impacto ao exercício dos poderes de direção e de instrução do juiz em ações revisionais. A este respeito, não custa lembrar que a isonomia em sentido mais amplo (art. 5º, CF) e a paridade e igualdade de tratamento processuais (arts. 7º e 139, I, CPC) devem ter uma leitura voltada à promoção da igualdade na medida das desigualdades dos sujeitos. Nesse sentido, o próprio art. 9º da Resolução 60/2008 do CNJ reafirma que o magistrado deve dispensar às partes igualdade de tratamento, afastando, contudo, do rótulo de tratamento discriminatório o *"tratamento diferenciado resultante de lei"*.

Nesse ponto, já se mencionou no item anterior que, no exercício de seus poderes de direção, é atribuído ao juiz o poder de inverter o ônus probatório pelos arts. 357, III e 373, §1º, CPC, cabendo a este avaliar a "excessiva dificuldade de cumprir o encargo" – campo onde se faz necessária, justamente, a avaliação da vulnerabilidade da parte em fazer uso de determinado meio de prova. Em situações de presunção de vulnerabilidade, como no caso de

---

acima mencionada foi destacada pela autora em sua obra e refere-se ao RESP n 472.592-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 27.02.2003, que, na verdade, é uma decisão monocrática que sintetiza a orientação da 2ª Seção do Tribunal.

[246] A respeito do tema, DANIEL SARMENTO lembra que *"a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis"* (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 262).

relações de consumo, o art. 6º, VIII do CDC prevê a facilitação da defesa do consumidor pela inversão do ônus da prova. Também no poder instrutório tal vulnerabilidade deve ser avaliada. É possível que, por um déficit informacional (e não obstante a exigência de defesa técnica), uma prova essencial ao julgamento da demanda não tenha sido requerida pela parte vulnerável por simples ausência de conhecimento[247]. Em tais situações (e tratando-se de prova necessária e útil ao correto julgamento da controvérsia), nosso sistema autoriza ao juiz que, de oficio, requeira a produção da prova, sem que tal decisão implique qualquer parcialidade ou favorecimento a uma das partes.

Por fim, é importante destacar que a vulnerabilidade – seja material, seja processual – que deve ser ponderada em ações revisionais de contratos não necessariamente se refere estritamente aos litigantes individualmente, mas sim aos sujeitos que possam ser impactados pelos efeitos de tal contrato. Tal consideração é relevante especialmente diante da possibilidade de revisão de contratos em sede de ações coletivas. Notadamente no campo das relações de consumo, é comum que legitimados pleiteiem a supressão de abusividades em contratos de adesão via ações civis públicas, de modo que as determinações de revisão em sentido lato impactam uma coletividade e não necessariamente um ou outro indivíduo. Em tais situações, a vulnerabilidade analisada ganha contornos objetivos, a considerar um *standard* de comportamento médio das partes comumente envolvidas.

8.4. A lógica econômica do contrato no mercado em que se insere

O terceiro grande balizador dos poderes-deveres dos julgadores em demandas revisionais de contratos é a consideração da lógica econômica da contratação, dentro do mercado específico em que esta se insere.

A preocupação refletida por este parâmetro guarda relação com a necessária análise teleológica que deve permear a tutela jurisdicional em demandas que envolvam revisão de contratos. Se o contrato é o instrumento viabilizador da circulação de riqueza, da alocação de riscos e responsabilidades da relação jurídica e da busca de um determinado bem-estar aos seus signatários, esse viés finalístico não pode ser ignorado no processamento e

[247] MAURO CAPPELLETTI, há décadas, já apontava como um dos principais entraves ao acesso à justiça o fato de que nem todos os indivíduos – e, entre estes, o consumidor – possuem a aptidão para reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível e o conhecimento de que poderiam ajuizar uma demanda (*Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 22).

julgamento de demandas dessa natureza. Sob tal aspecto, a busca da racionalidade econômica da contratação é medida essencial ao juiz em demandas revisionais. Como já se disse, trata-se de garantir que a liberdade, o desenvolvimento econômico e o bem-estar que são constitucionalmente garantidos (preâmbulo, arts. 3º, 5º, caput e 170, IV e parágrafo único, CF) sejam, de forma efetiva, conservados e que tal conservação ocorra de modo a respeitar sua lógica, ou seja, o senso racional que se amolda ao seu objetivo. À luz desse escopo, a noção de *eficiência* (maior ganho em resultado, com o menor custo e no menor tempo possíveis) tem papel de extrema relevância como critério limitador da ação judicial – primeiro como balizador do entendimento acerca da formação da relação contratual e, segundo, como balizador da revisão em si (de sua decisão e do modo do processamento para se chegar nessa decisão) (art. 37, *caput*, CF e art. 8º, CPC).

Tal parâmetro está em total consonância com a realização do escopo político e educativo da jurisdição, na medida em que regula as relações do mercado de modo a lhes proporcionar segurança e previsibilidade. Assumindo que vivemos hoje um modelo econômico de prevalência da autonomia[248] (apesar de não ser esta absoluta), o juiz, ao se pautar também pela lógica econômica, dita o funcionamento do mercado que, por sua vez, tende a se amoldar às determinações uniformes e fundamentadas do Poder Judiciário para reduzir seus 'custos de transação'. Essa importância de se considerar a lógica econômica e o mercado em ações revisionais reflete a posição do Judiciário já caracterizada por TÉRCIO SAMPIO FERRAZ JR.[249] como de *"gerência eficiente da questão econômica e social"*, qualificada por uma responsabilidade não só condicional (julgar conforme a lei e a constituição), mas finalista (julgar pata realizar os objetivos legais e constitucionais).

É curioso que a preocupação com a lógica econômica sempre tenha se mostrado, de certa forma, presente em ações judiciais mesmo não havendo uma positivação expressa nesse sentido quando a lei permite a revisão. A Alemanha da década de 20 é um exemplo disso. No período em que o país enfrentou o

---

[248] Sobre o tema, SÉRGIO VARELLA BRUNA faz referência à existência de 3 (três) modelos econômicos: (i) os modelos de tradição – típicos de estrtuturas sociais primitivas, (ii) os modelos de autoridade –que buscam centralizar as decisões políticas e econômicas em uma mesma fonte decisória (ou entidade), e não obstante sejam apontados como típicos de estados totalitários, podem estar presentes em sociedades democráticas e (iii) modelos de autonomia – calcados na difusão e separação das fontes de decisão econômica e política e com enfoque à liberdade de atividade econômica aos particulares na regência de seus próprios mercados (*Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 22-23).

[249] Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação,* vol. 50, jul-set. 2016, pp.391-404, item 2.

caos do pós 1ª Guerra e uma gritante desvalorização da moeda e que se inciaram as discussões sobre o cabimento da revisão judicial de contratos pela via 'aberta' da boa-fé, o Supremo Tribunal alemão entendeu, em ações de locação /arrendamento, que os juízes deveriam encontrar soluções para que os prejuízos decorrentes de fatos supervenientes danosos deveriam ser divididos entre as partes. Contudo, considerando-se que os juízes, na maior parte das vezes, não tinham conhecimentos técnicos necessários para fazer essa 'divisão', criou-se um método judicial pelo qual as partes indicavam um perito e estes se reuniriam com o juiz para que este tivesse condições de determinar os *standards econômicos* que guiariam a decisão do caso. O método não foi bem recebido pelos jurisdicionados e os Tribunais então, para suprir essa necessidade quanto à racionalidade econômica do contrato, passaram a designar um período de suspensão do processo para que as partes (que melhor conheciam a lógica contratual) pudessem apresentar propostas de composição amigável[250].

A análise do viés de *Law and Economics* e os impactos da teoria econômica na solução de conflitos – especialmente contratuais – é de extrema importância nesse sentido[251] A teoria econômica nos ajuda com alguns conceitos essenciais nesta sede.

A lógica econômica a ser analisada pelo juiz ao exercer seus poderes em ações revisionais deve compreender, antes de tudo, (i) qual o *proveito econômico* almejado pelas partes, ou seja, a finalidade pretendida pelos signatários do pacto que, de forma superveniente, se coloca em discussão (*fim*) [252] e (ii) o formato e condições previamente conhecidos e aceitos pelos contratantes para que tal finalidade seja atingida (*meio*). A finalidade, vale lembrar, não necessariamente tem relação com *lucro*, mas sim com proveito,

---

[250] Decisões de 1922, cf. JOHN DAWSON (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, pp. 1054-1056).

[251] A abordagem renderia uma nova tese e não se poderia, neste trabalho, aprofundar o tema a contento. Contudo, sua importância para a delimitação dos poderes-deveres dos juízes em ações revisionais não nos permite ignorá-la por completo.

[252] CELSO PUGLIESE, ao analisar a possibilidade de revisão judicial de contratos por lesão, defende que um dos critérios a ser observado pelo julgador é o da verificação e preservação dos fins econômicos objetivados pelas partes no momento da contratação e menciona que esse critério teria sido desenvolvido na Alemanha, cujo Supremo Tribunal já havia, há muito, entendido ser *"dever do juiz ajudar as partes a realizar o fim econômico que, notoriamente pretendem atingir, ainda que não tenham sabido exprimir devidamente"* (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 207). Neste trabalho, defendemos que a análise da finalidade é apenas um dos elementos da lógica econômica que deve balizar o poder revisional do juiz (a qual engloba o *fim* e os *meios* pactuados pelas partes).

benefício, vantagem, ou, como se prefere designar neste ramo, de *bem-estar*. O meio condensa justamente a alocação de riscos e distribuição de responsabilidades entre os contratantes, para que o bem-estar conjunto seja, ao final, atingido.

Para que possa extrair, de forma correta e fiel, a lógica econômica dos fins e dos meios da contratação, é de suma importância que se considere a cláusula debatida dentro de seu contexto contratual (que pode estar interrelacionado com outras cláusulas não debatidas na demanda revisional), de forma sistemática – ou, utilizando-se a expressão de MIGUEL REALE, considerando o contrato como uma *"unidade normativa"* [253].

Partindo-se de uma aferição prévia da natureza / tipo contratual e sua legislação própria, bem como da ponderação de eventuais vulnerabilidades, o juiz deverá aferir o desequilíbrio, a abusividade, o vício, a desinformação a partir dessa lógica econômica (a racionalidade dos meios e fins da contratação). Aliás, o critério é cumulativo aos anteriores. O fato de haver uma disposição legal qualificando uma conduta como abusiva ou de uma parte ser qualificada como vulnerável não infirma a necessidade de se avaliar a lógica econômica da contratação[254]. Partes vulneráveis podem ter plena ciência, informação adequada e manifestar aquiescência a respeito de uma determinada condição que, sob determinada racionalidade econômica, faça total sentido do ponto de vista mercadológico e, com isso, demande um menor poder interventivo.

O Direito Econômico também nos auxilia com o conceito de *custos de transação* – ou *custo de realização de transações de mercado*, para utilizar a expressão de RONALD COASE. A noção abarca o conjunto de dispêndios dos contratantes com a realização de um dado negócio – os quais incluem não só as despesas com as obrigações assumidas, mas também com estrutura da produção econômica e com os riscos assumidos com a contratação[255]. Ou seja,

---

[253] *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 3.

[254] Nesse mesmo sentido: PAULA FORGIONI destaca que a racionalidade econômica não pode ser desconsiderada "*ainda que determinado ato (praticado de acordo com essa racionalidade) venha a ser considerado ilícito"* (Interpretação dos Negócios Empresariais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 109).

[255] Sobre o conceito de *custo de transação*: SÉRGIO VARELLA BRUNA os conceitua como *"aqueles correspondentes às atividades de celebração dos contratos necessários ao exercício da atividade econômica, incorridos, destarte, ex ante ao estágio de produção propriamente dito, incluindo também as despesas necessárias à execução das obrigações assim contratadas, mesmo quando isso deva ocorrer posteriormente à atividade produtiva. Essa noção compreende, também, as despesas necessárias à negociação dos interesses em conflito, bem como as relativas à organização e articulação dos interessados, com vistas à consecução de seus objetivos comuns"* (*Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 31-32).

a manifestação de vontade do contratante contempla como premissa uma antecedente previsão e distribuição dos riscos da contratação. Significa dizer, por exemplo, que o risco de uma atividade de uma indústria pode ser eventualmente transferida aos consumidores por meio de um aumento de preço[256]. Por tal motivo, o conceito é relevante, p. ex., em ações revisionais de contratos que tenham como fundamento a alteração superveniente de circunstâncias, na medida em que ilustra uma premissa do que foi ou não contemplado pelas partes como integrante do risco contratual assumido e, portanto, previsto. Ou ainda, em ações revisionais de cláusula abusiva em contratos de planos de saúde, se uma determinada vedação à cobertura de tratamentos for reputada nula e a empresa for obrigada a custear tal tratamento não contemplado no risco, tal custo pode ser repassado a todos os beneficiários pelo aumento do preço.

Mas não só. PAULA FORGIONI[257], com total acerto, lembra que *"os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados nos quais os agentes econômicos confiam no comportamento dos outros"*. Apesar de a afirmação se referir à confiança entre os próprios parceiros comerciais, entendemos que a assertiva serve também quando essa segurança e previsibilidade advêm do relacionamento do mercado com o Estado. Confiar que uma determinada prática comercial não seja revista judicialmente elimina a conduta de contabilizar custos de ações judiciais futuras (honorários advocatícios, custas e despesas judiciais, inflação no tempo do processo etc) no preço do negócio.

E ainda, a proposição que se faz aqui é que se considere não apenas a lógica econômica do contrato, em sua individualidade. Em determinadas situações, a racionalidade econômica de uma contratação individual se explica dentro de um contexto maior: do *mercado* em que se insere a contratação (aproximando-se da noção dos *usos e costumes* praticados em um determinado segmento – ou, pelo menos de um *senso comum*[258] do que é praticado em

---

[256] Na década de 60, GUIDO CALABRESI se debruçou sobre o difícil tema da distribuição de riscos em atividades empresariais. Segundo o autor, nem sempre uma indústria ou empresa repassa suas perdas por meio do aumento de preços aos seus consumidores e clientes, como uma forma de distribuição de riscos. Para ele, essa prática pode ser utilizada em mercados mais monopolizados, porém não se sustenta em mercados competitivos (Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal – Faculty Scholarship Series*, volume 70, Março-1961, n. 4, pp. 500-501 e 504).

[257] *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 95. No mesmo sentido, apesar de não se referir expressamente ao custo de transação, RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS defende que a intervenção judicial em contratos sem a devida análise econômica pode ter como consequência um acréscimo de *custo* a toda a sociedade (*Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, p. 28).

[258] Segundo TARUFFO, o raciocínio do julgador considera não apenas os aspectos jurídicos aplicáveis ao caso concreto, mas também o *senso comum*, que abrange as condições culturais em determinado contexto social em um dado momento histórico, a experiência diante de situações específicas e o

determinado ramo). O conceito de mercado é amplamente debatido na doutrina[259] e, neste trabalho, será considerado como o *modo de organização de um determinado setor econômico*.

Ressalte-se que a própria CF, em seu art. 219, tutela o *"mercado interno"* como integrante do patrimônio nacional e o incentiva como palco de desenvolvimento cultural e socioeconômico, do bem-estar da população e da autonomia tecnológica do país.

O exemplo dos contratos de compra e venda de petróleo (geralmente de natureza empresarial e que não conta com a participação de vulneráveis) é elucidativo nesse ponto. Na doutrina internacional, ABDULLAH AL FARUQUE[260] defende que este mercado tem *"previsibilidade restrita"* e, portanto, os contratos são propositalmente lacunosos e com cláusulas abertas para se amoldar ao longo tempo da contratação, sendo desejável, à luz deste mercado, que o poder de revisão do árbitro (ou qualquer indicado pelas partes para solucionar o litígio) deve ser bastante limitado. De fato, a racionalidade econômica de alguns mercados – em especial os inconstantes – demanda que contratações sejam, por vezes, mais abertas e incompletas[261]. Especialmente nestes casos, é importante que o juiz se atenha à lógica do mercado ao ser demandada a sua intervenção, sob pena de se invadir, excessivamente e fora do

---

significado de conceitos para o homem médio. Ou seja, a interpretação do juiz, não obstante se fundamente em princípios e regras jurídicas, também reflete algumas concepções de natureza sociológica e antropológico-cultural. Diante de tal orientação, o autor aponta o equívoco da teoria puramente lógica da decisão judiciária e destaca a complexidade e heterogeneidade da interpretação jurisdicional, que não pode ser reduzida a simples esquemas dedutivos (*Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba, IBEJ, 2001, p. 11).

[259] Para JUDITH MARTINS-COSTA, mercado é o *"regime normativo da atividade econômica"* e, como instituição, seria um *"modelo complexo de comportamento, compreensivo de normas e papéis, marcado pela possível regularidade e submetido a uma difusa aceitação social"* (*A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 283). Segundo PAULA FORGIONI, mercado é *"um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos"* (*Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 25). Em sentido mais amplo, SÉRGIO VARELLA BRUNA desenvolve a noção de *sistema econômico* como *"o modo pelo qual uma sociedade organiza e institucionaliza as atividades de produção e distribuição de bens econômicos, a fim de dar conta das necessidades econômicas manifestadas no contexto social"* (*Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 21).

[260] Possible Role of Arbitration in the Adaptation of Petroleum Contracts by Third Parties, *Asian International Arbitration Journal*, volume 2, number 2, 2006, p. 154.

[261] Nesse mesmo sentido: MARIA PAULA BETRAN, para quem *"a incompletude do contrato é por vezes a alternativa mais barata para a viabilidade da relação econômica que se estabelece entre os contratantes" (Análise Econômica como Critério Orientador de Decisão Judicial: aplicações e limites. Estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 41).

escopo jurisdicional, espaço que deveria ser preenchido tão somente pelas partes.

No Brasil, a análise da contratação à luz do mercado também é, por vezes, considerada. Isso ocorreu, por exemplo, com a questão da abusividade da "cláusula de tolerância" em contratos de compra e venda de imóvel na planta que permite o atraso na entrega das unidades em até 180 dias da data pactuada. A validade de tal cláusula em contratos de consumo já havia sido reputada válida pelo TJSP por meio da Súmula 164 e foi ratificada em 2017 no âmbito vinculante de IRDR[262]. Mesmo considerando a natureza consumerista de tais contratos e reconhecendo a vulnerabilidade do adquirente (não obstante reconheça que não há surpresa em seu desfavor), o TJSP considerou que a cláusula reflete *"praxe arraigada e aceita pelo mercado imobiliário"*, sendo esperado que no segmento de construção, haja obstáculos às atividades (aquisição de materiais, mão-de-obra, autorizações do Poder Público e empecilhos climáticos) e que *"os usos e costumes se encarregaram dessa a função de fonte normativa secundária de tornar tal prazo socialmente aceito e já incorporado nas expectativas e na confiança dos contratantes"*.

A evolução de um determinado mercado é importante não apenas para a extração da racionalidade do funcionamento dos agentes econômicos, mas também sob sua perspectiva histórica. Em ações revisionais fundadas na imprevisão, por exemplo, a imprevisibilidade flutua no tempo e conforme marcos temporais de impacto econômico em cada mercado – como se verá, eventos podem ser considerados como imprevisíveis em um determinado momento histórico ou em um determinado segmento mercadológico e não sê-lo em outros períodos ou mercados. Uma cláusula contratual de plano de saúde pode ser considerada abusiva e nula ao impedir o custeio de próteses ou medicamentos que a ciência comprovou essenciais à saúde, mas tais cláusulas poderiam não ser reputadas abusivas em época em que a tecnologia médica ainda não havia comprovado a pertinência do uso de tais próteses ou medicamentos, sendo a nulidade um reflexo do estado da arte na indústria.

O tempo em cada mercado é, portanto, elemento importante da racionalidade econômica que o juiz deve perseguir em demandas revisionais.

---

[262] TJSP, IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 31.08.2017, DJe 15.09.2017. Neste âmbito foi aprovada a tese jurídica (tema 1) de que *"É válido o prazo de tolerância, não superior a 180 dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível"* (tese transitada em julgado em 01.12.2017).

Tal racionalidade contratual – a lógica das partes e do mercado, conforme sua natureza e seu tempo – anda em conjunto com a ideia de *eficiência* que, como já se disse, tem uma importância bifacetada em demandas revisionais.

Primeiro porque a observância desse binômio ao se prestar a tutela jurisdicional é essencial para que o provimento se mostre minimamente útil à pacificação social (daí porque também relacionada ao escopo social da jurisdição). Se o Judiciário não buscar entender a *eficiência* que foi almejada pelas partes na estruturação do negócio, corre-se o risco de ser mais interessante a estas que o negócio seja desfeito e não revisado[263]. Por óbvio, as partes geralmente têm mais conhecimento da lógica econômica de suas contratações do que o juiz (especialmente em contratos complexos). Sendo, contudo, um dos parâmetros recomendados à limitação do exercício dos poderes-deveres judiciais, propõe-se uma dupla dedicação dos sujeitos processuais para que tal lógica seja considerada – de um lado, as partes devem exercer o ônus de expor em juízo o racional da contratação para que este seja considerado no julgamento do pleito revisional; por outro lado, o juiz cooperativo deve esclarecer às partes essa preocupação com a lógica econômica como norteador de seus poderes, demandar a vinda de informações econômicas relevantes ao caso e, se oportuno, determinar a produção de provas nesse sentido, tudo isso pautado pela devida motivação de suas razões.

Em segundo lugar, a eficiência é um mandamento para que o juiz, enquanto agente público, ao determinar as medidas acima, o faça do modo mais *eficiente* dentro do processo (art. 8º, CPC e art. 37, CF). Ou seja, a busca desse "entendimento" da lógica econômica no âmbito processual para que o juiz decida sobre um substitutivo do conteúdo contratual deve buscar o resultado mais adequado, com o menor custo possível e no menor tempo possível. Como se apontou no item 8.1, a soma de todos os critérios ora propostos, aliada à razoável duração do processo (que, ressalte-se, não se confunde com *celeridade* pois significa a duração mais curta possível com a maior segurança jurídica e suficiência das provas e meios de defesa cabíveis),

---

[263] Em elucidativo e rico trabalho sobre a importância da análise econômica sobre as decisões judiciais, MARIA PAULA BETRAN destaca, com acerto, que *"o exercício do juiz é o de estabelecer a solução que as próprias partes teriam estabelecido, caso tivessem estipulado um tratamento expresso para a contingência não especificada no contrato"* e que é dever do juiz decidir "*tendo em mente como se dará a manutenção do relacionamento das partes no dia seguinte à decisão judicial"* (*Análise Econômica como Critério Orientador de Decisão Judicial: aplicações e limites. Estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, pp. 45-46).

leva à *decisão de mérito justa e efetiva* prevista no art. 6º do CPC[264]. Vale dizer, a iniciativa da produção de prova deve ser pertinente e útil a auxiliar no entendimento da lógica econômica (e dos outros aspectos necessários ao conhecimento dos fatos), a atribuição do ônus probatório deve observar a menor onerosidade possível às partes, a modificação de prazos deve ser adequada à luz da complexidade da demanda, entre outras atribuições que o juiz deve exercer sempre com o viés de que o instrumento processual sirva aos seus propósitos.

De todo modo, apesar de nos auxiliar em diversos e relevantes aspectos, entendemos que a estrita aplicação da lógica econômica não pode ser empregada, sozinha, como balizador dos poderes-deveres do juiz em ações revisionais de contratos. Isso porque, se, por um lado, a eficiência defendida pelo direito econômico nos permite guiar a atuação jurisidicional conforme o mesmo racional empregado pelas partes, por outro, a visão estritamente racional não nos permite compatibilizar a análise teleológica do contrato com sua análise axiológica, igualmente necessária a uma tutela jurisdicional justa.

A crítica aqui se mostra alinhada com a opinião de algumas vozes da doutrina quanto à própria falibilidade do direito econômico como única via de análise. Expressão da Escola de Chicago, RICHARD POSNER[265] defende uma análise econômica do direito pautada pelo método do *juiz pragmático*, entre outros métodos. É comum, também, nesta seara a invocação ao *"ponto ótimo de Pareto"*, doutrina que prega o equilíbrio ideal de eficiência mediante o melhor aproveitamento possível dos bens econômicos[266]. Todas essas orientações têm como enfoque o enaltecimento da *eficiência*. A visão estritamente econômica do direito é, contudo – e com razão – criticada. Nesse sentido, RONALD DWORKIN[267] critica o posicionamento de POSNER quando este defende que o bem-estar de uma sociedade é maximizado quando cada recurso está nas mãos de alguém que pagaria mais do que qualquer outro para possuí-lo, uma vez que tal conclusão desconsidera as desigualdades sociais e, apesar de a eficiência econômica ser uma meta coletiva, esta meta poderia ser qualificada por outros balizadores como a igualdade e a distribuição dessa eficiência. Ainda em cenário internacional e sob a ótica do direito canadense,

---

[264] No mesmo sentido, o art. 111 da Constituição federal italiana remete ao conceito de *giusto processo.*

[265] *How judges think*, Cambridge – Massachusetts, Harvard Press, 2008, pp. 230 e 246.

[266] Nesse sentido: SÉRGIO VARELLA BRUNA (*Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 24).

[267] *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 143 e 153.

MICHAEL J. TREBILCOCK[268] defende que operar com uma visão única do mundo é *autodestrutivo*, e nesse contexto, afirma que é empobrecida a visão dos economistas de apenas se preocuparem com a maximização do valor total dos recursos sociais, sem se importar em como são distribuídos, se estão contribuindo para tornar melhor a vida dos indivíduos e se estão impactando economicamente a comunidade. Por outro lado, também pondera que os teóricos preocupados apenas com a justiça distributiva acabam por discutir apenas a *distribuição* de riqueza, sem se preocuparem com o problema anterior de sua *criação* e que aqueles que enfatizam apenas a solidariedade, acabam por negligenciar a importância da autonomia da vontade e liberdade, tornando-se autoritários, excludentes e repressivos.

Justamente por conta de tais ponderações é que se propõe que a racionalidade econômica e a socialidade andem de mãos-dadas e sejam cumulativamente avaliadas na prestação da tutela jurisdicional. Vale dizer, em demandas revisionais de contratos, além de se pautar pela natureza / tipo da contratação e suas disposições legais aplicáveis e pela vulnerabilidade dos sujeitos impactados pela contratação, o juiz deve avaliar a lógica econômica do contrato sempre aliada ao elemento do impacto da contratação ao interesse público, como se passa a demonstrar a seguir.

8.5. A adequado do contrato ao interesse público

8.5.1. A noção de interesse público

Por fim, o quarto e último elemento sequencial e cumulativo hábil a balizar a limitação dos poderes do juiz em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos é a ponderação do impacto (na verdade, sua conformidade) ao interesse público.

Como já se destacou, no fim do século XX, a globalização econômica trouxe como uma de suas consequências o novo posicionamento do Estado

[268] *The limits of freedom of contract*, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 248. No Brasil, MARIA PAULA BETRAN, em trabalho voltado especificamente à revisão de contratos de arrendamento vinculados ao dólar, conclui que *"o uso de elementos econômicos como critérios justificadores de decisões judiciais é teoricamente possível e faticamente falho"* pois o juiz levaria em conta, ainda que inconscientemente, sempre outros elementos como o senso moral, critérios sociais, políticos, entre outros (*Análise econômica como critério orientador de decisão judicial, aplicações e limites, estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 2006).

frente a questões políticas, econômicas e sociais, em escala que, inclusive, ultrapassa os limites das nacionalidades. Um dos efeitos desse fenômeno foi a perda de uma divisão mais clara e demarcada entre interesses privados e interesses públicos, entre o individual e o coletivo. De fato, hoje essa classificação é muito tênue e repleta de espaços cinzentos. A fixação de taxas de juros em contratos individuais pode impactar a política econômica. A relação empresarial entre pessoas jurídicas de determinada cadeia de fornecimento pode conduzir a discussões concorrenciais de extrema importância no mercado. Uma simples locação de estabelecimento comercial pode implicar abusividade à liberdade de atividade empresarial.

Apesar dessa inevitável interferência, é possível traçar uma distinção geral.

Há quem considere o *interesse público* como coincidente à noção de *interesse social* e em contraposição ao *interesse particular*[269]; outros relacionam o interesse público ao direito de natureza pública (constitucional, administrativo, tributário etc) em distinção ao conceito de interesse social[270]; outros ainda o colocam em contraposição não ao interesse privado, mas sim ao interesse individual[271].

Neste trabalho, a noção de interesse público será empregada em contraposição aos interesses eminentemente particulares e em caráter amplo a abranger a noção de interesse social (ou interesse de relevância social), emprestando-se aqui o conceito desenvolvido por J. J. CALMON DE PASSOS[272] no sentido de que o interesse público é aquele *"cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde".*

---

[269] Cf. TEORI ZAVASCKI (*Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 50).

[270] Ao tratar sobre o processo civil de interesse público, CASSIO SCARPINELLA BUENO defende que este "*é sinônimo de processo civil voltado à resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito material público"* (Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 24).

[271] CARLOS ALBERTO DE SALLES desenvolve a noção de processo civil de interesse público (com influência da expressão *public interest litigation* dos EUA), onde a ideia de público se contrapõe não ao privado e sim ao individual, indicando *"interesses pertencentes à generalidade das pessoas"* (Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Carlos Alberto de Salles (Coord.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 40).

[272] A expressão foi definida em obra intitulada 'Intervenção do Munistério Público nas causas a que se refere o art. 82, III do CPC' (RF, v.268, n. 916-918, p. 55), citada por TEORI ZAVASCKI (*Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 51).

É importante não confundir a classificação do interesse em *público x privado* com o processo que tenha por objeto interesses ou direitos *coletivos x difusos x individuais*. Segundo KAZUO WATANABE[273], o *"interesse coletivo em sentido estrito significa interesse pertinente a um grupo, classe ou categoria de pessoas, ao passo que interesse coletivo em sentido amplo é interesse de toda a comunidade, da coletividade inteira".* O próprio CDC (art. 81) conceitua os interesses ou direitos como (i) *difusos* como aqueles transindividuais indivisíveis de titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, (ii) *coletivos* como os transindividuais indivisíveis de titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e (iii) *individuais homogêneos*[274] como os decorrentes de origem comum – os quais podem, por suas proporções, caracterizar *megaconflitos*[275]. Em resumo, os direitos coletivos abrangem os interesses coletivos e difusos (transindividuais) e são discutíveis em processo de defesa coletiva. Os direitos individuais são aqueles direitos subjetivos divisíveis e havidos por titulares determinados e relacionáveis com o objeto do direito divisível. Estes, apenas quando detidos por um número considerável de titulares em situação de afinidade/similaridade, podem ser qualificados como direito individual homogêneo e, consequentemente, justificar defesa coletiva[276] (não obstante sua natureza individual).

A distinção é relevante para o trabalho, mas não para fins de aferição do interesse público. Isso porque, as ações revisionais de contratos, pela

---

[273] Processo civil de interesse público: introdução. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 15.

[274] CARLOS ALBERTO DE SALLES, ao falar da tutela dos direitos individuais homogêneos por processo coletivo, destaca que não se trata de *"defesa de direitos coletivos, mas de defesa coletiva de direitos individuais"* e que estes são *"direitos individuais (...) partíveis, aos quais o ordenamento concede a possibilidade de defesa coletiva em razão de possuírem uma origem comum"* (Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 804). A mesma ideia é reproduzida por TEORI ZAVASCKI (*Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 39).

[275] Expressão utilizada por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO para denominar os processos que se caracterizam (i) pelo número expressivo dos sujeitos concernentes, a impossibilitar o simples litisconsórcio (interesses individuais homogêneos) ou (ii) pela expansão e complexidade da controvérsia, cuja resolução produz efeitos sobre largas coletividades (interesses coletivos em sentido estrito ou difusos) (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Tese de concurso público para provimento de cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 65).

[276] É criticado o empregado de ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, sugerindo-se a expressão "ação coletiva" ou "ação civil coletiva" conforme nomenclatura proposta pelo capitulo II do título III do CDC e pelo art. 91 do CDC.

divisibilidade de seu objeto e determinabilidade de seus sujeitos, quando envolverem discussão que atinja número considerável de titulares, terão por objeto interesse individual homogêneo[277] e não coletivo, influenciando a legitimação para ação e os efeitos da sentença, conforme se verá.

Feitos tais esclarecimentos, o último grande limitador do exercício dos poderes do juiz em demandas revisionais de contratos, portanto, após considerar as disposições legais atinentes à natureza contratual e ao tipo de contrato, a vulnerabilidade das partes impactadas pela contratação e a lógica econômica do contrato dentro de seu respectivo mercado, é ajustar a conformidade da tutela jurisdicional revisional ao interesse público, este considerado como aquilo que é caro, adequado e oportuno aos interesses da sociedade como um todo.

Na Polônia, por exemplo, o código civil, ao prever o cabimento de revisão judicial na hipótese de modificação de circunstâncias, estabelece que os tribunais poderão promover a revisão do modo ou valor de prestações contratuais em conformidade com *"principles of community life", cf.* art. 357(1)[278].

No Brasil, apesar de não haver disposição legal expressa e direta que introduza essa limitação especificamente voltada à revisão de contratos pelo judiciário, temos diversas noções positivadas em nossa CF, no CC e no CPC que servem a este propósito de garantir o interesse público. A nossa Constituição Federal, nesse sentido, fez uma escolha política em termos de organização do próprio Estado que, se de um lado encampa práticas liberais, de outro, não permite liberalismos incondicionais. Nossa Carta Magna garante uma livre concorrência e a liberdade de atividade econômica (art. 170, CF),

---

[277] A natureza como interesse individual homogêneo foi confirmada expressamente pelo STJ, por exemplo, *(i)* em ação civil pública ajuizada por sindicato para promover revisão de cláusulas de contratos de cédula rural entre banco e filiados do sindicato, confirmando-se a legitimidade do sindicato para tutela desse interesse (STJ, AgInt no REsp 1.377.411-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 27.06.2017), *(ii)* em ação civil pública ajuizada pelo MPF em face de plano de saúde, visando ao reconhecimento de nulidade de cláusula contratual que afastava cobertura de prótese (lentre intraocular) em cirurgia de catarata antes da Lei n 9.656/1998 (STJ, REsp nº 1.473.846-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 21.02.2017), *(iii)* em ação civil pública movida pelo MPF contra a União, ANATEL e concessionárias para declarar nulidade de cláusula de contrato de adesão para aquisição de linha telefônica (STJ, AgRg no RESP nº 1.221.289-PR, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª T., j. 23.06.2016), *(iv)* em ação civil pública movida pelo MPE de São Paulo em face de operadora de telefonia, em que pleiteia introdução de cláusula em contrato de adesão quanto ao prazo de entrega de produtos e multa moratória de 2% do valor do contrato (STJ, AgRg no AREsp nº 255.845-SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 07.05.2015), entre outros.

[278] Também referido por RAFAL KOS e MACIEJ DURBAS *(The arbitrator's (perceived) power to revise a contract vs the power of the public policy clause*, 2014, disponibilizado em **https://www.kkg.pl/publikacje/** , acesso em 20.10.2017, p. 141).

mas ao mesmo tempo exige o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CF); tem como objetivos garantir o desenvolvimento nacional, mas não sem o objetivo de reduzir desigualdades (art. 3, CF). Da mesma forma, nosso legislador infraconstitucional garante a liberdade de contratar, mas a limita à observância da boa-fé (art. 422, CC) e da função social do contrato (art. 421, CC) e, ainda, no art. 2.035 do CC é expresso ao estabelecer que *"nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como (...) a função social da propriedade e dos contratos".* No âmbito estritamente processual, o art. 6º do CPC é bem claro ao prever que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, *"atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum"*.

Além disso, tais parâmetros ditam não apenas a conduta dos cidadãos, em suas atividades cotidianas e empresariais, mas também servem de parâmetro limitador ao exercício dos poderes-deveres do juiz, ao no exercício da judicatura, pacificar conflitos.

No âmbito material, tais guias servem ao próposito de conduzir a atuação jurisidiconal principalmente no âmbito de seus poderes de decisão (solução jurídica de direito material). No âmbito processual e especialmente voltados para o exercício dos poderes-deveres de direção e de instrução do processo, alguns limitadores de interesse público que devem pautar a atuação do juiz são a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF e art. 4º, CPC – esta entendida como a solução ótima entre a duração mais célere possível com a maior adequação possível à complexidade e às peculiaridades de cada caso), a boa-fé processual inserida dentro da noção de processo cooperativo (arts. 5º e 6º, CPC), a busca dos fins sociais e do bem comum, com a observância da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência (art. 8º, CPC), entre outros.

É por meio da aplicação desse critério limitador dos poderes do juiz em revisões contratuais que o Poder Judiciário, como verdadeiro agente regulador do mercado tal como se destacou anteriormente, apara arestas da liberdade contratual que estejam em conflito com preocupações afetas à toda a sociedade. Ao promover, no último passo do exercício do poder revisional, essa 'lapidação' reflete, uma autorização que se dá ao Poder Judiciário para que se valha do meio processual para aplicar a *ideologia*[279] eleita pelo Estado como a

[279] Segundo TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ideologia é *"uma forma de avaliação dos valores em jogo numa interação, que permite estabelecer hierarquia entre eles"* e a expressão *interação* é empregada no sentido de *"troca contínua de mensagens"* e o autor afirma que a intervenção do Estado no domínio econômico é uma espécie de interação (Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de Direito Público RDP* 47-48/261 jul.-

mais desejável à sociedade. CLÓVIS COUTO E SILVA[280], sobre essa interferência, destaca que o Estado, ao assim fazer, edita *"legislação marginal ao fenômeno sociológico do mercado"* e ajusta os negócios privados *"aperfeiçoando-os à política governamental".*

O interesse público, neste ponto, nos parece ser um importante marco para que, em definitivo, afastemos a *disponibilidade* do interesse material como fundamento da maior ou menor intervenção judicial em relações contratuais. Na verdade, não nos parece ser o nível de disponibilidade do direito material o grande 'dosador' do poder interventivo do Estado em relações contratuais. Os limites dessa interferência judicial são pautados pela disposição legal atribuída a cada natureza ou tipo contratual, pela vulnerabilidade dos envolvidos, pela lógica econômica do negócio submetido a juízo e ao final, arrematados pelo último e decisivo limite do interesse público. Vale dizer, o último parâmetro limitador da atuação jurisdicional em relações contratuais é balizado por aquilo que o Estado, por sua ideologia, considera ser essencial, indispensável e caro à proteção da sociedade de um modo geral e da coletividade humana, independentemente de tal discussão envolver um direito disponível ou não disponível.

Na seara constitucional, o assunto já foi abordado quando se discute contratações envolvendo direitos fundamentais. DANIEL SARMENTO[281] está alinhado com a orientação acima e chega a afirmar que o que define a proteção da autonomia privada é o envolvimento de *"bens de caráter supérfluo para a personalidade humana"* de modo que, quando maior for o envolvimento de um bem *"essencial para a vida humana, (...) menor a tutela da autonomia privada"* - e exemplifica dizendo a aceitação de alunos em escolas enseja uma maior limitação à autonomia privada do que a aceitação de clientes em boates.

Como se vê, se o critério limitador do interesse público se preocupa com a proteção de valores da coletividade, não é a disponibilidade do direito envolvido que determina essa 'lapidação' feita pelo poder interventivo do juiz. De um lado, mesmo quando se tratar de direitos fundamentais (reconhecidamente indisponíveis), há doutrina que reconhece que seus aspectos patrimoniais seriam disponíveis[282]. De outro lado, mesmo quando estamos

---

dez./1978. Republicado em *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 6, maio 2011, pp. 785-802, item 1.3).

[280] *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 17.

[281] *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 180 e 268.

[282] O tema será abordado com mais detalhes em item pertinente à questão da renúncia à intervenção judicial e seu (des)cabimento à luz da discussão sobre renúncia a direitos fundamentais.

diante de direitos disponíveis é possível que a contratação venha a se voltar contra interesses que afetam a coletividade e, pelo critério do interesse público, admitiriam intervenção judicial. É o que ocorre com diversas contratações eminentemente privadas, individuais[283] e que envolvem direitos, a princípio, disponíveis mas que podem ter impacto na sociedade pelo seu interesse público, quando falamos sobre mensalidades de escolas privadas, contratações de financiamento para habitação, entre outros.

Sobre o tema, aliás, remetemos a um exemplo[284] de interferência judicial em contratos de seguro-saúde, em que o TJSP determinou a nulidade de disposição contratual que vedava custeio de medicamento importado sob o argumento do *mínimo existencial*. O TJSP considerou que, mesmo havendo a permissão de exclusão de cobertura de medicamentos não nacionalizados pela Lei dos Planos de Saúde (legalidade), por se tratar de consumidores e de contrato de adesão (natureza contratual e vulnerabilidade), a cláusula violaria a função social ao se equiparar a função dos planos de saúde com os individuais à função do Estado de garantir direitos fundamentais, o que justificaria a intervenção sob a justificativa do mínimo existencial (interesse público). Neste caso, a lógica da contratação não foi analisada e poderia ter alterado a valoração do interesse público, pela via da função social (pois o custeio afeta o preço do serviço a todo o grupo e pode impedir o acesso de outros consumidores)[285]. Contudo, o fato é que se reconheceu a interferência judicial, mesmo se tratando de direito disponível de um particular.

O exemplo é importante para reafirmarmos que a análise do interesse público ande sempre de mãos dadas com os critérios anteriores ora propostos e,

---

[283] Sobre o tema, BEDAQUE afirma que *"não é, pois, a natureza individual ou coletiva do interesse protegido que caracteriza o direito como público ou privado"* (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 33). No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO DE SALLES destaca que *"a tutela individual é uma fonte geradora de injustificáveis assimetrias entre sujeitos titulares e iguais direitos"* (Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 815).

[284] O exemplo foi abordado em artigo bastante breve e pontual que teve por objetivo analisar o controle judicial de políticas públicas, sob o viés dos critérios do mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade (BEATRIZ VALENTE FELITTE. Atuação do juiz brasileiro na intervenção em políticas públicas: o controle jurisdicional na ordem econômica e financeira. *Revista de Processo*, ano 42, v. 264, fevereiro 2017, p. 343-344).

[285] MIGUEL REALE, já na década de 90, havia destacado essa relevante questão ao analisar consulta em que plano de assistência médica questionava a viabilidade de exclusão de cobertura de transplante de órgãos. Naquela oportunidade, o autor destacou a importância de os Tribunais se atentarem ao *"equilíbrio econômico do contrato"* e à sua *"equação financeira"* para que fosse necessariamente considerada a importância de se "*preservar as condições de sobrevivência de uma associação que presta relevantes benefícios a milhares de sócios* (*Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 106-108).

em especial, não se discuide de apreciá-lo em conjunto da racionalidade econômica da contratação para que a função social são seja analisada apenas sob uma perspectiva e o juiz cuide de ponderar se o prejuízo à lógica econômica e ao mercado não implicarão desconformidade maior ainda ao interesse público[286].

8.5.2. A boa-fé e a função social

Uma das preocupações de caráter de ordem pública (e de interesse público) que se mostra de extrema relevância em demandas que tenham por objeto a revisão de contratos é a observância da boa-fé objetiva e a função social, apontados pelos arts. 421 e 422 do CC como limites à liberdade contratual e tidas também como guia interpretativa a julgadores. Não são as únicas mas são, em relações contratuais, de incontestável destaque.

Quanto à boa-fé, CLOVIS COUTO E SILVA[287] muito antes da positivação do conceito de boa-fé objetiva pelo CC, já destacava que *"a boa-fé dá o critério para a valorização judicial"*, permitindo a flexibilização até mesmo de outros princípios quando parametrizados com essa *"regra ética"*. Nesse mesmo sentido, RUY ROSADO DE AGUIAR JR. também destaca que, na análise da função econômica do contrato *"a balança deve pender para a solução que preserve a ética"*[288]. De fato, a boa-fé objetiva, enquanto dever de conduta a ser observado pelos contratantes, tem diversas funções[289] e uma delas é, justamente, a de servir de parâmetro limitador para decisões judiciais que julguem a revisão do contrato. Ao apreciar demandas revisionais, a tutela jurisdicional jamais pode encampar uma solução contratual que não se adeque à noção de boa-fé.

---

[286] CELSO PUGLIESE enfrentou essa questão e defendeu que *"a revisão judicial das relações jurídicas não deverá, contudo, se transformar em instrumento de realização de políticas sociais (...) sob pena de violação de bens jurídicos maiores"* (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 219).

[287] *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 42.

[288] *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 235.

[289] Segundo RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS, a cláusula geral de boa-fé objetiva nas relações contratuais tem 3 (três) funções: função interpretativa, função integrativa (supressão de lacunas) e função corretora – esta última serviria ao controle judicial das manifestações de vontade contratuais e, nessa atividade, o *"juiz deve observar o Bem Comum a ser alcançado e a justiça ao caso concreto"*, pautando-se pelos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (*Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, pp. 75 e 96).

JUDITH MARTINS-COSTA[290], com maestria, destaca que o princípio da boa-fé como um *standard de conduta,* tem (i) nas relações de consumo, uma função corretora do desequilíbrio contratual e pautada pela ideia de transparência, dissipada por meio de *informação qualificada*, a ser averiguada conforme o público e o setor social afetado pelo mercado de consumo e dirigido ao público médio desse mercado e (ii) nas relações interempresariais, um sentido do viés de confiabilidade, credibilidade e previsibilidade, valorizando-se a possibilidade de cálculo do risco. A diferenciação trazida pela autora em termos mais gerais é elucidativa quanto à necessidade de que a natureza contratual, a vulnerabilidade, a lógica econômica e o interesse público caminhem lado a lado na condução de demandas revisionais em juízo. O critério da boa-fé, como integrante do parâmetro limitador do interesse público, tem vieses diferentes a depender da relação contratual, da posição das partes e do risco que cada uma delas assumiu, de modo informado e ciente, no momento da celebração.

Mesmo em relações de consumo que contemplem uma vulnerabilidade presumida, quando a informação adequada sobre o produto/serviço, as condições contratuais e seus riscos for efetivamente prestada e a relação, portanto, gozar de harmonia quanto às expectativas que as partes têm em relação à finalidade do negócio, é sem razão um potencial e futuro pleito de nulidade por abusividade. Nesta hipótese, a intervenção judicial pela via da revisão dos pactos acabaria por violar a própria boa-fé objetiva (que também é destinada ao consumidor) ao interferir na relação contratual, ao permitir condutas destoantes do *dever de coerência* que deve pautar as relações jurídicas.

A boa-fé, contudo, contém um duplo direcionamento ao juiz em demandas revisionais de contratos. O primeiro viés é o material que se acabou me mencionar acima, sob a perspectiva da guia condutora da análise da relação contratual que está sub judice – ele limita o caminho do poder de decisão. O segundo viés é processual, que deve guiar a conduta do próprio juiz no exercício de sua função judiciante, nos termos do art. 5º, CPC. Vale dizer, pautar o gerenciamento do processo com transparência, de forma cooperativa, evitando-se decisões-surpresa ou decisões impositivas e não-dialogais que contrariem o propósito da demanda. Especificamente em demandas revisionais de contrato, tal conduta cooperativa e de boa-fé por parte do juiz implica considerar a natureza da demanda, as características das partes, os pleitos

[290] *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 289-290, 303 e 306.

formulados e, com base em tal cenário, dialogar com as partes envolvidas para que possa compreender a lógica econômica da contratação e avaliar se ela, de alguma forma, fere algum comando protetivo do interesse público. Nesta tarefa, o juiz tem um dever peculiar de demandar esclarecimentos: é essencial que para intervir em relações contratuais e modificar o conteúdo de uma prestação o magistrado entenda a racionalidade que rege a relação jurídica e, de certo modo, o mercado e suas complexas lógicas. Essa tarefa não é simples e, ao mesmo tempo, qualquer decisão incompleta pode ter o efeito prejudicar não só as partes envolvidas em uma demanda individual, mas o próprio segmento mercadológico. A boa-fé e a cooperação – que se direcionam ao juiz, como sujeito processual – demandam em ações revisionais, portanto, uma iniciativa em solicitar às partes que tragam esclarecimentos sobre pontos dessa lógica econômica, adiantando pontos que podem ser relevantes para se entender a controvérsia e se modificar o conteúdo contratual; em demandas mais complexas, a iniciativa de sugerir audiência aos patronos das partes para que se promova o saneamento compartilhado e, conjuntamente, se discuta a pertinência de provas e próximos passos da demanda; em perícias econômicas, contábeis ou de outras naturezas, a iniciativa de formular quesitos contemplando pontos essenciais para o julgamento ou solicitar esclarecimentos ao técnico, seja indicado pelo juízo, seja indicado pelas partes, entre outros exemplos.

Quanto à função social, TERESA ANCONA LOPEZ[291] nos ensina que esta contempla 2 (dois) tipos de deveres: (i) um positivo, que impõe às partes o dever de realizar função econômica dentro da sociedade, visando *"circular riquezas (...) impulsionando o seu progresso material (...) instalando o bem-estar social"* e (ii) um negativo, que impõe às partes a vedação a *"prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses"*, destacando, com total acerto, que *"a função econômica e a função social devem caminhar paralelamente"*, tratando-se, ambas, como limites (e não como objetivos) do contrato.

Essa noção é extremamente importante para entendermos os exatos limites da atuação judicial em demandas que envolvam a intervenção estatal na autonomia dos contratantes e apenas reforça a proposição feita no presente trabalho de que os poderes do juiz em ações revisionais devam considerar, conjunta e cumulativamente – além da natureza / tipo contratual e suas disposições legais e da vulnerabilidade dos envolvidos – a lógica econômica do

[291] Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 65.

contrato e o seu impacto ao interesse público. Este último critério serve justamente à função de 'aparar arestas' que restaram da prévia análise da lógica econômica da contratação e tem o propósito exatamente de ajustar o debate judicial às conformidades econômicas e sociais.

Não é sem razão o Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil, que estabelece que *"a função social do contrato (...) constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas"*. E o próprio STJ acompanha, por vezes, essa orientação. Em caso clássico de revisão de preço de saca de soja com fundamento na imprevisão, a Min. Nancy Andrighi exarou voto confirmando o descabimento da revisão judicial, não obstante constatado o desequilíbrio, sob o entendimento de que *"a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico"*, destacando ainda que *"ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social"*[292].

O voto nos traz, inclusive, uma importante distinção entre as noções de *solidariedade*, *solidarismo* e *socialidade* no âmbito contratual. A *solidariedade* é um valor constitucional, insculpido como objetivo fundamental do Brasil (art. 3º, I, CF), e está atrelado à ideia de assistência cooperativa entre sujeitos. Não nos parece, contudo, que a solidariedade deva ser um objetivo e tampouco um limite a ser observado como regra geral a toda e qualquer contratação. O *solidarismo* contratual, segundo ARNOLDO WALD[293], seria uma inovação formada pelo tripé função social do contrato, teoria da imprevisão e boa-fé objetiva. A *socialidade* em sede contratual, por sua vez, se refere à limitação imposta – esta sim, em caráter geral – a todos contratantes de observância da função social do contrato, nos termos já apontados acima.

A ideia de revisão do contrato como preferencial, na medida de sua adequação, em relação à sua extinção tem total pertinência com a função social que este instrumento exerce na sociedade. Para que a tutela jurisdicional assegure que essa troca seja *útil* e *justa*, como afirma o enunciado, os critérios limitadores dos poderes judiciais ora propostos quanto ao entendimento da lógica econômica do contrato em seu mercado e ao impacto desse contrato ao interesse público devem, necessariamente, andar de mãos dadas.

O interesse público sob o viés da função social não é um privilégio brasileiro. Atrelada à ideia de sujeição do contrato à sua função social, na

---

[292] STJ, REsp nº 803.481-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007.

[293] O novo Código Civil e o Solidarismo Contratual. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 21, julho-setembro 2003, item 106.

Holanda, a privatista CARLA SIEBURGH[294], defende a ideia de que a sociedade seria um *terceiro implícito* em todo contrato e, com base em tal premissa, afirma existir o chamado *principio da conformidade social* (*principle of social conformity*) como um dos pilares do moderno direito contratual, inter-relacionado à autonomia da vontade e à liberdade de contratação.

Na Alemanha, a Corte Federal Constitucional já decidiu que o princípio da boa-fé é um limite intrínseco à liberdade contratual e, nesta medida, autoriza-se o controle judicial de seu conteúdo[295], sem que isso afete o princípio do *pacta sunt servanda.* Nesse mesmo país, o caso *Volkswagen* de 1951 é emblemático sobre a importância desse interesse público. A empresa anunciou a construção de uma fábrica em 1937 e promoveu a pré-venda de veículos. No total, 336 mil interessados efetuaram o pagamento de mais de 260 milhões de marcos alemães por carros que ainda seriam fabricados. Na sequência, contudo, a fábrica foi confiscada pelo governo para produção de armas e teve 65% da planta destruída após um bombardeio, tendo a Rússia confiscado os mais de 260 milhões pagos pelos adquirentes de carros que ainda seriam fabricados. Nesse cenário, 2 consumidores ajuizaram ação demandando a entrega de seus veículos e, caso necessário, até a revisão de seu preço. Em primeiro grau, se entendeu pela resolução contratual pois o valor do carro seria mais de 4 vezes o preço pago e o tribunal não teria poderes para prever termos não pactuados pelas partes. O Supremo Tribunal Federal alemão, contudo, sob o fundamento da boa-fé, entendeu pelo cabimento da revisão de preço e efetivo cumprimento do contrato. A decisão, contudo, gerou um problema às instâncias inferiores. Isso porque, para a aferição do preço revisado (pela lógica econômica), seria necessário calcular o custo de produção dos produtos, funcionamento da planta industrial, insumos, mão de obra – e tudo considerando a produção não apenas dos 2 veículos, mas de todos os 336 mil adquirentes. Em resumo, a decisão pela revisão e não pela simples resolução criou um problema de grande complexidade – ao juiz, que precisaria de apoio técnico de peritos para a elaboração do cálculo de custo de fabricação dos automóveis; à Volkswagen, que teria que por em funcionamento uma fábrica sem condições físicas e econômicas e ainda teria que computar o risco envolvido não apenas com 2, mas com 336 mil contratantes; aos autores, que precisariam se submeter a complexa prova pericial que retardaria o processo e

[294] The principle of Social Conformity: society as a third party on the law of contract. *The future of European Contract Law*, Holanda, Kluwer Law International, 2007, p. 124.

[295] Cf. HANNES RÖSLER. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 509.

teria por objetivo buscar uma lógica econômica que, certamente, faria disparar o preço revisado do produto (que, ressalte-se, tem natureza fungível)[296].

O exemplo torna evidente a necessidade de preocupação conjunta entre a lógica econômica e o interesse público como essenciais à análise da própria *praticabilidade* da revisão judicial de contratos. A revisão não pode servir a despropósitos. Sem dúvida, a situação acima narrada não se coaduna com a própria finalidade da revisão, que é a conservação de negócios mediante o restabelecimento do equilíbrio – e não a criação de novos desequilíbrios. Além disso, o exemplo nos chama atenção à necessidade de o juiz, no exercício de todos os seus poderes em demandas revisionais – e, em especial, no poder de decisão – guiado pela boa-fé, pela função social e pela razoabilidade, questionar se a revisão (e seus termos) é factível na situação concreta. A pertinência e utilidade da revisão são aspectos de extrema relevância para que a tutela jurisdicional seja reputada como de *resultados justos.*

E a boa-fé, ao ter sido introduzida expressamente no art. 5º do CPC – na verdade, sequer era necessária essa positivação para que tal conduta fosse efetivamente exigida – não se avalia apenas como parâmetro de avaliação ao juiz no exercício de seu poder de decisão revisional. Enquanto sujeito processual, está vinculado a esse *standard* de conduta ao exercer também seus poderes de direção e instrução, o que significa que ao magistrado cabe um dever de, no exercício de tais poderes, agir com transparência, evitar decisões-surpresa, consultar as partes – seja para esclarecimentos em relação ao próprio mérito da demanda, seja para, em conjunto, organizar a melhor forma de marcha processual quando as peculiaridades do caso assim exigirem – entre outras medidas.

Assim como se destacou no âmbito do direito material, a boa-fé no âmbito processual e especialmente quando dirigida ao juiz na condução de seus poderes deve se pautar pela conduta de contribuição à confiabilidade, à credibilidade e à previsibilidade, assim como já se destacou anteriormente. Se, assim como nos constratos, o 'jogo' processual é permeado de riscos aos litigantes, cabe ao juiz, como co-partícipe do instrumento e responsável pela solução da controvérsia, se comporte de modo que essa distribuição de riscos processuais seja feita de forma transparente, ciente e segura, em verdadeira cooperação. Essa cooperação, quando atribuída ao juiz, não afeta sua

[296] Decisão de 23 de outubro de 1951. Cf. JOHN DAWSON (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, pp. 1054-1055).

imparcialidade; sua cooperação é em busca do melhor método para se chegar, no menor tempo e ao menor custo, no resultado mais justo e mais efetivo.

* * *

9. PODER DE DECISÃO: CABIMENTO DA REVISÃO CONTRATUAL

9.1. Hipóteses de Cabimento da Revisão Judicial de Contratos

O primeiro grande questionamento que se pretendeu responder neste capítulo está relacionado ao próprio cabimento do exercício do poder revisional do Estado-juiz: o Estado está autorizado a intervir, por meio da atuação judicial provocada, em relações contratuais firmadas com fundamento na autonomia da vontade e promover a sua revisão mediante a modificação de determinados elementos de seu conteúdo, sem que isso implique violação à liberdade contratual e à obrigatoriedade e relatividade dos contratos?

A resposta é, naturalmente, positiva. Contudo, essa interferência do juiz na relação contratual por meio de sua impositiva e vinculante revisão apenas é admissível nas hipóteses de cabimento expressamente previstas na lei substancial[297] ou, ainda que inexista previsão legal, nas hipóteses em que o próprio contrato firmado entre as partes assim estabeleça (hipótese esta, aliás, que reflete a própria liberdade de contratar prevista no art. 421 do CC e, portanto, advem também de confirmação legal).

Aliás, é na própria legislação material que se encontram não apenas as hipóteses de cabimento da revisão – e, portanto, do próprio exercício de um poder de decisão revisional – mas também dos critérios para a tomada da decisão revisional, seja a depender da natureza da relação contratual (civil, de consumo, empresarial etc), seja a depender do tipo contratual (locação, empreitada, compra e venda etc). Assim, o primeiro grande critério limitador do poder do juiz em demandas revisionais está traduzido na ideia de legalidade, ou seja, no comando expresso que o próprio legislador indicou às determinadas espécies de naturezas e tipos contratuais e ao qual o juiz não pode se fazer indiferente.

Na doutrina civilista há diversos e bons trabalhos que se debruçam especificamente sobre a sistematização das hipóteses de cabimento da revisão

[297] Em sentido mais amplo, HUMBERTO THEODORO JUNIOR afirma que *"o direito moderno, é verdade, em nome da boa-fé objetiva, contempla o juiz com poderes de revisão e dissolução do contrato, quando se torne veículo de abuso de direito ou se verifique a inexequibilidade de seu escopo"* (*O Contrato e seus Princípios,* Rio de Janeiro, AIDE, 2001, p. 87).

judicial de contratos. WLADIMIR CUNHA[298] defende que *"o magistrado somente poderá proceder à revisão de um contrato se este for injusto ou desequilibrado"* e que este *"somente poderá agir quando ocorrente injustiça contratual, a qual, ligada à concepção de desequilíbrio contratual, tem lugar quando presente a onerosidade excessiva (...) e, por vezes, a vantagem exagerada para a contraparte".* Sob este fundamento, o autor aponta como hipóteses "*gerais*" de cabimento (i) as cláusulas abusivas, (ii) a lesão e (iii) a alteração das circunstâncias, compreendendo a teoria da imprevisão do CC e a onerosidade excessiva do CDC, e, em nota, destaca a existência de hipóteses *específicas*, apontando (iv) a revisão de cláusulas penais (art. 413, CC) e (v) a revisão de preço da empreitada (art. 620, CC). Também no âmbito do direito material, PAULO KHOURI[299] classifica as hipóteses de revisão judicial de contratos em *regime especial* (que são previstos para tipos contratuais determinados) e *regime geral* (que seria aquele da "*onerosidade excessiva"* prevista nos arts. 317, 478 e 480 do CC, art. 6º, V do CDC e art. 65, *d* da Lei nº 8.666/93).

No presente trabalho, como adiantado, destacamos a distinção entre as hipóteses de revisão judicial *lato senso* conforme a sua causa, apontando (i) a revisão judicial em sentido estrito, a abranger hipóteses de alterações supervenientes que impactem o equilíbrio contratual – espécie que abrange, p. ex., a teoria da imprevisão e a ideia de onerosidade excessiva encampada pelo CC, a teoria da base objetiva do negócio prevista pelo CDC, a revisão diante de cláusula de *hardship* pactuada pelas partes, a ação revisional de aluguel em locações imobiliárias, a revisão em contrato de empreitada, a revisão de prêmio em contrato de seguro; (ii) a revisão judicial decorrente de causas de anulabilidade, como p. ex. a lesão e (iii) a revisão judicial decorrente de causas de nulidade, como p. ex., a redução de cláusula penal e a modificação de cláusulas abusivas.

Partindo-se dessa classificação, o trabalho optou por abordar algumas das principais hipóteses de cabimento de maior repercussão prática, como se passa a demonstrar.

---

[298] *Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, pp. 107 e 114-115.

[299] *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 28.

9.2. Revisão fundada na Teoria da Imprevisão

9.2.1. A revisão judicial de contratos por imprevisão em diferentes sistemas

O sistema jurídico brasileiro admite como uma das hipóteses de cabimento da revisão judicial de contratos a aplicação da teoria da imprevisão, referida textualmente na letra da lei como onerosidade excessiva. Em aparente confusão encampada pela prática jurídica, é comum serem apontados como fundamentos legais para a aplicação da imprevisão em relações civis o art. 317 do CC e os arts. 478 a 480 do CC.

O primeiro (art. 317), previsto no âmbito do capítulo sobre o adimplemento das obrigações, prevê que *"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"*. Esta disposição teria sido desenhada para combater especialmente a desvalorização da moeda e há quem defenda[300] que se trata de disposição voltada apenas ao desequilíbrio de prestações pecuniárias, com previsão de pagamento em dinheiro.

Os segundos (arts. 478 a 480), previstos no capítulo da resolução por onerosidade excessiva, estabelecem que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o devedor pode pedir a resolução do contrato (art. 478, CC), podendo esta ser evitada *"oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato"* (art. 479, CC). Há, ainda, a previsão de que o devedor pode *"pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva"* (art. 480, CC).

Discute-se se, de fato, as figuras são distintas. Nesse sentido, ÊNIO SANTARELLI ZULIANI[301] defende que o art. 317 é o remédio disponível para os particulares pleitearem a modificação de prestações excessivamente onerosas

[300] Nesse sentido: LAURA FRANTZ (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 216 e 246).

[301] Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*, Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 653.

sem a necessidade de provar o enriquecimento da contraparte, ao passo que o art. 478 seria indicado para a resolução fundada na alteração da base do negócio. LUCIA ANCONA LOPEZ DIAS[302] defende que o art. 478 seria mais abrangente que o art. 317 – este dispensando a extraordinariedade e voltado para a manutenção do valor da prestação em si considerada e aquele voltado ao reequilíbrio do valor da prestação em relação à sua contraprestação.

A similitude quanto à sua finalidade, entretanto, é inegável. Ambas se voltam a admitir que, em sede judicial – note-se que o art. 317 se refere ao *juiz* e o art. 479 faz menção ao *réu* – as partes contratantes discutam a modificação de ajustes contratuais diante de desproporções supervenientes imprevisíveis. Assim, não obstante as diferenças apontadas e de críticas quanto à sua adequação[303], ao nos referirmos genericamente à aplicação da teoria da imprevisão, serão assumidos como fundamentos legais os dispositivos acima invocados, conjuntamente.

A doutrina – a exemplo de JOSÉ FERNANDO SIMÃO[304] – afirma que o ordenamento brasileiro optou por *"atrelar a Teoria da Onerosidade Excessiva à Teoria da Imprevisão",* mesmo não sendo *"sinônimos".* Assim, se pela teoria da onerosidade excessiva exige-se apenas a desproporção onerosa de prestações, a teoria da imprevisão amplia o rol de requisitos para modificação do contrato ao exigir que a onerosidade excessiva tenha como causa eventos extraordinários e imprevisíveis, que modifiquem relações contratuais de duração, as quais, como ensina FERNANDO ARAÚJO[305], geram *"a oportunidade de sedimentação de um ambiente de confiança"* e maior chance de desequilíbrio.

Diante das disposições legais em questão, é possível apontar – com amparo em doutrina[306] relativamente consolidada sobre o tema e, inclusive,

---

[302] Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 368.

[303] Segundo TERESA ANCONA LOPEZ, a teoria da imprevisão seria *"já ultrapassada"* pois a revisão deveria ser possível em função de fatos supervenientes e não incomuns (Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 35).

[304] *A resilição contratual III*, disponível em **http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_resiliacao_03.htm**, acesso em 20.06.2015.

[304] Cf. JOSÉ MARIA OTHON SIDOU. *A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas,* cit., p.21.

[305] *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 385.

[306] Cf. GUSTAVO TEPEDINO (Requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro, *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol. 2, pp. 547-570, nov-2012, item 5, sub-item 4).

aplicada pela prática corrente de nossos tribunais superiores – como *critérios legais* cumulativos para a aplicação da teoria da imprevisão no Brasil: *(a)* a existência de uma relação contratual de execução continuada ou diferida no tempo, *(b)* a ocorrência de um fato superveniente à celebração do contrato, *(c)* a imprevisibilidade do fato superveniente, *(d)* a extraordinariedade do fato superveniente, e *(e)* a comprovação de uma situação de onerosidade objetivamente excessiva a um dos contratantes, em contrapartida a uma situação de vantagem ao outro contratante[307]. Sem a reunião cumulativa de todos os elementos acima no caso concreto, não se configura o cenário necessário para a aplicação da Teoria da Imprevisão e, por decorrência lógica, não se configura como hipótese de cabimento do exercício jurisdicional revisional do contrato.

Tais elementos, que decorrem mais diretamente da leitura literal dos dispositivos legais em questão, não são, contudo, os únicos a ser considerados na avaliação do caso. Além dos critérios expressamente previstos pela norma positivada, há elementos decorrentes de uma interpretação sistemática de nosso ordenamento que influenciam a própria configuração do quadro de imprevisão e devem ser considerados pelo juiz no exercício de seu poder de decisão – constatação esta que encontra firme amparo doutrinário[308]. Nesse sentido, se

---

[307] A título exemplificativo, e sem prejuízo da análise dos precedentes referenciados ao longo do presente trabalho, pode-se mencionar o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, ao analisar a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão em contrato de compra e venda de sacas de soja, concluiu, em linhas gerais sobre o tema, que *"para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão - a qual, de regra, possui o condão de extinguir ou reformular o contrato por onerosidade excessiva – é imprescindível a existência, ainda que implícita, da cláusula* rebus sic stantibus*, que permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida -, se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente"* (STJ, RESP 945.166/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 28.02.2012).

[308] Confirmando a existência de tais elementos *sistemáticos*, ORLANDO GOMES afirma que *"se o contratante concorrer por negligência para que se agrave excessivamente a prestação, o contrato não pode ser resolvido por essa causa"* (*Contratos*. 26ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.215). No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS, RONALDO ANDRADE e FRANCISCO ALVES, afirmam que o contratante em mora não pode pleitear a revisão ou resolução com base na onerosidade excessiva pois *"sua prestação se agravou por sua culpa exclusiva"* (*Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações (Arts. 421 a 578)*, Vol. V, Coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 716). Também GUSTAVO TEPEDINO, a despeito de não estarem previstos no art. 478 do CC decorreriam de interpretação sistemática, como a ausência de mora do contratante que invoca a onerosidade excessiva *"quando da ocorrência do fato superveniente desencadeador do desequilíbrio"* e a ausência de contribuição desse contratante *"para a ocorrência de tal acontecimento"* (Requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro, *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol. 2, pp. 547-570, novembro-2012, item 5, sub-item 4). No mesmo sentido, PAULO KHOURI defende que a *"condução morosa contribuiu para o agravamento de sua própria prestação"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 63).

destacam *(i)* a ausência de mora do contratante que invoca o argumento da imprevisão no momento da ocorrência do evento extraordinário e imprevisto que deu causa à onerosidade excessiva[309] e *(ii)* a ausência de contribuição do contratante que invoca o argumento da Teoria da Imprevisão para a ocorrência ou agravamento do referido acontecimento, como expressão do princípio da causalidade.

A despeito da discussão sobre uma possível ordem de preferência entre a resolução e a revisão do contrato – da qual nos ocuparemos em item pertinente a seguir – é tranquila a conclusão de que, no Brasil, a imprevisão é uma causa de revisão judicial de contratos.

A conclusão, contudo, não segue a mesma orientação em nível internacional – contexto em que a matéria é comumente tratada como *alteração (ou modificação) das circunstâncias*. Aliás, é importante destacar que, em escala internacional, é comum que o tema da revisão judicial de contratos seja abordado sempre sob o enfoque da modificação contratual fundada na alteração de circunstâncias – o que corrobora a nomenclatura ora proposta de que tal causa configura a espécie de revisão judicial em sentido estrito.

É comum entre alguns estudiosos[310] do tema a afirmação de que países de *Civil Law* que admitem a doutrina da teoria da imprevisão / alteração de circunstâncias tendem a permitir a revisão judicial de contratos, ao passo que

---

[309] A ausência de mora é, inclusive, positivada pelo Código Civil português como um dos critérios para a configuração do quadro de alteração das circunstâncias. O art. 348 do CC lusitano prevê que *"a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou".*

[310] Cf. CHRISTOPH BRUNNER (Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, pp. 489-491). No mesmo sentido, ABDULLAH AL FARUQUE, professor em Bangladesh e estudioso do tema da alteração de circunstâncias em contratos de petróleo, afirma que "*it can fairly be stated that a civil law system is more lenient than a common law system towards the modification of contract terms in the light of changed circumstances (...) national legal systems which are based on civil law tradition can allow third parties to render an equitable solution, including adaptation of contract"* e conclui que, nos sistemas de *Common law*, geralmente ocorre a resolução contratual em caso de alteração de circunstâncias e a atividade do julgador do conflito fica restrita mais às hipóteses de erro, fraude e coação (Possible Role of Arbitration in the Adaptation of Petroleum Contracts by Third Parties, *Asian International Arbitration Journal*, volume 2, number 2, 2006, p. 155) e do russo ALEXEI G. DOUDKO, para quem países de *Common Law*, ao menos em sede arbitral, teriam sido mais relutantes modificar contratos por imprevisão do que países de *Civil Law* e segundo o qual países de *Common Law* teriam optado por modificação apenas em casos em que a onerosidade superou mais de 200% sobre o valor original contratado – sem contudo, evidências claras da fonte de tal conclusão (Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 496).

os sistemas de *Common Law* seriam mais relutantes em admitir um poder judicial de adaptação de contratos.

Tal assertiva não nos parece ser integralmente correta. De fato, a tendência pode se mostrar acurada em relação a alguns países, se considerarmos o exemplo português como representativo do *Civil Law* e o inglês como ilustrativo do *Common Law*. Contudo, mesmo em sistemas de *Civil Law* há ordenamentos que, a despeito de preverem a figura da imprevisão, estabelecem que sua consequência é apenas e tão somente a resolução do contrato e não admitem a revisão judicial. Por outro lado, mesmo em sistemas reconhecidamente de *Common Law*, há ordenamentos que permitem a revisão judicial.

Entre os sistemas de *Civil Law*, é possível classificar em, pelo menos, 4 (quatro) as espécies de ordenamentos sobre a teoria da imprevisão / alteração de circunstâncias: *(i)* aqueles que enaltecem a revisão judicial do contrato como primeira medida, em caráter preferencial e antecedente à resolução do contrato, *(ii)* aqueles que permitem ao contratante requerer ao Judiciário tanto a resolução como a modificação do contrato, ainda que haja maior ou menor grau de excepcionalidade em tais hipóteses; *(iii)* aqueles que, ao menos na redação literal da lei, permitem ao contratante prejudicado requerer ao Judiciário apenas a resolução do contrato, admitindo a revisão judicial apenas na hipótese de o contratante beneficiado propor modificação das condições contratuais para o restabelecimento do equilíbrio contratual e *(iv)* aqueles que não têm previsão legislativa expressa sobre a revisão judicial de contratos por alteração de circunstâncias.

1. Prevalência legal da Revisão sobre a Resolução. O principal exemplo da primeira espécie de ordenamento é o alemão. O §313 do BGB tedesco[311] – incluído no código em 2002, quando de uma importante reforma do capítulo das obrigações – dispõe que, se as circunstâncias da base de um contrato forem

[311] A íntegra do §313 do BGB, em versão traduzida para o inglês, dispõe que: *"1. If circumstances which have become the basis of the contract have changed fundamentally after the contract was concluded, and the parties, had they foreseen this change, would not have made this contract or would have made a different contract, adaptation of the contract may be demanded insofar as one of the parties, considering all circumstances of the particular case and having regard especially to the contractual or statutory distribution of risk, cannot reasonably be expected to abide by the unchanged contract. 2. It is equivalent to a change of circumstances if essential assumptions which have become the basis of the contract turned out to be wrong. 3. If adaptation of the contract is not possible or would be too hard on one of the parties, the aggrieved party may terminate the contract. In continuing contracts termination is replaced by giving notice"* (HANNES RÖSLER. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 489).

significantemente modificadas, de modo que as partes não teriam celebrado o contrato ou o teriam celebrado de modo diverso caso tal circunstância tivesse sido prevista, o contratante pode requerer a sua *"adaptação",* a qual levará em conta as circunstâncias específicas do caso e, especialmente, a distribuição de risco entre as partes. Apenas se esta adaptação do contrato não for possível ou se não for razoável que uma das partes a aceite, o contratante prejudicado pode rescindir o contrato (art. 313(3), BGB).

Segundo HANNES RÖSLER[312], o referido dispositivo reflete uma tendência observada na prática judicial alemã à adaptação ao invés da extinção do contrato. Nesse exercício de adaptação, o autor destaca que o §313 do BGB reflete a confirmação de que o juiz não é um "mero aplicador da lei"; ao contrário, quando o assunto é alteração de circunstâncias, cabe ao juiz estabelecer os detalhes da estrutura, do conteúdo e os limites contratuais, quando assim demandado – e isso porque a própria lei civil deixa ao juiz a tarefa de definir, caso a caso, os conceitos de *base do contrato* e *alterações fundamentais* para qualificar uma situação como ensejadora de revisão ou não. Sua obra, ainda, ao analisar casos práticos de alteração de circunstâncias, destaca ser atribuído ao juiz um poder-dever de sugerir renegociações, como decorrência de seu poder de direção, reafirmando sua posição ativa entre os sujeitos processuais.

2. Livre opção da parte entre a Revisão e a Resolução. Entre os sistemas da segunda espécie – ou seja, aqueles que expressamente reconhecem a possibilidade de revisão judicial de contratos por força da imprevisão ou alteração de circunstâncias e permitem ao contratante requerer ao Judiciário tanto a resolução como a modificação do contrato – podem ser destacados o ordenamento civil português, holandês e polonês.

Em Portugal, na década de 1950, havia na doutrina quem defendesse que o contratante poderia promover apenas a rescisão do contrato como consequência da alteração de circunstâncias pois *"se o juiz modifica as cláusulas contratuais, o contrato desaparece para se impor às partes um acto de autoridade"* [313], o que desnaturaria a autonomia da vontade. Com o advento do Código Civil da década de 60, contudo, a redação do art. 437 do CC

---

[312] HANNES RÖSLER. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, pp. 485, 507-508 e 511.

[313] Cf. ALFREDO JOSÉ RODRIGUES ROCHA DE GOUVEIA. Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, p. 182.

português[314] passou a permitir ao contratante prejudicado pleitear a *"resolução do contrato ou a modificação dele segundo juízo de equidade"* e, mesmo que o autor pleiteie apenas a resolução, poderá a parte contrária *"opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato".*

Nesse sistema, chama a atenção não apenas a opção que o legislador deu à parte prejudicada para escolher entre a resolução ou a revisão do contrato, mas também a margem de abertura que se atribuiu, consequentemente, ao poder decisório do juiz. O Supremo Tribunal de Justiça português confirma essa abertura legal e já entendeu, em interpretação ao art. 437, que *"a resolução ou modificação do contrato é admitida em termos propositadamente genéricos, para que, em cada caso, o tribunal, atendendo à boa fé e à base do negócio, possa conceder ou não a resolução ou modificação"*[315].

No direito civil holandês também há previsão legal no sentido de admitir tanto a revisão judicial como a rescisão. O artigo 6:258 do CC holandês[316] prevê que os Tribunais, mediante o exercício de ação de uma das partes contratantes, podem modificar os efeitos legais de um contrato ou dissolvê-lo, no todo ou em parte, em caso de circunstâncias imprevistas que, por sua natureza e de acordo com padrões de razoabilidade e boa-fé, impactem na expectativa da parte contrária quanto à manutenção do contrato. O próprio código deixa ao juiz (mediante pedido da parte) a escolha entre a revisão ou a

---

[314] A íntegra do art. 437 do CC português estabelece que *"1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior".*

[315] Supremo Tribunal de Justiça português, Acórdão nº 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, 6ª Secção, Rel. Fonseca Ramos, j. 27/01/2015.

[316] A íntegra do art. 6:258 do CC holandês estabelece que *"Article 6:258 Unforeseen circumstances: 1. Upon a right of action (legal claim) of one of the parties to an agreement, the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part if there are unforeseen circumstances of such a nature that the opposite party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect an unchanged continuation of the agreement. The court may change or dissolve the agreement with retroactive effect. 2. The court shall not change or dissolve the agreement as far as the unforeseen circumstances, in view of the nature of the agreement or of common opinion, should remain for account of the party who appeals to these circumstances. 3. For the purpose of this Article, a person to whom a right or obligation from the agreement has passed, is equated with an original party to that agreement"*. É interessante o fato de que o art. 6:260 do CC holandês estabelece que, ao promover a revisão de um contrato, o juiz pode (i) estabelecer condições adicionais no julgamento, (ii) determinar um período mínimo de observância do contrato antes que as partes possam rescindi-lo integralmente, após a revisão judicial, prevendo a ineficácia de rescisões antes desse período mínimo e (iii) determinar o registro da revisão judicial do contrato em cartório, de modo a tornar pública a revisão final, vinculante e exequível às partes.

rescisão contratual e apenas limita esse poder de acordo com a natureza da relação contratual ou a *"common opinion".*

Na Polônia, o art. 357 de seu CC também deixa uma porta aberta à revisão ou à modificação e, curiosamente, estabelece que *o tribunal poderá* designar o modo de se performar a obrigação, o seu preço ou decidir pela dissolução do contrato[317].

Os Princípios UNIDROIT 2016 se colocam sob a mesma orientação dos sistemas que indicam a revisão judicial ou a resolução como alternativas e sem qualquer ordem aparente de preferência. Os Princípios UNIDROIT 2016 optam pela expressão *hardship* para denominar as situações em que eventos supervenientes alteram o equilíbrio contratual e que, cumulativamente, são ocorridos após a celebração do contrato, não poderiam ser razoavelmente considerados pela parte prejudicada e estão fora de seu controle e cujos riscos não tenham sido por ela assumidos (art. 6.2.2). Segundo o art. 6.2.3[318], a parte prejudicada por uma alteração de circunstância deve requerer a renegociação à parte favorecida e, apenas na hipótese de esta fase não ser exitosa, a parte deve levar a questão aos Tribunais, os quais, se constatarem a ocorrência de *hardship* e se julgarem razoável, poderão, rescindir o contrato ou adaptá-lo, visando à restauração de seu equilíbrio.

Ainda, merece destaque a recente inclusão do sistema francês nesta categoria.

O direito civil francês, desde a era napoleônica até 2016, sempre foi um exemplo clássico entre os ordenamentos de *Civil Law* que não haviam encampado a teoria da imprevisão e a noção de *hardship*. O importante precedente do caso "Canal de Craponne", julgado pela Corte de Cassação francesa em 1876, era, até então, invocado como símbolo da rejeição, pelo ordenamento francês, da teoria da imprevisão como autorizadora da revisão judicial de contratos. Nessa demanda, o proprietário de um canal de irrigação

---

[317] A íntegra do art. 357(1) do CC polonês traduzido para o inglês estabelece que: *If, due to an extraordinary change in circumstances, a performance entails excessive difficulties or exposes one of the parties to a serious loss which the parties did not foresee when executing the contract, the court may, having considered the parties' interests, in accordance with the principles of community life, designate the manner of performing the obligation, the value of the performance or even decide that the contract be dissolved. When dissolving the contract, the court may, as needed, decide how accounts will be settled between the parties, being guided by the principles set forth in the preceding sentence".* Também referido por RAFAL KOS e MACIEJ DURBAS (The arbitrator's (perceived) power to revise a contract vs the power of the public policy clause, 2014, disponibilizado em **https://www.kkg.pl/publikacje/** , acesso em 20.10.2017, p. 141).

[318] A íntegra do art. 6.2.3(4) dos Princípios UNIDROIT 2016 estabelece que *"(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".*

recebia cerca de três centavos pelo fornecimento de água a uma área vizinha, conforme previsto em ajustes pactuados nos anos 1500 e pretendeu, após três séculos da fixação do preço, a revalorização do valor para o fornecimento de água. O pedido de revisão para reequilíbrio contratual foi negado, sob a aplicação do antigo art. 1134 do CC francês, que previa que as convenções têm força de lei entre as partes, não podendo ser revogadas senão pelo mútuo consentimento ou por causas autorizadas em lei.

Agora, a *Ordonnance* 2016-131, publicada em fevereiro de 2016 e em vigor desde outubro de 2016, promoveu uma verdadeira reforma no regime geral das obrigações e no direito dos contratos. Entre diversas modificações, destaca-se a modificação do art. 1.195, que passa a prever a possibilidade de as partes levarem o contrato ao juidiciário para sua adaptação. O referido dispositivo prevê que, se uma imprevisível modificação de circunstâncias tornar a execução de um contrato excessivamente onerosa a uma parte que não aceitou tal risco, esta contratante pode requerer a sua renegociação à outra parte, mantendo a execução das obrigações tal como originalmente negociadas durante o período de renegociação. Caso esta renegociação seja negada pela outra contratante ou não seja exitosa, o art. 1195 do CC francês passou a permitir que as partes acordem sua resolução ou, de comum acordo, requeiram ao juiz que proceda à sua adaptação. Apenas se tal acordo não ocorrer em um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, revisar o contrato ou resolvê-lo, em data e nas condições por ele fixadas[319].

O dispositivo, principalmente em sua fase de projeto e debates prévios à sanção, foi alvo de severas críticas por conta dos poderes de intervenção conferidos ao juiz, considerados excessivos. Em contrapartida, alguns autores, a exemplo de PETER ROSHER[320], destacam mais recentemente que tais críticas foram *exageradas* e que, na prática, tal disposição legal apenas permitirá a intervenção judicial na ausência de disposição contratual sobre a alocação do risco em caso de alteração de circunstâncias e que o poder do juiz será bastante limitado, podendo ser exercido apenas quando as partes já falharem na fase de

[319] A íntegra do art. 1195 do CC francês estabelece que *"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe"*.

[320] French Contract Law Reform. *Business Law International*, International Bar Association, vol. 17, n. 1, janeiro-2016, pp. 61-62.

renegociação. De todo modo, o dispositivo ainda é muito recente e a prática dirá se tais poderes judiciais de intervenção na relação contratual serão ou não, de fato, limitados.

Por fim, ainda é possível enquadrar um outro ordenamento dentro deste sistema, apesar de suas especificidades e peculiaridades em relação aos anteriormente mencionados. O sistema civil russo, em seu art. 451(4) do CC/94-95, admite a revisão excepcional de contratos em caso de alteração das circunstâncias apenas quando a dissolução for contrária aos interesses sociais[321]. Na doutrina russa, há relatos de que a interpretação dos tribunais acerca da previsão legal de modificação de contratos por aplicação da teoria da imprevisão – que já é rígida – é bastante restritiva (p. ex., os tribunais rusos teriam por costume afastar a aplicação da teoria da alteração de circunstâncias se a onerosidade for inferior a 100% sobre o valor contratado[322]) e, na prática, a extinção do contrato é a consequência mais frequente. Sob tais considerações, há críticas no sentido de que a interpretação deveria ser mais ampla, sob pena de a revisão judicial admitida pelo código se tornar letra morta[323].

3. Prelavência legal da Resolução sobre a Revisão. Entre os sistemas da terceira espécie que, ao menos pela redação literal da lei, admitem a revisão judicial com fundamento na alteração de circunstâncias, porém limitam sua hipótese de cabimento à proposta da parte beneficiada pela imprevisão e atribuem à parte prejudicada apenas o pleito de resolução contratual, merecem destaque as leis civis italiana e argentina – cujas redações são bastante similares à brasileira. O art. 1.467 do CC italiano[324] prevê que a parte prejudicada por uma onerosidade excessiva decorrente de um acontecimento extraordinário e imprevisível pode requerer a resolução do contrato e que cabe

---

[321] Cf. CHRISTOPH BRUNNER. Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 489.

[322] Cf. ALEXEI G. DOUDKO. Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 496.

[323] Cf. ALEXEI G. DOUDKO. Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 504.

[324] A íntegra do art. 1.467 do CC italiano estabelece que *"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 imprevidibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contrato, com gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità reentra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contrato".*

ao contratante réu evitar a resolução do contrato mediante a proposta de modificação equitativa das condições contratuais. O art. 1.198 do CC argentino[325] praticamente reproduz a ideia da redação italiana.

Há quem afirme[326] que o racional dessa disposição é incentivar a parte 'beneficiada' pela alteração das circunstâncias a propor uma alternativa de modo a evitar o risco de uma ordem judicial ou arbitral de resolução do contrato.

4. Ausência de previsão legal sobre revisão judicial por imprevisão. Na mesma esteira do que, por séculos, prevaleceu no sistema francês, o código civil belga e o código civil de Luxemburgo não contêm disposições legais que autorizem a revisão judicial de contratos na hipótese de alteração superveniente de circunstâncias imprevistas.

Na Bélgica, não obstante a legislação admita a inclusão de cláusulas de *hardship* em contratos, nas quais as próprias partes dispõem sobre os ajustes em caso de alteração de circunstâncias, e preveja a revisão de locações em específico, o país, por razões históricas e mesmo após a sua independência, manteve a estrutura do código civil napoleônico – praticamente com a mesma numeração de artigos e mesmos capítulos. Assim, atualmente não há, no código civil belga, a admissão de adaptação judicial de contratos por imprevisão, prevalecendo a regra do art. 1134 de que o contrato tem força de lei entre as partes e que apenas podem ser revogados por mútuo consentimento dos contratantes ou por causas autorizadas em lei. Como ensina HANNES RÖSLER[327], a escusa ao cumprimento de obrigações contratuais decorre apenas da força maior ou caso fortuito e, em casos de alteração de circunstâncias, a solução jurisdicional é o rompimento da relação contratual e não sua adaptação em juízo.

Por fim, ainda que não se trate propriamente de disposição legal, não se pode deixar de mencionar a proximidade do teor da Cláusula Hardship ICC

---

[325] O artigo 1.198 do CC argentino estabelece que *"(...) En los contratos bilaterales conmutativos y em los unilaterales onerosos y conmutativoss de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinarios e imprevisibiles, la parte prejudicada podrá demandar la resolución del contrato. (...) La outra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".*

[326] Nesse sentido: CHRISTOPH BRUNNER. Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 407.

[327] HANNES RÖSLER. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, pp. 500-501.

2003 com o sistema que prefere a resolução à modificação contratual. Com explícita referência à influência italiana e aos Princípios UNIDROIT em suas notas explicativas, a Cláusula Hardship ICC 2003[328] – aplicável a contratos que a ela se refiram e adotada como modelo contratual –, em seu item 3, prevê que, na hipótese de as partes contratantes não lograrem êxito na fase de renegociação, a parte prejudicada tem direito à rescisão do contrato. Pela lógica defendida no modelo de hardship da ICC, a regra geral é a de que as partes são obrigadas a cumprir suas obrigações contratuais mesmo na hipótese de superveniente onerosidade (item 1); entretanto, se a parte provar que o cumprimento de suas obrigações se tornou excessivamente oneroso por conta de um evento *"além de seu razoável controle que não poderia ter sido razoavelmente previsto no momento da celebração do contrato"* e que a parte não poderia ter *"razoavelmente evitado ou superado o evento ou suas consequências"*, as partes podem negociar *"termos alternativos"* ao contrato (item 2) e, se não houver acordo, a parte prejudicada pode rescindir o Contrato (item 3).

Apesar de, em suas notas explicativas, haver remissão à influência da legislação italiana e aos Princípios UNIDROIT, o modelo ICC – diferentemente de tais modelos – não faz qualquer referência ao possível pleito de adaptação do contrato ao Judiciário, a árbitros ou quaisquer terceiros, limitando a possibilidade de modificação contratual apenas ao mútuo consentimento das partes contratantes. A redação, portanto, tende a permitir apenas a resolução em caso de não haver acordo entre as partes.

Para que não se deixe também de mencionar, a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG) – à qual o Brasil aderiu em março de 2013 e que foi ratificada por meio do Decreto nº 8.327/2014 – não prevê disposição específica sobre a modificação dos contratos por ela regulados em função de alteração de circunstâncias. A Convenção objetivou dar mais estabilidade e segurança à compra e venda internacional de mercadorias, que sempre teve como grande obstáculo a sujeição de aspectos relevantes como responsabilidade, risco e interpretação a mais de um ordenamento, muitas vezes conflitantes e, com isso, incrementar a relação comercial entre países. Contudo, em seu artigo 79(1), a CISG versa apenas sobre a hipótese de exclusão de responsabilidade de contratante quando o inadimplemento de obrigações for causado por *"motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em*

[328] Disponível em **https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf** , acesso em 25.02.2018.

consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou supedas suas consequências". A disposição, como se vê, não contempla a noção de onerosidade excessiva (e sim de impossibilidade de cumprimento), daí porque se entende não comportar propriamente a imprevisão e, muito menos, a revisão judicial de contratos por imprevisão[329].

Como se vê, mesmo entre os sistemas de *Civil Law* é, em certa medida, temeroso afirmar que haveria uma tendência à revisão judicial de contratos. Há substanciais diferenças entre os ordenamentos acima citados, ora com um maior enaltecimento dessa revisão judicial (pleiteada pelo próprio prejudicado e sujeita a um juízo de equidade), ora para uma limitação maior da possibilidade de revisão judicial (mais vinculada à proposta da parte beneficiada pela imprevisão), ora com a prevalência da resolução contratual em detrimento da possibilidade de revisão judicial.

E também entre os países reconhecidamente de *Common Law* entendemos não ser possível uma generalização quanto ao tema.

A experiência inglesa, de fato, tem uma forte tendência a não admitir a exceção ao cumprimento do contrato por conta da imprevisão e, quando esta é excepcionalmente reconhecida, a solução tende à resolução dos contratos, geralmente optando-se pelo reconhecimento da *frustration* ao invés da revisão. O exemplo clássico que ilustra essa orientação são os julgamentos de demandas decorrentes do fechamento do Canal de Suez em 1962. Com a ação militar no canal e seu fechamento para embarcações, muitos transportadores tiveram que mudar a rota e atravessar o Cabo da Boa Esperança para alcançar seu destino. As Cortes inglesas rejeitaram a tese da *frustration* sob o entendimento de que o transporte poderia ser feito por rotas alternativas e a acataram apenas em um caso em específico, em que o contrato previa que a rota do transporte seria necessariamente pelo Canal de Suez[330]. Nesse sentido, o *Frustrated Contracts Act*[331] de 1943, ainda vigente, dispõe sobre o tratamento que os Tribunais devem conferir a situações em que o cumprimento de um

---

[329] Sobre o tema, o alemão HANNES RÖSLER concorda que a CISG parece excluir a noção de *hardship* (Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 502).

[330] Cf. ALPHONS PUELINCKX (Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: a comparative study in English, French, German and japanese Law. *Journal of International Arbitration*, 1986, disponível em Hein Online, p. 51).

[331] Disponível em **http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/3**.

contrato se torna impossível ou, de alguma forma, *frustrated* e o método de aferição da indenização pelo rompimento contratual.

Contudo, se é correntemente afirmado[332] que, na Inglaterra, o direito material não reconhece a teoria da imprevisão (geralmente tratados sob o viés do incumprimento) e também rejeita de modo geral o poder de tribunais de adaptar contratos, aceitando-os muito excepcionalmente quando constatada uma *"fundamentally different situation"*, a mesma aversão não ocorre (ao menos não na mesma intensidade) nos EUA.

Não obstante seja fruto de organizações privadas e não propriamente um ato legislativo, o *Uniform Commercial Code* norte-americano ("UCC"[333]) – idealizado como código modelo para harmonizar transações comerciais em nível nacional – foi adotado por praticamente todos os Estados norte-americanos (em alguns com modificações) e admite, em tese, situações de revisão de contratos comerciais. O §2-615 do UCC norte-americano prevê que o atraso ou descumprimento de entrega de produto por um vendedor não será considerado inadimplemento se a execução da compra e venda se tornou impraticável por conta de uma ocorrência que não havia integrado as premissas da contratação (*excuse by failure of presupposed conditions)*. Em tais hipóteses, o §2-616 prevê que o vendedor deve notificar o comprador acerca da situação imprevista e este, então, deverá manifestar seu interesse em terminar o contrato ou modificá-lo, aceitando ajustes nas prestações. A despeito de tal previsão, CHRISTOPH BRUNNER[334] destaca que, na prática, os casos norte-americanos não costumam se valer da modificação e a saída mais rotineira é o desfazimento do negócio ou a aceitação da circunstância.

---

[332] Nesse sentido: HANNES RÖSLER (Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 497) e CHRISTOPH BRUNNER (Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 493).

[333] Disponível em **https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-616**, acesso em 20.11.2017.

[334] Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, pp. 489-491.

9.2.2. Elementos para o cabimento da revisão judicial por imprevisão

9.2.2.1. Relação Contratual Continuada ou Diferida

A premissa de que eventuais pleitos de revisão por imprevisão sejam formulados *"nos contratos de execução continuada ou diferida"*[335] encontra amparo legal no art. 478 do CC, decorrendo também da lógica do art. 317 do CC, ao presumir um lapso temporal *"entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução".*

O referido critério não enseja muitas discussões pertinentes ao presente trabalho quando relacionado aos poderes decisórios do juiz. E, pela sua própria lógica, nem poderia. Em contratos de prestação instantânea não há sentido em se discutir a aplicação da teoria justamente em função de não se cogitar fato superveniente quando há uma coincidência temporal entre a celebração do contrato e o adimplemento das obrigações[336]. De fato, a ideia da *superveniência* – elemento que integra da disposição legal e que será analisada a seguir – apenas corrobora a exigência de que a execução das prestações avençadas seja diluída no tempo, sendo razoável concluir que tal elemento, por sua natureza, é mais uma premissa[337] da situação fática debatida do que um critério a ser comprovado pelas partes.

Aliado à incompatibilidade lógica, é razoável concluir que ao juiz não cabe reconhecer a aplicação da teoria da imprevisão e, consequentemente, exercer o poder revisional jurisdicional sobre o contrato em pactos não-continuados ou não-diferidos no tempo, sob pena de violação ao próprio direito material e do rol legislativo dos elementos para a aplicação da teoria da imprevisão no Brasil.

---

[335] Entre os 'contratos de duração', é comum a distinção entre aqueles de execução periódica ou de trato sucessivo (continuada), em que ocorre uma recorrente renovação de prestações (p. ex., contratos de fornecimento, distribuição, locação, etc) e aqueles de execução diferida no tempo, nos quais a prestação, a rigor, não se renova (p. ex., comodato).

[336] A este respeito, ORLANDO GOMES é elucidativo ao afirmar que o requisito decorre da própria lógica da relação pois apenas em contratos de duração *"há lapso temporal entre a celebração do contrato e sua execução, o que permite que as circunstâncias existentes no momento da celebração venham a se alterar, causando a excessiva onerosidade da prestação"* (*Contratos*. 26ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 217).

[337] No mesmo sentido, PAULO KHOURI afirma que *"o requisito quanto à necessidade de o contrato ser de duração é (...) uma questão prévia, que antecede a verificação dos outros requisitos" (A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 29).

9.2.2.2.Superveniência

A *superveniência* do fato causador da onerosidade também é um critério legal para aplicação da teoria da imprevisão, decorrente da própria lógica do art. 478 do CC e de expressa disposição do art. 317 do CC, ao prever a correção do valor da prestação quando *"sobrevier"* desproporção em relação ao momento de sua execução. Assim como o critério da *relação contratual de duração*, a exigência da superveniência, também por sua própria natureza, parece não ensejar debates expressivos no presente trabalho.

A superveniência é o aspecto que diferencia a pretensão de resolução por onerosidade excessiva (art. 478, CC) da pretensão de anulação por *lesão* (art. 157, CC). Em ambas, o desequilíbrio das prestações contratuais é o fundamento da pretensão. Contudo, na primeira, o desequilíbrio é *superveniente*, comparando-se as prestações no momento da celebração do contrato e no momento da execução da obrigação; na segunda, o desequilíbrio ocorre na própria celebração do contrato[338].

Uma questão, entretanto, merece destaque pertinente em relação a tal critério: o conceito de *superveniente* e a aplicação da teoria da imprevisão a contratos extintos. No STJ já foi firmado entendimento, consolidado sob a Súmula 286 (editada em 2014), no sentido de que *"A renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores".* Tal entendimento tem sido utilizado para justificar o cabimento de revisão judicial de contratos em geral – e não apenas de contratos bancários ou confissões de dívdias – que já tenham sido extintos, renegociados ou cumpridos.

Contudo, a despeito de alguns julgados se referirem comum e genericamente a *"revisão de contratos findos"*, é bom que se destaque que a revisão admitida com fundamento em tal súmula deve ser considerada apenas para as hipóteses de revisão judicial por nulidade. Primeiro porque os acórdãos que deram origem ao entendimento sumulado versavam, todos, sobre capitalização de juros – hipótese enquadrada como abusividade e, nesse sentido, inserida na classificação ora proposta de revisão por nulidade. Quando muito, poderia abranger hipóteses de anulabilidade considerando a questionável escolha do genérico termo *'ilegalidade'* pela súmula. E, em segundo lugar, porque, ainda que assim não fosse, admitir que tal entendimento

[338] No mesmo sentido: MONICA BIERWAGEN (*Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 71).

se aplicasse também às hipóteses de revisão por imprevisão contrariaria o próprio espírito desse tipo de revisão. O objetivo de se permitir a revisão de contratos com fundamento na imprevisão é enaltecer a continuidade da relação jurídica e evitar que a parte devedora de determinada obrigação assuma uma excessiva onerosidade no cumprimento de obrigações. É um instrumento voltado ao futuro e não ao passado. Não se presta a ressarcir danos já sofridos e sim a evitar novos desembolsos extremamente prejudiciais e onerosos – os quais, aliás, permanecem devidos até definição em sentido contrário.

9.2.2.3. Imprevisibilidade e Extraordinariedade (Risco Contratual)

O requisito da *imprevisibilidade* do fato superveniente – apesar de alguma crítica doutrinária[339] – encontra previsão legal tanto no art. 478 do CC, que versa sobre a onerosidade excessiva (*"acontecimentos imprevisíveis"*), quanto no art. 317 do CC, que trata do adimplemento de obrigações (*"motivos imprevisíveis"*)[340]. Ao seu lado, não obstante apenas referido no art. 478 do CC, está o requisito da *extraordinariedade do acontecimento* para a aplicação da teoria da imprevisão.

Os dois critérios são comumente analisados em conjunto e, muitas vezes, confundidos. Há quem entenda que *"a imprevisibilidade contém a extraordinariedadade"*[341]. Não que o primeiro contenha ou se confunda com o

---

[339] ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO é um crítico do requisito da imprevisibilidade pois, em seu entendimento, bastaria o desequilíbrio econômico do contrato a justificar o pedido da parte contratante quanto à sua modificação ou resolução, independentemente da previsibilidade do evento ensejador do desequilíbrio, ou seja, apenas diante da onerosidade excessiva. Diante disso, o autor sugere a exclusão do termo "imprevisível" de tais dispositivos (O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 28 e 35).

[340] Há quem sustente na doutrina, em sentido contrário ao que se propõe neste trabalho, que a premissão legal não deveria admitir a intervenção judicial. Nesse sentido: JOSÉ RICARDO PEREIRA LIRA sustenta que o art. 317 tem "redação infeliz" ao ter incluído a expressão *imprevisíveis* e que este dispositivo não se aplica aos contratos comutativos quando o credor não concordar com a modificação, defendendo que *"turvar o princípio da supremacia da vontade das partes com a permissão legal para que o juiz se imuscua na relação interna do contrato, com amplos poderes para modificar preços ou mesmo formas de pagamento, representaria grave atentado contra a missão precípua dos contratos, que é a de conferir segurança jurídica às relações econômicas"* (A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de 'modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor'. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 446-447, 450 e 455).

[341] Cf. WLADIMIR ALCIBÍADES MARINHO FALCÃO CUNHA (*Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, p. 208).

segundo, mas, no mínimo, a ideia de que um fato seja imprevisível, necessariamente, leva em consideração que esta imprevisibilidade seja analisada à luz do risco normalmente esperado de determinada contratação; ao mesmo tempo, o risco avaliado pelos contratantes leva em consideração os fatos correntemente previsíveis em determinado tipo de mercado. Ao passo que a previsibilidade se relaciona ao que se pode legitimamente esperar da contratação e dos contratantes à luz da informação sobre o risco, a extraordinariedede está atrelada à ideia de fato ocorrido fora da álea normal do contrato[342]. De todo modo, o que é previsível geralmente está coberto pela álea contratual, deixando de ser, assim, extraordinário.

Assim, na essência, previsibilidade e extraordinariedade são conceitos essencialmente diferentes[343], porém, de intrínseco entrelaçamento, sendo exigidos conjuntamente para justificar a aplicação da teoria da imprevisão. E assim é não apenas no Brasil, mas em muitos sistemas estrangeiros[344], não obstante alguns – a exemplo de Portugal – empreguem o termo *"anormalidade"* para se referir aos eventos ensejadores da revisão baseada na alteração de circunstâncias.

Em determinados momentos, a aparente confusão entre os conceitos é evidenciada. É o caso, por exemplo, do Enunciado 366 das IV Jornadas de

---

[342] Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, imprevisível é o que *"não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a sua possibilidade de informação sobre o risco e a justa expectativa (a ser objetivamente avaliada), no momento da conclusão do ajuste, sempre tendo em conta aquilo que é o risco normal do negócio, averiguável segundo o tipo de contrato e a sua causa ou função econômica"* (Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva Onerosidade Superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol.55/2012, p. 321, janeiro-2012, item 2.V, sub-item 53).

[343] Sobre tal diferenciação, LAURA FRANTZ destaca que, na doutrina italiana, há quem diferencie os conceitos mediante a afirmação de que a imprevisibilidade teria características *subjetivas e relativas*, ao passo que a extraordinariedade teria natureza mais *objetiva* (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 226-227).

[344] Nesse sentido, o CC italiano positiva como requisito a existência de *"avvenimenti imprevidibili"* no art. 1.467 e, de igual forma, o §313 do BGB alemão faz referência à previsibilidade da alteração das circunstâncias. Na Rússia, a doutrina, ao comentar o art. 451(2)(1) da respectiva lei civil, destaca que a imprevisibilidade é refinada pelo ordenamento ao se exigir que a parte prejudicada deve comprovar na demanda que, no momento da celebração do contrato, as partes agiram de modo que a alteração das circunstâncias não ocorreria (Cf. ALEXEI G. DOUDKO. Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 498). Por outro lado, o sistema civil português requer apenas que seja constatada a existência de uma *"alteração anormal"* (art. 437 do CC português), o qual se assemelha ao critério da extraordinariedade que será abordado a seguir, e não propriamente à imprevisibilidade. Não obstante, FERNANDO OLIVEIRA defende que *"embora a lei não exija que a alteração seja imprevisível, o requisito da anormalidade conduzirá praticamente aos mesmos resultados"* (*Contratos privados: das noções à prática judicial*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2015, p. 109).

Direito Civil, organizadas pelo CJF, segundo o qual *"o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação"* e do Enunciado nº 175 das III Jornadas de Direito Civil do CJF, que estabelece que *"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".* E não apenas em nível nacional. O art. 1467 do CC italiano, nesse mesmo sentido, ao referir-se ao critério dos *"avvenimenti straordinari"*, prevê que *"la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto".*

Feitos tais esclarecimentos acerca de sua diferenciação, optou-se por discorrer sobre ambos os critérios da aplicação da teoria da imprevisão de forma conjunta, não apenas por conta de seu já destacado entrelaçamento, mas porque ambas apontam para um tratamento bastante similar em se tratando de análise dos poderes do juiz na valoração das hipóteses de cabimento da revisão judicial por imprevisão.

A aferição do elemento da imprevisibilidade e da extraordinariedade em demandas judiciais que versem sobre a possibilidade de revisão contratual em decorrência da teoria da imprevisão permite um leque interpretativo relativamente amplo ao juiz. Isso porque, sem dúvidas, o próprio cabimento da revisão judicial sob tal fundamentação está envolto de conceitos abertos, indeterminados, relativos e mutáveis no tempo e locais.

Essas grandes variáveis de tempo e lugar não são as únicas. Na verdade, o que um exemplificativo levantamento de decisões judiciais a respeito do tema pode indicar é que, em um mesmo tempo e lugar, a decisão judicial em demandas revisionais fundadas na teoria da imprevisão também se pautam por diversas variáveis em menor escala para aplicar, aos casos concretos, as noções de imprevisibilidade e extraordinariedade. O que se pode identificar, contudo, é que essas variáveis, quando aplicadas pelo judiciário, não são uniformes e sistematizadas – o que é extremamente prejudicial em termos de previsibilidade e efetiva pacificação social.

A fotografia de uma pequena amostra de decisões[345] do STJ em demandas envolvendo a revisão judicial de contratos com fundamento na teoria

[345] Não se pretendeu, no presente trabalho, promover pesquisa empírica em nível de maior profundidade quantitativa e maior detalhamento qualitativo (especificação dos casos concretos e argumentos efetivamente debatidos ao longo das demandas), mas apenas direcionar o levantamento para um período recente de decisões judiciais, especificamente no STJ.

da imprevisão (apresentada no Anexo A) entre janeiro/2010 e janeiro/2018 aponta para uma tendência geral que nos permite, ainda que com base em reduzido campo, concluir que *(i)* a aplicação da teoria da imprevisão ocorre de modo restritivo, *(ii)* não há uma uniformidade em relação aos critérios utilizados pelos juízes para o exercício dos poderes de decisão em relação cabimento da revisão judicial, sendo que a fundamentação dos julgados geralmente se atém a apenas um parâmetro entre os quatro critérios limitadores propostos neste trabalho e *(iii)* a fundamentação dos julgados, em considerável quantidade dos casos, não faz referência aos exatos motivos pelos quais entendem estar presentes os critérios da imprevisibilidade e da extraordinariedade, limitando-se a constatá-los no caso concreto e a reproduzir ou parafrasear os dispositivos legais que fazem referência a estes conceitos jurídicos indeterminados. Vejamos tais constatações com maior detalhamento.

I. Aplicação restritiva. Nos resultados filtrados – o próprio filtro por "teoria da imprevisão", por si só, já eliminou muitos casos de relação com natureza consumerista – é ilustrativo que, entre os 22 casos, o cabimento da revisão judicial foi afastado em 16 (mais de 70%) e acolhido em apenas 6, sendo que, entre estes acolhidos, 4 se referem a ação revisional de locação – que, como se verá em item próprio, sequer deveria ser enquadrada como "imprevisão" –, 1 se enquadra nas clássicas ações revisionais de contratos de *leasing* com preço indexado ao dólar[346] e 1 se refere a demanda revisional de honorários advocatícios que se mostraram desproporcionais quando aplicada a porcentagem pactuada sobre o valor da causa após anos de correção monetária e juros, em desproporção ao próprio benefício econômico da demanda[347].

É importante notar que essa restrição da aplicação da teoria da imprevisão é sentida não apenas no Brasil, mas também em outros países. Em Portugal, por exemplo, os Tribunais não consideraram os eventos da Revolução de 25 de abril de 1974 (como a nacionalização de empresas e o fechamento da bolsa de valores) como *anormais* a ponto de justificar a incidência do art. 437 do CC lusitano, sendo apontado pela doutrina[348] que tal dispositivo é utilizado de forma *extraordinária* e *cuidadosa* e que seriam poucos os exemplos práticos de sucesso na aplicação do dispositivo. Nesse mesmo país, mais recentemente, diversas ações foram levadas ao conhecimento do Judiciário defendendo a

[346] Caso #22 (STJ, ED no RESP nº 742.717-SP, Rel. Min. Matia Isabel Gallotti, 4ª T., j. 08.11.2011).

[347] Caso #12 (STJ, RESP 1.454.777-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellize, 3ªT., j. 17.11.2015).

[348] Cf. ANTONIO PINTO MONTEIRO e JULIO GOMES. Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, p. 325.

alteração anormal das circunstâncias em contrato de *Swap* (permuta de taxa de juros) após o colapso bancário decorrente do evento *Lehman Brothers* e a orientação do Supremo Tribunal de Justiça foi no sentido de que afastar a resolução ou revisão com fundamento no art. 437 do CC sob a conclusão de que *"essas variações* [de juros] *se encontram precisamente abrangidas pela finalidade dos contratos de swap, pela sua álea"* e que a parte envolvida em tais contratações geralmente está *"assessorada econômico-financeiramente e juridicamente (...) e por isso deveria saber quais os critérios que de um ponto de vista económico são referenciado (...) para que um contrato desta natureza possa ser abalroado pelo Direito"*[349].

II. Ausência de uniformidade de critérios. Não se identificou uma uniformidade entre os julgados quanto à escolha dos critérios que seriam considerados para se avaliar o cabimento da revisão judicial à luz dos conceitos abertos legalmente previstos. Apesar de, em todos os casos filtrados ter sido possível identificar ao menos um dos quatro parâmetros limitadores do poder de decisão propostos, a tendência é que apenas um argumento seja 'eleito' pela decisão em sua fundamentação.

Entre os 2 (dois) casos em que o cabimento da intervenção judicial no contrato foi acolhido pelo Judiciário (excluindo-se as revisionais de aluguel, que serão abordadas em item próprio), destaca-se que [1] na revisional de honorários advocatícios, considerou-se que a intervenção judicial na contratação tem natureza *"excepcional"* por se tratar de *"expressão da autonomia privada"* (natureza da relação jurídica), incidente apenas em violação à *"razoabilidade e boa-fé"*, mas que, no caso, haveria um desequilíbrio em relação à *"finalidade desse tipo de contratação"* na medida em que os honorários representariam mais de 2/3 (dois terços) do benefício econômico do cliente na demanda (lógica econômica); [2] na revisional de preço por indexação ao dólar em *leasing*, apesar de não haver referência expressa no voto, invocou-se alguns julgados que consideraram que houve *"risco inerente"* e que havia *"opção entre outro indexador"*, de modo que as partes *"escolheram a forma contratual que no momento da realização do negócio lhes garantia prestações mais baixas"* (lógica econômica).

Nestes dois casos, em específico, a consideração expressa e cumulativa dos demais critérios ora propostos poderia ter permitido um julgamento mais completo do ponto de vista jurídico. Aliás, o elemento da vulnerabilidade como critério limitador do poder de decisão poderia ter o condão de alterar o

[349] Supremo Tribunal de Justiça português, Processo nº 876/12.9TVLSB.L1.S1, 1ª Seção, Rel. Gabriel Catarino, maioria com um voto vencido, j. 26.01.2016.

resultado do julgamento quanto ao cabimento da revisão. No primeiro caso, a relação contratual foi estabelecida entre cliente pessoa física e advogado autônomo – situação que poderia, em tese, divergir daquela mantida entre um departamento jurídico de uma grande empresa e um escritório de advocacia em termos de suficiência da informação para assunção de riscos, os quais, a depender do caso, poderiam sim contemplar remuneração do advogado com base no valor da causa e não apenas no benefício econômico auferido pelo cliente. No segundo caso, apesar de não constar expressamente consignado no acórdão, o caso envolvia relação de consumo – fato que até pode ter, implicitamente, influenciado o poder decisório – e, como já dito, a vulnerabilidade foi um grande critério diferenciador do poder revisional dos juízes nestes casos, tendo o STJ majoritariamente entendido que a cláusula de reajuste deveria ser mantida em relações eminentemente civis[350].

A mesma falta de uniformidade na aplicação dos critérios limitadores do poder de decisão se observa nos casos em que o cabimento da revisão judicial foi rechaçado. Ilustrativamente, em ações revisionais de preço em contrato de compra e venda de safra futura de soja (Anexo A, Casos #7, #8 e #9[351]), o critério que prevalece é o de que *"nos contratos agrícolas, o risco é inerente ao negócio, de forma que eventos como seca, pragas ou estiagem (...) não são considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários"* (natureza e tipo contratual). Em ação revisional de preço de equipamento de ultrassom fabricado fora do Brasil e adquirido por médico para o exercício de sua função profissional de forma indexada ao dólar (Anexo A, Caso #11[352]), o cabimento da revisão judicial foi afastado diante do entendimento de que, tratando-se de *"relações contratuais puramente civis (...) ao desamparo das normas protetivas do CDC"* e *"paritária"* se exigiria a imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, o que não existiria no caso uma vez que, com a experiência da alteração cambial de 1999 (pretérita ao contrato), o risco de oscilação do preço teria sido incorporado à contratação (vulnerabilidade). A vulnerabilidade também foi o critério escolhido em ação de revisão de preço em contrato de permissão de uso remunerado de faixa de domínio entre uma grande empresa de telecomunicações e uma concessionária rodoviária, sob o

---

[350] Cf. MARIA PAULA BERTRAN (*Análise econômica como critério orientador de decisão judicial, aplicações e limites, estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 2006).

[351] STJ, AgInt nos ED no ARESP nº 784.056-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, 3ª T., j. 15.09.2016; STJ, AgRg no ARESP 834.637-DF, Rel. Min. Marco Aurélio bellize, 3ª T., j.10.05.2016 e STJ, RESP nº 849.228-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j.03.08.2010.

[352] STJ, RESP 1.321.614-SP, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 16.12.2014.

entendimento de que a revisão não seria cabível pois a parte prejudicada *"conta com profissionais capazes de assessorá-la (...) e evitar celebração de pactos que venham a lhe causar prejuízos"* (Anexo A, Caso #3[353]). Por outro lado, os critérios da lógica econômica da contratação e do impacto ao interesse público foram conjuntamente considerados em ação civil pública em que se discutiu a revisão de preço em contrato de concessão de transporte coletivo municipal por conta da superveniente legislação que tornou obrigatória a reconfiguração de ônibus para assentos preferenciais (Anexo A, Caso #2[354]). Em um cenário de contrato administrativo, entendeu-se, no caso, que o impacto econômico-financeiro não se justificaria pois *"sequer foi juntada (...) planilha de cálculos de receitas e despesas"* (lógica econômica) e que, ainda que houvesse desequilíbrio, este *"não justifica o afastamento do dever de observância das obrigações constitucionais, infraconstitucionais e contratuais impostas às concessionárias"* (interesse público).

A miscelânea de critérios acima apontada indica que os parâmetros ora propostos – a natureza da contratação e suas disposições legais, a vulnerabilidade das partes, a lógica econômica e o interesse público – já são, na prática e em certa medida, exercidos por nossos tribunais, porém, sem nenhuma ordem, sistematização ou uniformidade. Ora um, ora outro são utilizados e são raros os julgados que os ponderem de forma cumulativa, permitindo que uma variável com potencial poder de influência da decisão seja, por vezes, ignorada. Tal conduta se distancia do comando do art. 926 do CPC, que incumbe os tribunais da difícil e complexa tarefa de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Já expusemos alguns exemplos acima de como a natureza da contratação e a vulnerabilidade das partes poderiam afetar os poderes de decisão do juiz. Além de tais critérios, destacamos que a importância de que a lógica econômica e interesse público sejam considerados também para essa avaliação judicial da imprevisibilidade.

A mutabilidade desse elemento no tempo é essencial para a aplicação desses dois critérios limitadores do poder de decisão. A breve evolução histórica apresentada em item antecedente já adiantou algumas conclusões. A figura da imprevisão como hipótese de revisão contratual teve tratamentos judiciais bastante incisivos com os períodos pós-guerras, as ondas inflacionárias e os problemas decorrentes da indexação a moedas estrangeiras, justificando-se uma maior interferência judicial na esfera contratual das partes

[353] STJ, AgInt nos ED no ARESP 956.687-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 07.02.2017.

[354] STJ, RESP nº 1.595.018-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.08.2016.

nesse cenário mais coincidente com um contexto político de Estado Social. A história nos ensina, contudo, que a experiência política, econômica, social e jurídica afeta o direcionamento dos critérios legais da imprevisibilidade e da extraordinariedade para fins de aplicação da teoria da imprevisão. Eventos outrora considerados imprevisíveis e justificadores de intervenção judicial podem, hoje, não sustentar tal qualidade e essa constante evolução deve ser atentamente considerada. O fenômeno da *inflação* é exemplo evidente – no Brasil, as decisões da década de 90 enalteciam sua imprevisibilidade da inflação e hoje prevalece a posição de que *"não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada no Brasil como álea extraordinária"*[355].

Um caso em específico no STJ merece destaque por sua fundamentação exatamente nesse sentido. Em caso de compra e venda de safra agrícola a preço futuro vinculado ao dólar norte-americano[356], a Min. Nancy Andrighi, em 2007, teve a oportunidade de não só apreciar o critério da previsibilidade, como também de destacar a evolução da orientação da Corte Superior sobre o tema diante das alterações históricas do cenário financeiro e político internacional. O voto destacou que há, de fato, *"diversos julgados desta Corte assentando que a alta do Dólar ocorrida em janeiro de 1999 constituiu episódio repentino e inesperado, apto a ensejar a revisão dos contratos então atrelados à moeda estrangeira"*[357] e que orientação se deveu ao fato de que àquela época houve uma *"profunda alteração na política cambial brasileira. Migrou-se de um sistema de variação cambial por bandas para a livre flutuação da cotação do Dólar, (...) verificou-se à época uma súbita elevação do Dólar, cuja cotação, de um dia para o outro, aumentou em cerca de 40%"*. Contudo, se destacou que tal fato teve como efeito *"calejar"* os *players* do mercado de câmbio, exigindo-se *"mais prudência em relação a possíveis altas e baixas"*, de modo que neste novo cenário pós-alta de 1999 a variação cambial *"deixou de ser um evento imprevisível"*. Mesmo a guerra no Oriente Médio, neste caso em específico, não foi reputada como fator de imprevisibilidade pois *"já haviam diversos rumores (...) de uma possível invasão do Iraque pelos EUA"* – sendo a guerra um fator que, como já vimos, sustentou historicamente muitas revisões.

---

[355] STJ, REsp nº 744.446-DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 17.04.2008.

[356] STJ, REsp 803.481-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 28.06.2007.

[357] Podem ser destacados, a título exemplificativo, os seguintes: REsp 472.594/SP, 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 04.08.2003; REsp 473.106/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.08.2003; e AgRg no REsp 767.238/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 10.10.2005.

E não é o único. Os marcos temporais de eventos decisivos da economia também se mostraram relevantes em casos envolvendo perda de lavoura de soja pela doença 'ferrugem asiática', tendo o STJ já se manifestado no sentido de que, em 2012, a doença *"não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível seu controle pelo agricultor"*[358].

Além disso, dentro da aferição da lógica econômica – e levando em conta os limites impostos pela natureza contratual e pela vulnerabilidade das partes (os quais impactam na quantidade de informação que o contratante teve ou deveria ter acesso ao firmar a contratação) – é importante que o poder de decisão do juiz leve em conta a prévia disposição das partes sobre a extensão do que poderia vir a ser invocado como acontecimento imprevisível. Principalmente em contratos mais complexos, é comum a existência de cláusulas denominadas de *hardship*, por meio da qual as partes podem antever quais fatos deverão ser reputados como previsíveis ou não e, em casso de sua ocorrência, as consequências que deverão ser observadas ou procedimentos para adequação do contrato – trataremos do tema em item pertinente a seguir. Se as próprias partes, no momento da celebração do contrato, disciplinaram seu comportamento futuro na hipótese de determinados acontecimentos, estes, à primeira vista e na extensão prevista contratualmente, não poderiam ser reputados como *imprevisíveis* pelo julgador.

Tais distribuições de risco podem, contudo, vir expressas no contrato não de forma particularizada, mas sim com referências a modelos padronizados. É o caso, por exemplo, de contratos com referência aos INCOTERMS (*International Commercial Terms*), atualizados pela ICC – modelos de alocação de riscos entre as partes de contratos de compra e venda internacionais e que regulam especificamente o transporte de carga para alocar riscos e responsabilidades referentes a custos de exportação, frete e seguro.

A análise da lógica contratual e mercadológica para se aferir a presença da imprevisibilidade e da extraordinariedade também é essencial para que possamos analisar a imprevisão em contratos aleatórios. Discute-se se o juiz poderia decidir pelo cabimento da revisão judicial com fundamento na teoria da imprevisão em contratos ditos aleatórios, diante do requisito legal da extraordinariedade do fato superveniente. Ao contrário do Código Civil italiano – que prevê que as normas sobre resolução por onerosidade excessiva

[358] STJ, RESP 945.166/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 28.02.2012.

superveniente *"non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti"* (art. 1.469) – a legislação civil brasileira não importou expressamente a vedação[359]. E o fez corretamente. Isso porque, também nos contratos aleatórios, não obstante haja um risco antevisto e assumido pelas partes, não se pode afastar a possibilidade de que sobrevenham situações extraordinárias que extrapolem os limites do risco inerente à estrutura contratual, de modo que é possível, em tese, a revisão ou resolução por imprevisão em contratos aleatórios na medida em que a imprevisão extrapolar a álea assumida – não obstante haja dissenso sobre o tema[360]. Aliás, justamente nesse sentido é a expressa legislação civil argentina, que prevê que a teoria da imprevisão autorizadora da resolução contratual também *"se aplicará a los contractos aleatorios cuando la excesiva onerosidade se produzca por causas extranas al riesgo propio del contrato"*, exatamente na linha ora proposta (art. 1.198(2) do CC argentino).

O contrato de seguro é exemplo clássico. O CC brasileiro prevê, em seu art. 770, que *"salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução*

---

[359] Segundo *Orlando Gomes*, houve não simples omissão, mas sim verdadeira intenção de não recepcionar a exclusão dos contratos aleatórios (*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 217).

[360] Tal possibilidade, contudo, não é uníssona. Com acerto, ORLANDO GOMES se alinha ao entendimento ora defendido e afirma que *"a natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate, como é evidente, de onerosidade que afete os mesmos riscos (em qualidade e quantidade) que o contrato tem por fim atribuir a uma das partes"* e exemplifica justamente com a hipótese do contrato de seguro – de natureza tipicamente aleatória – que, pela redação do art.769, pode ser resolvido pela seguradora na hipótese de haver incidente *"suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto"*. No mesmo sentido, RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR também defende que é possível se configurar onerosidade em contratos aleatórios quando *"o desequilíbrio deriva de evento fora da álea efetivamente querida"* (*Comentários ao Novo Código Civil: Da extinção do Contrato (arts.472 a 480)*, vol.VI, Tomo II, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 891). Sobre o tema, JUDITH MARTINS-COSTA destaca que, para a aplicação da Teoria da Imprevisão, é preciso determinar *"se a causa do contrato não foi, justamente a regulação daquela situação de risco futuro"* e, justamente por isso a diferença em relação à natureza do contrato (se comutativo ou aleatório) se mostra relevante (Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva Onerosidade Superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol.55/2012, p. 321, janeiro-2012, item 2.III). Em sentido contrário, contudo, NELSON ROSENVALD entende que *"a onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciado no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts.458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes – ou sobre a sua quantidade -, não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea"* (*Código Civil Comentado*, 3ª Ed., Barueri, Manole, Min. Cezar Peluso (Coord.), 2009, p. 514) e, na doutrina portuguesa, ANTONIO PINTO MONTEIRO e JULIO GOMES, defendem que o art. 437 do CC português não se aplica aos contratos aleatórios (Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, p. 332).

do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato". Nestes casos, o juiz tem, antes de tudo, uma responsabilidade social em buscar compreender a lógica econômica do contrato e do mercado como forma de manter sua adequação ao interesse público em ações revisionais. Sobre esse tema, JUDITH MARTINS-COSTA[361] destaca que o contrato de seguro é um contrato *comunitário*, em que o segurador figura como um *gerenciador no interesse de todos* e que tem por finalidade inserir o risco em uma mutualidade. A autora destaca o viés da boa-fé neste tipo de contratação voltado ao dever de declaração do risco e defende que o agravamento, para ensejar a consequência da perda da garantia, deve ser sensível e durável. Na doutrina[362] que se propôs a analisar o impacto do tema em nossos tribunais, já se concluiu que a *função social* tem sido utilizada como fundamento de diversas decisões do TJSP para incluir situações incapacitantes como merecedoras de cobertura de seguro de vida e de enquadrar cláusulas excludentes de cobertura de medicamentos e tratamentos em seguros de saúde, a despeito de disposições contratuais em sentido contrário e que, de modo geral, as decisões não especificam as razões pelas quais a função social justificaria impor custos originalmente excluídos da contratação aos fornecedores do serviço.

Há casos de intervenção na contratação de seguros, contudo, que identificam e efetivamente consideram a lógica da contratação em conjunto com seu impacto social. Em ACP ajuizada pelo MPF contra plano de saúde visando ao reconhecimento de nulidade de cláusula que afastava cobertura de prótese (lente intraocular) em cirurgia de catarata. Ponderou-se que, antes da Lei nº 9.656/1998, não havia consenso na ciência médica quanto à efetividade da lente intraocular em cirurgias de catarata, o que tornava válidos os contratos que excluíam tal cobertura. Contudo, com a evolução da medicina e da tecnologia se constatou que as lentes são essenciais à recuperação do paciente, de modo que sua exclusão passou a ser vedada em contratações novas. A revisão, neste caso, foi avaliada sob a ótica do estado da arte nesse setor, ou

---

[361] *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 341 e 348.

[362] Cf. AUGUSTO FRANKE DAHINTEN e BERNARDO FRANKE DAHINTEN (O princípio da função social e o contrato de seguro: algumas implicações práticas à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, pp. 141-158, outubro-dezembro 2016, item 3). Sobre o mesmo tema, WALTER POLIDO, ao abordar a atuação da SUSEP como órgão regulador dos seguros, chegou a sustentar que quando o *"Estado se imiscui na área contratual"*, há prejuízo aos consumidores pois o Estado não teria *"especialidade nessa área"* (Contratos de seguros: quando eles se tornam ineficazes para os segurados-consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, pp. 377-413, setembro-outubro 2017, itens 2.3 e 2.3.1).

seja, considerando-se a própria lógica econômica que pautou a elaboração de tais contratos com a exclusão de cobertura[363].

Esclarecido o cabimento da revisão judicial em contratos aleatórios, outras ilustrações podem ser úteis. Um bom exemplo do quanto a análise conjunta dos quatro critérios limitadores ora propostos é importante é a revisão de contratos administrativos. Em contratos dessa natureza, que envolvam entidades da Administração Pública, o art. 65, *d*, da Lei nº 8.666/93 prevê que estes podem ser alterados, com as devidas justificativas e por acordo das partes, *"para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual"* e seu §5º estabelece que a criação, alteração ou extinção de tributos e encargos legais ou superveniência de disposições legais (fato do príncipe[364]) após a proposta, *"implicarão a revisão destes para mais ou para menos"* se *"comprovada repercussão nos preços contratados"*.

Apesar de tais hipóteses serem mais amplas do que a teoria da imprevisão (pois permitem a revisão contratual diante de fatos previsíveis[365]), é interessante o quanto o legislador, especificamente para esta natureza de relação contratual, fez questão de destacar a necessidade de que qualquer modificação se voltasse ao *equilíbrio econômico-financeiro*, o que é reflexo da preocupação de que toda intervenção nesse sentido busque conservar a própria finalidade do negócio e a *harmonia de expectativas* que fundou a apresentação das propostas. Há, portanto, um enaltecimento de que a racionalidade

---

[363] STJ, REsp nº 1.473.846-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 21.02.2017.

[364] EROS GRAU e PAULA FORGIONI defendem que tanto a teoria da imprevisão como o fato do príncipe autorizam a modificação de contratos administrativos – o primeiro relacionado à álea econômica e o segundo relacionado à álea administrativa. Contudo, os advertem para a necessária diferenciação entre o sistema brasileiro e sistemas estrangeiros, destacando que, ao contrário da França (onde os juízos administrativos atribuem parte dos prejuízos aos concessionários na imprevisão e garantem indenização integral no fato do príncipe), no Brasil os efeitos jurídicos para fins de revisão contratual seriam os mesmos em ambas as hipóteses (*O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 116-117).

[365] Como bem lembra PAULO KHOURI, *"não se exige para a modificação que os encargos legais criados ou reduzidos o sejam em 1% ou 8º% para que haja a modificação (...) desvincula-se essa revisão da demonstração da excessiva onerosidade e também da extraordinariedade do fato"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 87).

econômica da contratação seja mantida – o que, na verdade, visa a garantir uma preocupação com o interesse público, seja voltado à manutenção do objeto contratual (usualmente relacionado à atuação para a sociedade), seja voltado à preservação do cenário de igualdade que deve permear as concorrências públicas. Nas PPPs, de modo diverso, tal lógica é distinta e, nesta natureza contratual, a racionalidade econômica está pautada pela ideia de *"repartição objetiva de riscos entre as partes"* (art. 4º, Lei nº 11.079/2004) e pelo compartilhamento entre o parceiro privado e a Administração Pública dos *"ganhos econômicos (...) decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos"* (art. 5º, Lei nº 11.079/2004) – ou seja, a natureza e a vulnerabilidade dos envolvidos é clara definidora de diferentes lógicas econômicas, diferentes atribuições de riscos e diferentes impactos diante do interesse público[366].

O entendimento da lógica econômica para fins de revisão de preço também é essencial em contratos de construção – entre os quais, a empreitada[367], um contrato nominado com enquadramento positivo em nosso ordenamento não apenas nos arts. 610 a 626 do CC, mas também na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) e na Lei nº 4.591/1964 (Lei de Condomínio em Edificações e Incorporações Imobiliárias). Para essa natureza contratual, o art. 620 do CC dispõe que *"se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá*

---

[366] A figura da PPP tem por objetivo permitir investimentos do setor privado em atividades em que o Estado, sozinho, não desenvolveria. Sobre o tema, PEDRO DE MENEZES NIEBUHR, *"parte-se do pressuposto de que o parceiro privado busca financiamento junto a entidades diversas, que emprestam valores com incidência de juros, tudo em atenção ao risco negocial. A previsão da amortização do financiamento é incorporada ao custo da operação; em se entendendo diminuído esse custo pela redução comprovada de risco, deve o ganho econômico ser repartido, nos termos contratuais, com o parceiro público, gerando receita ou abatimento na contraprestação"* (Risco econômico e receita pública nas Parcerias Público-Privadas. *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti* (Coords. Pedro Manoel Abreu e Pedro Miranda de Oliveira), 1ª ed., 2ª tiragem, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007, p. 319).

[367] O *contrato de construção* é, segundo HELY LOPES MEIRELLES, o *"ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou o comitente"* (*Direito de Construir*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 230). O CC brasileiro não conceitua a figura da empreitada; apenas define o objeto de sua prestação ao prever a contribuição do empreiteiro, para uma obra, com mão-de-obra e materiais. Segundo ORLANDO GOMES, a empreitada é o contrato pelo qual *"uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo"* (*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 362). A figura, historicamente, sempre foi associada a uma modalidade do instituto da locação – assim foi no direito romano ("*locatio conductio operis")*, no código de Napoleão de 1804 ("*louage d'ouvrage"),* nas Ordenações portuguesas, no Código Comercial brasileiro de 1850 (*"locação de serviços"*) e no Código Civil de 1916 (arts. 1.237 a 1.247) – e finalmente, tornou-se figura própria com o Código Civil de 2002.

este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada". Contudo, a prática construtiva é criativa e, para que se atendam diversas peculiaridades desse setor, conforme diferentes lógicas econômicas e diversas formas de distribuição de riscos, é comum a formulação de contratos atípicos[368].

A distinção entre essas diversas modalidades de contratos construtivos é de extrema relevância para fins de parametrização dos poderes do juiz em demandas em que se discuta a – comum – revisão dos preços pactuados pelas partes para a execução da obra. Nesse ponto, a natureza da contratação e as características das partes (que, por vezes, define a natureza de contratações desse tipo), são essenciais para a correta aferição dos limites dos poderes judiciais de revisão da contratação na medida em que a simples "diminuição" ou "diferença" de preço pode não ensejar, a depender da racionalidade econômica da contratação, a intervenção judicial.

Especificamente em relação aos poderes de decisão quanto ao próprio cabimento da revisão judicial, entende-se que a diferenciação entre tais modelos contratuais é de extrema relevância e deve ser considerada em controvérsias judiciais uma vez que pressupõem complexidades de diferentes gradações e assunções peculiares de riscos entre os contratantes. Quanto ao critério de remuneração, a doutrina[369] costuma classificar a empreitada em ao menos 5 (cinco) espécies: (i) preço fixo ou preço global ("*marché à prix"* ou *"à fortait"*), (ii) preço máximo, (iii) preço unitário, (iv) preço reajustável e (v)

---

[368] A título exemplificativo, podem ser mencionadas algumas modalidades específicas, como os contratos EPC (*Engineering, Construction and Procurement)*, EPCM *(Engineering, Procurement and Construction Management*), FEED (*Front end Engineering Design)*, *Turn Key*, ou ainda, os chamados contratos FIDIC – *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Federação Internacional de Engenheiros Consultores). LUIZ OLAVO BAPTISTA esclarece as principais características de cada tipo de contratação. Em linhas gerais, o autor destaca que *(i)* nos Contratos EPC, a atividade contratada abrange a elaboração de projetos, construção e materiais, correspondendo, no direito brasileiro, ao modelo da empreitada mista, *(ii)* nos Contratos EPCM, o contratado assume a concepção e gestão da obra e adquire materiais, porém a obra será executada por outros subcontratados, *(iii)* nos Contratos FEED, geralmente utilizados em projetos industriais e usinas hidroelétricas, a obrigação do contratado consiste na concepção e elaboração de um projeto inicial de uma obra, cabendo a futuros contratados a elaboração de orçamento para execução e construção propriamente dita, *(iv)* nos Contratos *Turn Key*, o fornecedor se obriga a entregar um conjunto industrial pronto, garantindo seu funcionamento e se responsabilizando pela sua integral construção (Contratos de Engenharia e Construção. *Construção Civil e Direito*, São Paulo, Lex Magister, 2011, pp. 26-42).

[369] Classificação proposta por NANCY ANDRIGHI (*Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de Contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*, Vol. IX; Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Vera Andrighi (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 285).

por administração. Segundo LUIZ OLAVO BAPTISTA[370], na modalidade do preço global, por exemplo, *"não se cogita da teoria da imprevisão e, portanto, de desequilíbrio de prestações por onerosidade excessiva"* pois há, aqui, um *"regime de partilha de riscos"* pactuado entre as partes. No mesmo sentido, NANCY ANDRIGHI[371] destaca a impossibilidade de revisão nesta espécie de empreitada, exceção feita à hipótese de desequilíbrio prevista no art. 620 do CC (diminuição no preço do material ou mão de obra superior a um décimo do preço global). Nessa mesma esteira, há decisões no TJSP que têm adotado o entendimento de que, na empreitada por preço global, não há possibilidade de cobrança de custos extras ou de revisão do preço e, sob o argumento de se defender a segurança jurídica e a premissa de que essa natureza de contratação não envolve vulneráveis, a conclusão é de que *"eventuais equívocos estão no contexto de preço assumido"* e que se a empreiteira *"calculou mal e contratou errado o serviço (...) não pode pretender alterar esta situação sob a alegação de medição a mais, ou mesmo, de execução a maior do projeto inicial"*[372]. Além disso, é comum que se entenda que intempéries climáticas, problemas com habite-se e autorizações ou surpresas com a área da construção (p. ex., solo instável, flora ou fauna protegidos etc.) sejam tidos como previsíveis e integrantes do risco contratual assumido[373]. O curioso é que além da

---

[370] Contratos de Engenharia e Construção. *Construção Civil e Direito*, São Paulo, Lex Magister, 2011, p. 22.

[371] *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de Contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*, Vol. IX; Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Vera Andrighi (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 285.

[372] TJSP, Apelação nº 9144266-15.2009.8.26.0000, Rel. Des. Hélio Nogueira, 22ª Câmara de Direito Privado, j.28.08.2014. No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 0030617-66.2009.8.26.0053, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, 13ª Câmara de Direito Público, j.28.01.2015. No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 0041894-79.2009.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, j. 04.07.2012; TJSP, Apelação nº 0362077-60.2009.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 07.03.2012. TJSP, Apelação nº 0030617-66.2009.8.26.0053, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, 13ª Câmara de Direito Público, j.28.01.2015. No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 0041894-79.2009.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, j. 04.07.2012; TJSP, Apelação nº 0362077-60.2009.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 07.03.2012. TJSP, Apelação nº 3000989-02.2013.8.26.0615, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, 8ª Câmara de Direito Público, j.30.09.2015; TJSP, Apelação nº 0055083-22.2012.8.26.0053, Rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, j. 10.06.2015.

[373] Em caso envolvendo revisão de contrato de empreitada de trecho-sul do Rodoanel, o TJSP entendeu que a empreiteira teria *"larga experiência (...) no ramo da construção civil"* e *"plenas condições de prever as consequências financeiras"* (Apelação nº 0055083-22.2012.8.26.0053, Rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, j. 10.06.2015 - Consórcio Arcosul Norberto Odebrecht/Constran x DERSA Desenvolvimento Rodoviário S/A). No mesmo sentido, em parecer sobre revisão de preço em empreitada no regime turnkey de trecho metroviário, Gustavo Tepedino concluiu pelo descabimento da pretensão de reajuste partino da premissa de que o *"construtor, por deter conhecimento técnico capaz de definir, de antemão, todos os equipamentos, materiais, mão de obra e demais aspectos necessários à execução do ajuste, não pode, após a celebração do contrato, surpreender o contratante com exigência de majoração em virtude da oscilação no preço de*

previsibilidade, o TCU já chegou a concluir – justamente por considerar a lógica econômica – que, em contratos administrativos de empreitada, variações até 10% (dez) por cento sejam consideradas "acidentais" e, portanto, incluídas na álea ordinária da contratação[374].

Como se vê, os envolvidos nesse tipo de contratação são, geralmente, sujeitos de quem se espera a ciência da atribuição de riscos e, nessa situação de ausência de vulnerabilidade, o magistrado não pode considerar e aplicar de forma indistinta a previsão legal da empreitada sem entender a lógica econômica e a divisão de riscos de cada espécie de contrato de construção entre as opções acima destacas, sob pena de contrariar a própria finalidade desse tipo de contratação e intervir de maneira inapropriada.

Por fim, outro exemplo prático nos evidencia a necessidade de que a aferição judicial se paute também pela conformidade do pleito revisional ao interesse público – o exemplo, aliás, demonstra ser imprescindível a análise dos quatro critérios limitadores ora propostos. Ao julgar tema de reajuste de preços com base no aumento da inflação como hipótese de aplicação da teoria da imprevisão em contrato administrativo, o STJ acabou por, ainda que implicitamente em alguns pontos, confirmar a importância de tais parâmetros. Partindo da qualificação do contrato como administrativo (natureza jurídica da relação contratual) e assumindo que o contratante com a administração pública não seria parte vulnerável em relação às informações relacionadas à atividade a ser contratada (vulnerabilidade), entendeu que a inflação, além de não ser imprevisível no Brasil (lógica econômica da contratação, sob o viés histórico da evolução do mercado), ainda poderia implicar violação à isonomia que deve reger as concorrências públicas, pois acolher a revisão contratual implicaria beneficiar o licitante vencedor *"em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente"*[375].

---

qualquer dos seus componentes" – invocando as regras dos arts.619 e 620 do CC e destacando haver uma *"responsabilidade de levantamento de dados"* (Aspectos práticos do Contrato de Empreitada no Regime Turnkey. *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol. 2, pp. 231-252, novembro-2011).

[374] Cf. JULIANE ERTHAL DE CARVALHO. *Empreitada por Preço Global: a uniformização de entendimento do TCU*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados, Curitiba, nº 79, setembro-2013, disponível em **http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=79&artigo=1086&l=pt**, acesso em 30.11.2015.

[375] STJ, RESP 744.446-DF, Re. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 17.04.2008.

III. Expressa fundamentação quanto ao critério utilizado. Do ponto de vista estritamente processual, chama atenção o resultado da fotografia, pela incidência de casos em que a fundamentação não deixa clara a exata razão pela qual os elementos da imprevisibilidade e da extraordinariedade foram rejeitados. Com as devidas ressalvas quanto ao fato de se tratar de julgados do STJ (seara em que a matéria fático-probatória não deve ser revolvida), não são raras as decisões em que há simples disposição quanto à ausência dos elementos no caso concreto e paráfrase de disposições legais que façam referência aos elementos da revisão por modificação de circunstâncias.

Em um dos casos levantados (Anexo A, Caso #5), um consumidor pleiteou a revisão de parcelas de preço de contrato de financiamento habitacional e se entendeu que *"a perda do emprego é evento previsível"*. Independentemente do acerto da decisão, a constatação da previsibilidade não dispensa a fundamentação nos termos do art. 489, §1º do CPC, que veda decisões que se limitem à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicar sua relação com a causa e que empregue conceitos jurídicos indeterminados (como a *previsibilidade*) sem explicar sua incidência ao caso concreto. Não é o que se espera, sem dúvida, de uma tutela jurisdicional pautada pela cooperação, pela adequada e completa fundamentação e pela própria boa-fé que deve conduzir a conduta também dos juízes e que está atrelada, na outra ponta, à expectativa de transparência que o jurisdicionado nutre no processo.

Como se viu, a aferição judicial do elemento *imprevisibilidade* e *extraordinariedade* em cada caso concreto que demande a aplicação da teoria da imprevisão não é – e não pode ser – padronizada e indistinta. Ao analisar ser ou não hipótese de cabimento da teoria da imprevisão, o julgador, sempre ciente de que os conceitos de *previsibilidade* e *extraordinariedade* são mutáveis no tempo e conforme seu local (sujeito às peculiaridades das condições políticas, econômicas e sociais do local de cumprimento da obrigação, naquele dado momento histórico), deve avaliar o cabimento da revisão judicial a depender (i) da natureza da contratação / tipo contratual, (ii) da vulnerabilidade dos envolvidos, (iii) da lógica econômica da contratação e (iv) do interesse público. A padronização de tais critérios limitadores do poder de decisão do juiz em ações revisionais é essencial para que, por um lado, tais demandas sejam analisadas de modo uniforme e previsível e com a ponderação dos mesmos parâmetros a todos os casos de modificação contratual e, por outro lado, se permita, pela generalidade de tais parâmetros, que as peculiaridades fáticas de cada caso sejam valoradas.

9.2.2.4. Onerosidade 'Objetivamente' Excessiva

Por fim, o critério da *"onerosidade excessiva"* abarcado pela teoria da imprevisão encontra previsão expressa no art. 478 do CC, ao exigir que *"a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra"* e, de certa forma, a noção está presente também no art. 317 do CC, ao permitir a correção judicial quando *"sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução"*. O requisito, aliás, também é comum à teoria da base objetiva do negócio encampada pelo CDC que, em seu art.6º, V alude a *"prestações desproporcionais"* ou *"excessivamente onerosa"* e em seu art. 51, IV e §1º, III faz referência a *"desvantagem exagerada"* e a *"vantagem excessivamente onerosa"*.

A ideia da onerosidade excessiva é aquela que envolve a noção de desproporcionalidade da prestação no momento do adimplemento da obrigação em relação ao seu valor no momento da formação do contrato. Para se utilizar a expressão de NELSON ROSENVALD, seria o atingimento do *"limite do sacrifício"* do contrato, o qual *"corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto"*[376], e que, segundo ORLANDO GOMES[377], implica não em uma *"inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade"* ao adimplemento da obrigação assumida.

Na análise de demandas revisionais fundadas na teoria da imprevisão, ao apreciar a presença deste requisito, o magistrado deve se atentar a, pelo menos, 3 (três) aspectos da onerosidade que, se cumulativamente presentes, justificam a aplicação da teoria: (i) a onerosidade deve ser *excessiva*, (ii) a onerosidade deve ser *objetivamente* excessiva e (iii) a onerosidade deve se corresponder a uma *vantagem para a parte contrária*.

1. Onerosidade Excessiva. O primeiro aspecto é a necessidade de que a onerosidade seja *excessiva*. Significa dizer que o aumento da onerosidade de uma determinada prestação contratual deve ser extremamente sacrificante ao contratante de modo a ensejar uma grande *dificuldade*. O aspecto, aliás, é o grande diferenciador entre a figura da imprevisão e da força maior. Na imprevisão, há uma onerosidade excessiva (grande dificuldade, a despeito da

[376] *Código Civil Comentado*, 3ª Ed., Barueri, Manole, Min. Cezar Peluso (Coord.), 2009, p. 513.

[377] *Contratos*. 26ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 214.

possibilidade de cumprimento da obrigação), ao passo que na segunda há uma verdadeira *impossibilidade* de cumprimento da prestação.

Importante que se destaque que a onerosidade pode ser observada nas prestações de ambos os contratantes (prestação e contraprestação) e a desproporção entre elas pode ser considerada tanto para mais, como para menos.

A lei não traz parâmetros do que considera *excessivo* para essa finalidade e extamente por conta dessa indeterminação jurídica é que se justificam os critérios limitadores do poder decisório revisional do juiz, não podendo este se furtar de interpretar este conceito de modo relativo, à luz da natureza contratual, da vulnerabilidade das partes, da lógica econômica e mercadológica (este de especial importância para a análise da excessividade), ressalvada a conformidade com o interesse público.

Na Alemanha da década de 30 – quando os tribunais já estavam razoavelmente estabilizados após a grande inflação da década de 20 e adotavam posturas mais restritivas quanto à imprevisão – passou-se a decidir que o desequilíbrio a justificar a intervenção judicial em contratos implicasse perdas *catastróficas.* Nessa época, a revisão judicial foi rejeitada, p.ex., em caso de revisão de preço que não excedeu 14% e em caso de revisão de preço em compra e venda de terra após um ciclone ter destruído apenas 5% de sua vegetação[378]. No Brasil, a fotografia jurisprudencial do Anexo A indica que o STJ já reputou excessivo, p. ex., o cálculo de honorários advocatícios contratuais que representou mais de 2/3 do benefício econômico do cliente na demanda judicial[379].

2. Onerosidade Objetivamente Excessiva. O segundo aspecto é a necessidade de que a onerosidade seja *objetivamente* excessiva. Ou seja, deve ser excessiva não apenas em relação à pessoa do devedor no caso concreto, mas a toda e qualquer pessoa que se encontre nessa mesma posição contratual em contratos similares. Ainda que a noção de "excessivo" tenha certa dose casuística, a ideia da excessividade objetiva é deixar em segundo plano as especificidades das partes envolvidas e seu impacto para a questão.

Nem todos os sistemas que admitem a revisão contratual por imprevisão exigem tal objetividade como característica da onerosidade excessiva. Na

---

[378] Decisões, respectivamente, de 1935 e 1939. Cf. JOHN DAWSON (Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, pp. 1072-1073).

[379] Caso #12 (RESP 1.454.777 MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 17.11.2015).

Rússia, p. ex. – sistema em que a imprevisão é bastante excepcional – ALEXEI DOUDKO[380] afirma que o art. 451(1)(2) do CC russo, ao exigir que a alteração da circunstância seja *"substancial"*, adotou uma terminologia subjetiva, sendo entendida como a que, se aquelas partes em específico pudessem razoavelmente prever, o contrato não teria sido celebrado ou teria sido celebrado em termos diversos. Já na Alemanha, HANNES RÖSLER[381], afirma que o item 1 do §313 do BGB é uma regra geral de alteração de circunstâncias fundamentais, tanto subjetivas quanto objetivas e que, pela lei alemã, as consequências a ambas são as mesmas.

De todo modo, no Brasil a exigência, apesar de não ser expressamemte prevista em nossa legislação, é correntemente apontada como exigência na análise de casos práticos levados à apreciação judicial. A jurisprudência enfrenta um exemplo clássico na prática forense a este respeito: o do desemprego como causa de onerosidade excessiva. Sobre o tema, o TJSP já adotou entendimento no sentido justamente de exigir que a onerosidade excessiva seja objetiva e não subjetiva, destacando que *"o desequilíbrio que autoriza a revisão é aquele que se dá na relação contratual, não abrangendo as vicissitudes da vida pessoal das partes"* e que tais dificuldades *"constituem óbice a ser enfrentado e superado exclusivamente pelo interessado, ainda que o sacrifício exceda a uma certa medida"*[382]. De igual forma, em demanda envolvendo a pretensão revisional de contrato bancário de financiamento para aquisição de veículo em que se discutia a excessiva onerosidade causada pela suposta superveniência de cobrança de tarifa de registro de contrato, o TJSP ratificou sua orientação no sentido de que *"a onerosidade há de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição"* [383].

O fato de a onerosidade ser objetivamente excessiva não afasta a necessidade de que o julgador leve em conta o critério da vulnerabilidade das partes na valoração do caso. A vulnerabilidade aqui deve ser avaliada à luz da categoria que se enquadra a parte, em vista de um padrão médio de

---

[380] Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 495.

[381] Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 497.

[382] TJSP, Apelação nº 0010181-42.2010.8.26.0606, Rel. Des. Rômolo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, j.16.04.1015.

[383] TJSP, Apelação 1052139-18.2014.8.26.0002, j. 08.06.2015.

comportamento. O fato de uma empresa estar em situação de insolvência ou de ter assumido diversas dívidas perante bancos não tem o condão de justificar a excessiva onerosidade, por exemplo, em função do aumento de preço de um dos insumos de seus produtos e da manutenção do preço assumido com seu cliente. Neste exemplo, o enfoque da onerosidade objetivamente excessiva deve estar no aumento de preço (o que é excessivo para empresas contratantes naquele mercado) e não na situação de insolvência (o que é excessivo para aquele contratante em específico).

E não obstante a objetividade, é importante que o magistrado se paute pelo *standard* do que pode ser considerado excessivo tendo em vista as especificidades do mercado em que a discussão é tratada – a importância deste critério é crucial para a tutela jurisdicional mais adequada aos seus escopos. O que é considerado como *objetivamente excessivo* deve levar em conta as práticas de um determinado mercado. Determinadas variações podem ser consideradas como inseridas na álea contratual em determinados setores e podem ser tidas como extraordinárias em outros.

3. 'Extrema Vantagem' à Parte Contrária. Por fim, o julgamento de demandas revisionais fundadas na teoria da imprevisão deve, necessariamente, passar pela constatação de que a desvantagem a um contratante seja correlacionada a uma "*extrema vantagem para a outra"* parte (art. 478 do CC).

Na doutrina civilista, a exigência legal é debatida e controversa. Há uma corrente preponderante que defende a plena razoabilidade de tal exigência legal, a exemplo de GUSTAVO TEPEDINO[384] e ANDREA ZANETTI[385]. Em sentido contrário, contudo, alguns autores, a exemplo de RUY ROSADO DE AGUIAR JR.[386] e outros[387], defendem que tal requisito não deveria ser expressamente

---

[384] Segundo o autor, *"afigura-se essencial a extrema vantagem para uma das partes em contrapartida à excessiva onerosidade para a outra"* (Requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro, *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol.2, pp. 547-570, novembro-2012, item 3) e a *"crise financeira superveniente à contratação (...), a um só tempo, acarrete vantagem aos vendedores e excessiva onerosidade à proponente"* (Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 337, novembro-2011, item 2).

[385] Segundo a autora, critério da onerosidade excessiva exige a demonstração de haver *"inesperadas vantagens a um contratante, em sacrifício desmedido e imprevisto do outro contratante"* (*Princípio do Equilíbrio Contratual*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 185).

[386] *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 152.

[387] Cf. LAURA FRANTZ (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 224) e MONICA BIERWAGEN, a quem *"a exagerada vantagem para a outra parte não parece ser condição necessária para a incidência da teoria da previsão, na medida em que exclui de seu alcance situações que, à luz dos princípios da boa-fé e da equidade, e da própria função social do contrato,*

exigido pois a onerosidade excessiva a uma das partes contratantes, por si só, já causaria o desequilíbrio da relação contratual. Para esta corrente, se a finalidade da teoria for, de fato, o ajuste de um desequilíbrio, o que importa é a modificação desse equilíbrio, independentemente da vantagem ao outro contratante, não se podendo excluir situações deveriam ser corrigidas pela imprevisão, de acordo com a boa-fé, a equidade e a função social.

Na verdade, a exigência é coerente com nosso sistema ao requerer que a demonstração da excessiva desvantagem seja acompanhada da prova da indevida vantagem à parte contrária. O contrato não pode ser fonte de abuso e enriquecimento sem causa, ambos vedados pela legislação civil (arts. 187[388] e 884[389] do CC). É legítimo, portanto, que tal requisito seja exigido quando do julgamento de demandas revisionais.

É curioso notar, entretanto, que a despeito de sua coerência e exigibilidade, o requisito da "extrema vantagem" ao contratante-credor não está presente em sistemas estrangeiros que, a rigor, serviram de inspiração para a legislação brasileira. Nesse sentido, é bem-vinda a constatação de ANTONIO CELSO PUGLIESE[390] no sentido de que *"o direito alemão, o direito francês, o direito argentino e mesmo o direito italiano (...) não contém qualquer previsão sobre esse novo requisito"* e que tal exigência não estaria presente nem mesmo nos sistemas de *Common Law*.

Em suma, a onerosidade para fins de aplicação da teoria da imprevisão em demandas revisionais de contratos deve ser aquela que (i) se demonstre *excessiva* – ou seja, extremamente sacrificante ao contratante de modo a ensejar uma grande *dificuldade*, a despeito da *possibilidade* de cumprimento da prestação, (ii) se comprove excessiva de forma *objetiva* – vale dizer, não apenas ao contratante em desvantagem mas a qualquer um que se encontrasse na mesma posição contratual e (iii) se prove ser necessariamente acompanhada da *exagerada vantagem* à outra parte contratante, hábil a ensejar um enriquecimento indevido – tudo isso analisado sob o enfoque da natureza da

---

deveriam ser corrigidas pela cláusula rebus sic stantibus" (*Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 76-77).

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

389 "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

390 Teoria da Imprevisão e Novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, vol. 830/2004, pp. 11-26, dezembro-2004, item 2.

contratação, da vulnerabilidade das partes, da lógica econômica do contrato em seu mercado e observada a conformidade ao interesse público.

9.2.3. Escolha judicial entre revisão e resolução

Assumindo que o contratante lesado pela alteração de circunstâncias pleiteie apenas a resolução do contrato, o art. 479 do CC permite que a parte beneficiada pela imprevisão (réu) manifeste seu interesse pela manutenção da relação contratual mediante proposta de revisão do conteúdo contratual. Nesta situação, sendo oferecida essa proposta de revisão pelo réu, haveria uma ordem de preferência vinculativa da cognição jurisdicional entre a revisão (proposta pelo réu) e a resolução (pleiteada pelo autor)?

Estamos considerando, nesta situação, que a proposta de modificação contratual oferecida em contestação não foi aceita pelo autor de modo a evoluir para uma composição amigável a ser homologada em juízo, sendo, portanto, necessária a tutela jurisdicional impositiva de solução do conflito[391]. E, mais ainda, estamos considerando que houve proposta de revisão ao menos de um dos lados, pois na hipótese de o autor pleitear apenas a resolução e não haver proposta de revisão pelo réu, não se concebe a interferência judicial revisional, mas tão somente a resolutória em função dos limites objetivos da lide – não obstante haja abalizada doutrina em sentido contrário[392].

No Brasil, há, sem dúvida, uma preferência em favor da revisão contratual (e consequente conservação das relações, comumente elevada à condição de princípio), em detrimento do rompimento dos contratos. Nesse sentido, o Enunciado 176 do CJF consolida a orientação de que *"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*

---

[391] NELSON BORGES diferencia a *"situação de revisão judicial consensual"* da *"situação de revisão por decisão judicial"* – a primeira ocorreria quando, em juízo, as partes se compusessem sobre a revisão do contrato; a segunda ocorreria quando, impossibilitada a composição amigável, o juiz precisasse decidir pleito de revisão contratual, formulado em caráter principal. A classificação, com o devido respeito, não parece ser a mais precisa do ponto de vista processual. Tanto a revisão por meio de homologação de acordo quanto a revisão por meio de julgamento de mérito operam-se por meio de uma sentença, não havendo que se qualificar como "decisão judicial" apenas a segunda categoria (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil (com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 581-582).

[392] Nesse sentido, RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR já defendeu que *"ainda que inexista manifestação do réu, o juiz poderá (...) manter o contrato e apenas revisar as cláusulas. (...) Antes de ser uma solução contrária à vontade das partes, é a que mais a preserva"* (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 234).

e não à resolução contratual", a qual é reproduzida por diversos autores brasileiros[393] e decisões judiciais[394] e cuja *ratio* pode ser extraída da legislação civil, notadamente de seu sistema de invalidades (arts. 170, 183 e 184 do CC).

Tendo, de um lado, um pedido de resolução por parte do contratante lesado pela imprevisão e, de outro, uma proposta de revisão contratual por parte do contratante favorecido pela imprevisão, a decisão judicial deverá se pautar pela prevalência da conservação do negócio jurídico, sem, contudo, se descurar, da própria pertinência e adequação da manutenção da relação contratual, sob pena de a tutela jurisdicional não atingir seu escopo e criar, ao revés, situação não querida pelas próprias partes ou até prejudiciais ao mercado e ao interesse público de modo geral.

É comum que se afirme que o juiz deve preferir a resolução apenas quando a manutenção do contrato não for *razoável*[395] ou *útil*[396]. Mas, afinal, qual seria o enfoque e a limitação dessa *razoabilidade* ou *utilidade*?

Defende-se que a escolha judicial entre um pleito resolutivo e um pleito revisional deve, apesar da tendência à conservação do negócio, avaliar a pertinência de sua adaptação, necessariamente mediante a avaliação da natureza da relação contratual, da vulnerabilidade das partes, da lógica econômica da contratação e de seu mercado e do interesse público, tal como já defendido acima.

---

[393] Nesse sentido: ANDREA CRISTINA ZANETTI destaca que *"Devido à importância de sua função, sempre que um contrato seja alvo de uma revisão judicial ou arbitral, deve o aplicador do direito cuidar de sanar os desequilíbrios constatados, com a preocupação de mantê-lo, sempre que possível"* (*Princípio do Equilíbrio Contratual*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 246-247) e LAURA FRANTZ (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 232-233).

[394] Nesse sentido, em sede de recursos repetitivos: *"Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos artigos 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no artigo 170 do Código Civil brasileiro"* (Tema Repetitivo 52, STJ, REsp nº 1.063.343-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Ac. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 12.08.2009).

[395] Cf. LAURA FRANTZ, a quem a resolução é aplicável apenas quando a adaptação do contrato for impossível ou quando a execução do contrato não puder ser *"razoavelmente imposta ao contratante lesado pelo desequilíbrio"* (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 232-233).

[396] Cf. BRUNA LYRA DUQUE, segundo o qual o marco divisório entre a revisão e a resolução é a *"utilidade ou inutilidade da prestação"* e o *"interesse das partes na manutenção do negócio"* (A Revisão dos Contratos e a Teoria da Imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo - RPDC*, n. 51, setembro-2007, pp. 159-160).

Nesse sentido, já se mencionou anteriormente o exemplo do caso *Volkswagen*, em que o supremo tribunal alemão, revendo decisão anterior que optava pela resolução contratual, insistiu na revisão para que a compra e venda de 2 automóveis fosse performada mediante a revisão de preço e, para tanto, simplesmente ignorou que a revisão demandaria uma prova técnica extremamente complexa para aferição dos custos de produção de mais de 330 mil automóveis, um alongamento substancial da tramitação processual para que tal prova pudesse ser produzida e, mais ainda, uma excessiva onerosidade à contratante que, antes 'favorecida', agora deveria suportar uma prestação muito maior do que a originalmente assumida.

9.2.4. Vinculação judicial à proposta revisional do réu

Em continuidade à hipótese tratada no item acima, partindo-se de um cenário em que o autor-lesado pleiteia a resolução contratual e o réu-favorecido propõe a conservação do contrato mediante sua revisão, uma indagação é pertinente do ponto de vista processual: neste caso, mesmo não se tratando de pretensão reconvencional, estaria o juiz vinculado à 'dosagem' revisional proposta pelo réu em sua defesa, caso não se decida pela pertinência da resolução contratual requerida pelo autor?

A questão, novamente, é controversa e, nesse ponto, é curioso notar o quanto nossa prática se distanciou da italiana, mesmo diante da similar redação legal.

A respeito da aplicação da imprevisão na Itália, a doutrina explica que, se o réu não propuser a modificação do conteúdo contratual ou, ainda, se propuser uma modificação que não faça sentido à conservação equitativa do contrato, o juiz não substitui a vontade das partes e não elabora, ele próprio, uma solução para sua adaptação por não ser considerado como conhecedor do negócio e, justamente por isso, a jurisprudência italiana exigiria que *"o pedido de revisão deve ser formulado com precisão, de modo que não haja dúvidas sobre o efeito jurídico constitutivo que se pretende obter"* [397].

[397] Cf. ALFREDO JOSÉ RODRIGUES ROCHA DE GOUVEIA (Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, pp. 188-189 e 197-198). Apesar de se costumar exigir do réu a indicação específica da revisão, o autor lembra que poderia ser admitido ao réu apontar a *"modalidade de revisão"*, permitindo ao juiz que pudesse analisar e *"traduzir em cifras"* a revisão efetivamente proposta, ou seja, apontar apenas os critérios de revisão.

Ao comentar o entendimento da *Corte di Cassazione* sobre a questão, à luz do CC italiano sobre revisão judicial por alteração de circunstâncias, CHRISTOPH BRUNNER[398] destaca que a orientação adotada neste sistema é a de vinculação do juiz à exata proposta de revisão apresentada pelo réu, sob pena de julgamento *ultra petita*. Ou seja, caberia ao juiz acolher a proposta específica de revisão do réu ou resolver o contrato nos moldes do pedido do autor. Por conta de tal orientação, inclusive, na prática, é recomendado que, em ações desse tipo, o réu apresente, em caráter subsidiário, diversos cenários que repute razoáveis para a modificação do contrato, de modo a evitar a resolução.

A solução não parece ser a mais condizente com o 'espírito' da revisão judicial por imprevisão no Brasil. A intervenção judicial em contratos de *leasing* no período da maxidesvalorização da moeda mostram que os tribunais brasileiros tendem a reconhecer seus poderes de integrar o contrato, ainda que não concordem com a dosagem revisional sugerida pelo réu. E a respeito desse tema, LÚCIA ANCONA LOPES DIAS[399] defende que esse poder revisional do juiz de integrar a revisão mesmo que não acate os limites do réu é *"uma tendência, uma vez que recepciona os anseios por maior eficácia do instituto, nos casos de manifesto desequilíbrio contratual".*

Entendemos, contudo, que uma ponderação é essencial: a vinculação judicial à proposta modificativa do réu se sujeita às mesmas regras processuais de vinculação do juiz aos limites objetivos da demanda fixados pelas próprias partes. Em item pertinente a seguir nos ocuparemos com maior detalhe do princípio da demanda (art. 2º, CPC) e do princípio da correlação, pelo qual o juiz se obriga a decidir o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado condená-las em algo diverso ou superior do que lhe foi demandado (arts. 141 e 492, CPC). Assim, nos parece que tais dispositivos legais processuais podem conduzir a respostas diferentes ao questionamento acima.

Em hipótese em que o autor-lesado pleiteia tão somente a resolução do contrato com fundamento na imprevisão (e não a revisão) e o réu propõe a conservação do negócio mediante revisão, é razoável defender que, não reputando tal modificação equitativa, o juiz deve rechaçar a proposta do réu e

---

[398] Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 506.

[399] Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 378-379.

apreciar a procedência ou não do pedido de resolução contratual, não cabendo ao juiz extrapolar o limite imposto pelo réu[400].

Contudo, em hipótese em que o autor-lesado pleiteia a revisão do contrato com fundamento na imprevisão, ao credor-réu permanece a faculdade de propor a modificação e, neste caso, se houver proposta de revisão, é razoável defender que o juiz tenha margem para avaliar o que é equânime entre os limites impostos pelo autor e pelo réu.

Tais cenários parecem ter importância teórica pois, na prática, é difícil que um credor-réu venha a juízo apenas propor a redução equitativa do preço. Tal conduta, em ações de resolução contratual, poderia suscitar discussão quanto à confissão a respeito da presença dos elementos da imprevisão (arts. 341 e 389, CPC) e, em ações revisionais, poderia implicar reconhecimento da procedência (ainda que parcial) da demanda (art. 487, III, a, CPC) e justificar até o julgamento antecipado parcial do mérito diante de fato incontroverso (art. 356, I, CPC). O mais comum é que o réu venha a juízo requerer a improcedência da demanda sob o argumento da ausência dos elementos da imprevisão e cogite, em grau subsidiário e eventual, que, caso se entenda presentes os elementos da imprevisão, se autorize a revisão judicial em patamar sugerido pelo próprio réu.

9.3. Revisão fundada na onerosidade excessiva no CDC (Teoria da Base Objetiva)

O art. 6º, V do CDC garante como direito básico do consumidor *"a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"* e, no art. 51, IV e §1º, III, o código consumerista esclarece que são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações *"abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada"*, presumindo-se exagerada aquela que *"se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso"*.

[400] Nesse mesmo sentido é a posição de FLÁVIO YARSHELL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice"? *Estudos em homenagem à Professoria Ada Pellegrini Grinover*, Coord. Flávio Yarshell e Maurício Zanoide, 1ª ed., São Paulo, DJP Editora, 2005, p. 574).

Um esclarecimento preliminar é importante: o art. 6º contém, na verdade, duas causas distintas de interferência judicial em contratos de consumo. Sua primeira parte contempla a figura da lesão[401] (nascida no momento da pactuação do contrato) e sua segunda parte contempla a onerosidade excessiva por evento superveniente (nascida ao longo da execução do contrato).

Neste item, o enfoque será à segunda figura. Como se adiantou, a teoria da Imprevisão prevista no CC por força de seus arts. 317 e 478 e seguintes não se confunde com a modificação contratual aplicável aos contratos de consumo, sob a ótica da teoria da base objetiva, com fulcro nos arts. 6º, V e 51, §1º, III, ambos do CDC.

A comparação entre as redações do estatuto civil e do consumerista leva à conclusão de que, para se pleitear a intervenção judicial em contratos de consumo, a legislação especial não exige a *imprevisibilidade* e a *extraordinariedade* do evento causador da onerosidade excessiva – conclusão esta compartilhada pela doutrina[402], a despeito de, parte dela[403], enfatizar a dispensa do elemento *imprevisibilidade*.

Concorda-se aqui com a conclusão de JOSÉ SIMÃO[404] no sentido de que a sistemática do CDC, ao dispensar alguns dos requisitos impostos pelo CC, acabou por adotar a teoria da onerosidade excessiva (teoria da base objetiva do

---

[401] Como ensina TERESA ANCONA LOPEZ, a lesão consumerista do art. 6º deve ser lida em conjunto com a do art. 51, não se confundindo com o instituto da lesão do CC, relacionado apenas a relações paritárias (Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 31).

[402] Nesse sentido: PAULO KHOURI defende que o requisito de o fato superveniente ser extraordinário *"é absolutamente irrelevante"*, sendo relevante *"a consequência do fato superveniente, ou seja, um acontecimento qualquer que onere excessivamente a prestação para o consumidor"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 38-39).

[403] Entre estes, RIZZATTO NUNES enfatiza a dispensa especialmente da previsibilidade e afirma que *"não se trata da cláusula* rebus sic stantibus, *mas sim, de revisão pura, decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos"* e que *"a teoria da imprevisão (...) tem como pressuposto o fato de que, na oportunidade da assinatura do contrato, as partes não tinham condição de prever aqueles acontecimentos, que acabaram surgindo. (...). Na sistemática do CDC não há necessidade desse exercício todo. Para que se faça a revisão do contrato, baste que após ter ele sido firmado surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor"* (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 146-147).

[404] *A resilição contratual III*, disponível em **http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_resiliacao_03.htm**, acesso em 20.06.2015.

negócio)[405] independentemente da teoria da imprevisão. Ou seja, *"a onerosidade é considerada objetivamente e independe dos motivos que deram causa"*, permitindo-se a revisão contratual mesmo que os fatos supervenientes sejam previsíveis ou ordinários.

E não é só. O CDC também não exige a necessária correlação entre vantagem *x* desvantagem entre os contratantes, tal como na teoria da imprevisão do CC. E a jurisprudência, na prática, encampa tal distinção. Basicamente, sob tal viés, têm sido identificados como elementos para a revisão por onerosidade excessiva nas relações de consumo (a) a existência de uma relação contratual de execução continuada ou diferida no tempo, (b) a ocorrência de um fato superveniente à celebração do contrato, (c) a alteração objetiva das bases do negócio, com interferência na equivalência de prestações e (d) em situações pontuais, o comprometimento da finalidade do contrato e de sua função social[406].

A diferenciação entre os elementos da aplicação da teoria da imprevisão do CC da aplicação da teoria da base objetiva do negócio do CDC é evidência que confirma a importância da natureza da relação contratual e da vulnerabilidade das partes como critérios limitadores do poder judicial de revisão de contratos. A própria essência da relação de consumo, com presunção de vulnerabilidade do contratante-consumidor em detrimento do contratante-fornecedor, fixa, legalmente, limites menos rígidos à intervenção judicial, denotando, justamente, maior preocupação do Estado em tutelar essa espécie de contratação.

O próprio STJ encampa essa orientação e confirma que a teoria da base objetiva tem aplicação restrita às relações jurídicas do microssistema consumerista e não é aplicável às relações puramente civis, descabendo diálogo

---

[405] Em sentido contrário, há quem afirme, a exemplo de RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS, que a regra encampada pelo CDC *"não se trata propriamente de busca pelo equilíbrio e proporcionalidade das prestações obrigacionais previstas no contrato, portanto, não se trata da teoria da base objetiva do negócio jurídico, mas de um princípio protetivo ao consumidor"* (*Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, p. 165).

[406] Um recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo pode ser destacado em relação à sistematização de critérios para aplicação da Teoria da Base Objetiva do Negócio, ao firmar entendimento no sentido de que: *"suficiente, portanto, que o fato superveniente tenha alterado de maneira objetiva as bases nas quais as partes constataram, de forma que interfira na relação de equivalência entre prestação e contraprestação e na própria finalidade objetiva do contrato. Difere, assim, da Teoria da Imprevisão por não exigir que o fato superveniente seja extraordinário e imprevisível. (...) tem-se como requisitos para a revisão dos contratos, consoante a teoria da base objetiva do negócio: a) a destruição da relação de equivalência entre prestação e contraprestação, na medida da regra geral da boa-fé, ou (b) a impossibilidade de se alcançar a finalidade do contrato, na medida de sua função social"* (TJSP, Apelação nº 0010181-42.2010.8.26.0606, Rel. Des. Rômolo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 16.04.1015).

das fontes nesse sentido. Em demanda revisional de contrato de compra e venda de equipamento (ultrassom) entre um médico e a fabricante do equipamento, em que se alegava desequilíbrio superveniente por conta da maxidesvalorização da moeda, o STJ confirmou o entendimento de que, não se tratando de relação de consumo, a aplicação da teoria da base objetiva poderia *"impor indesejáveis prejuízos reversos"* em desfavor do outro contratante, ainda que este tenha algum benefício com a superveniência[407].

Quanto aos elementos acima apontados, chama a atenção o fato de haver decisões recentes apontando o comprometimento da finalidade do contrato e de sua função social como elementos da revisão judicial de contratos de consumo. A orientação – que ainda não é vista com tanta frequência em decisões judiciais, em comparação aos demais elementos – vai totalmente ao encontro do que se defende nesta tese.

A natureza mais regulada e a vulnerabilidade das partes não autorizam, por si sós, o exercício dos poderes de decisão voltados à intervenção judicial. Tanto o cabimento, como a própria dosagem da revisão, não podem ignorar a lógica econômica do contrato (o que está intimamente relacionado à sua finalidade) e seu impacto perante o interesse público (entre os quais, a conformidade com a função social).

Ainda que em relações de consumo a lei tenha dispensado o elemento da extraordinariedade e imprevisibilidade, isso não nos impede de avaliar por completo a tomada de risco do negócio, ainda que com peculiaridades inerentes a essa natureza contratual protetiva. O risco – por mais peculiar que seja sua distribuição nas relações de consumo – integra a lógica econômica do contrato e esse racional é essencial para que analisemos a alteração do "equilíbrio" à luz da finalidade da contratação[408].

Diz-se equilíbrio propositalmente entre aspas pois nem todo contrato goza de equilíbrio e o ordenamento jurídico assim não exige. A este respeito,

---

[407] STJ, REsp nº 1.321.614-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16.12.2014.

[408] Nesse mesmo sentido é o entendimento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, ao destacar, mesmo nas hipóteses de aplicação da teoria da base objetiva do negócio em relações de consumo, que *"há, sem dúvida, um risco material dos negócios econômicos do qual não se pode fugir"* (*O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro, AIDE, 2001, pp. 55-56) e de PAULO KHOURI, para quem "s*e o agravamento da prestação estiver coberto pelos riscos próprios do negócio, não haverá como o instituto ser acionado, seja a relação contratual regulada pelo Código Civil, pelo direito administrativo ou pelo Código de Defesa do Consumidor, que, não obstante não qualifique o fato superveniente como extraordinário, também não prescinde desse critério de valoração"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, pp. 60-61).

JUDITH MARTINS-COSTA[409] é enfática ao dizer que não há um princípio geral de modificabilidade do contrato com causa no desequilíbrio. E realmente não há. Não só as partes podem estar em situação de disparidade informacional e econômica, como as prestações também podem não guardar relação de congruência – a comparação entre contratos de consumo e contratos civis, bem como a admissão de contratos aleatórios são exemplos clássicos disso. De todo modo, podemos considerar como equilibrada aquela relação contratual que é firmada com harmonia de expectativas em relação à finalidade vislumbrada no momento da pactuação.

Essa ideia de hamonia de expectativas aliada ao cumprimento do dever legal de informação pelo fornecedor acerca dos riscos inerentes não apenas aos produtos e serviços em si, mas quanto às condições da contratação de modo mais amplo (informações adequadas, extensivas, claras e suficientes, a teor do art. 6º, III do CDC) permeia a noção do risco e integra a lógica econômica da contratação. Deve, pois, ser necessariamente empregada pelo juiz como limitador de seu poder decisório em demandas revisionais de consumo e, especialmente, naquelas fundadas na superveniência de onerosidade excessiva. Esse conjunto de fatores permite ao juiz conhecer a extensão da autodeterminação, pelo próprio consumidor, dos riscos que pretendeu assumir.

9.4. Revisão fundada em Cláusula de *Hardship*

9.4.1. O que é *Hardship*?

Hardship é uma expressão de origem inglesa que significa "*opressão, sofrimento, adversidade"*[410] – ou seja, trata-se de uma *condição difícil de enfrentar*. No mundo jurídico, o termo é utilizado na seara contratual para denominar as situações de alteração superveniente do contexto fático (circunstâncias) em que o contrato foi celebrado, decorrente de ato ou fato não contemplado pelo risco assumido pelas partes e que pode vir a gerar situação de desproporção das prestações pactuadas, desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, consequentemente, a revisão ou a resolução do contrato[411]. Tais

[409] *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 594.

[410] DURVAL DE NORONHA GOYOS JÚNIOR. *Dicionário jurídico Noronha: inglês-português, português-inglês*, 6ª ed., São Paulo, Observador Legal, 2006, p. 184.

[411] Para JUDITH MARTINS-COSTA, o nome *hardship "denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio"* (A cláusula de hardship e a obrigação

alterações podem ser atribuídas a fatores das mais diversas naturezas (políticos, econômicos, jurídicos, legais, naturais, tecnológicos, sociais, etc).

As partes podem, elas próprias, dispor previamente sobre o que, naquela contratação específica, poderá ser considerado como hipótese de desproporção não assumida no risco contratual e suas consequências.

A este respeito, é comum que se distingua as disposições sobre autoadaptação contratual em fórmulas *automáticas* e *não-automáticas*[412]. As primeiras são aquelas que podem ser implementadas pelas partes, em conjunto ou individualmente, sem qualquer necessidade de posterior retomada de entendimentos – são exemplos de cláusulas automáticas: a previsão de reajuste anual de preços por um determinado índice nacional ou local, a fixação de preço com base em uma fórmula que tem como base os preços de matérias-primas ou componentes ou, ainda, a previsão de variação de preço proporcional a uma porcentagem ou à mesma variação de preços dos seus respectivos insumos (*e.g.*, atrelar o preço do combustível a uma porcentagem do preço do petróleo, vincular o preço do transporte ao preço da gasolina etc). As segundas são aquelas que demandam uma nova discussão e composição entre as partes contratantes. A cláusula contratual que prevê a obrigação de renegociação entre as partes diante de determinadas circunstâncias é uma espécie de fórmula de autoadaptação não-automática.

A *cláusula de hardship* é, nesse cenário, uma disposição contratual por meio da qual as partes podem prever (i) as hipóteses gerais ou eventos específicos ensejadores de desproporção anormal das prestações, (ii) os efeitos jurídicos diante da superveniência de tais hipóteses ou eventos, ou seja, a resolução contratual, a necessidade de renegociação entre as partes ou o

---

de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação,* vol. 25, abril-2010, p. 11, item 2.2). Segundo FREDERICO GLITZ, *"o termo hardship significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes"* (*Contrato e sua conservação: lesão e Cláusula de Hardship*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 175-176). Para MAURÍCIO CURVELO DE ALMEIDA PRADO, *hardship* é *"o remédio jurídico aplicado às situações onde a ocorrência de fatos ou eventos, razoavelmente imprevisíveis (quando da conclusão do contrato) e fora do controle das partes, perturba o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento dos custos de sua execução, seja pela redução do valor da contraprestação"* (Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 2, abril-junho 2004, p. 32).

[412] Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, haveria ainda uma terceira espécie contemplando cláusulas de adaptação *semiautomática*, ilustrando com aquelas que preveem a resolução contratual na hipótese de uma determinada oferta de um concorrente (A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, abril-2010, p. 11, item 1 e também em *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 597.).

cabimento da revisão judicial do contrato, (iii) o procedimento ou os critérios para a renegociação entre as partes, (iv) a possibilidade ou não de suspensão do escopo contratual enquanto perdurarem as negociações, (v) na hipótese de insucesso ou de inexistência de acordo na fase de renegociação, a possibilidade da própria revisão judicial do contrato e seus critérios de aferição.

Destaque-se que não há, necessariamente, uma relação direta com a imprevisão. Por meio de cláusulas de *hardship* as partes podem tutelar consequências jurídicas a atos ou fatos que são imprevisíveis – nos termos dos arts. 478 a 480, CC – ou também a atos e fatos previsíveis, mas apenas de ocorrência incerta ou improvável.

A cláusula de *hardship* pode ser um bom meio para se conciliar a segurança e a previsibilidade mínima de um pacto entre contratantes e, ao mesmo tempo, permitir a sua maleabilidade para alterações que se façam necessárias a remediar desequilíbrios que surjam ao longo do tempo de execução de seu escopo. É, sem dúvida, um importante instrumento de proteção à conservação da relação contratual e uma oportunidade para que as próprias partes, de comum acordo, estipulem os limites do que pode ser ou não ser considerado como incluído no risco contratual naquele determinado tipo de mercado e os procedimentos de conservação / modificação do contrato que sejam adequados às suas atividades e à estrutura do negócio.

A figura é bastante difundida em contratações internacionais. No âmbito do direito internacional privado, as hipóteses de *hardship* passaram a ser expressamente previstas pelos Princípios UNIDROIT desde 1994 e estão mantidas na versão Princípios UNIDROIT 2016. A atual redação denomina como *hardship* as situações em que eventos supervenientes alteram o equilíbrio contratual e que, cumulativamente, são ocorridos após a celebração do contrato, não poderiam ser razoavelmente considerados pela parte prejudicada e estão fora de seu controle e cujos riscos não tenham sido por ela assumidos (art. 6.2.2). Segundo seu art. 6.2.3, a parte prejudicada por uma alteração de circunstância deve requerer a renegociação à parte favorecida, devendo tal requerimento ser feito *"sem atrasos indevidos"* e *"com a indicação dos fundamentos que o embasam"*. Segundos os Princípios UNIDROIT 2016, tal requerimento não autoriza que a parte prejudicada suspenda o cumprimento do contrato durante as negociações e prevê que as partes podem recorrer a um Tribunal (assim entendido o Judiciário ou Tribunal Arbitral) se não obtiverem sucesso na composição *"em prazo razoável"*[413].

[413] A íntegra dos itens referidos dispõe que *"Article 6.2.3 – (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall*

Antes mesmo da expressa introdução da figura nos Princípios UNIDROIT, a doutrina sempre discutiu se o *hardship* já não integraria a *lex mercatoria*[414] na seara internacional. MAURÍCIO PRADO[415], após levantamento de casos práticos submetidos a arbitragens internacionais antes de 1994, concluiu que a jurisprudência arbitral muitas vezes reconheceu a regra do *hardship* como integrante da *lex mercatoria*, apesar de sua aplicação bastante restrita. A título exemplificativo, foram identificados: (i) caso CCI 1512 (1971), em que um banco paquistanês pretendia a liberação de garantia contra uma empresa indiana diante da superveniência de conflito armado entre a India e o Paquistão – ocasião em que o Tribunal, apesar de reconhecer a existência da cláusula *rebus sic stantibus* no âmbito internacional, rejeitou sua aplicação no caso por entender que a liberação da garantia violaria o dever de lealdade contratual, (ii) caso CCI 4761 (1987), em que uma parte pretendeu o reconhecimento da ilicitude de uma cláusula contratual que a obrigava a negociar a revisão de preço diante de determinadas situações, tendo o Tribunal entendido, sob a legislação material líbia e as regras de *lex mercatoria*, pela validade da obrigação contratual de negociar a revisão do preço e imputado sanções à parte que se negou a renegociar e (iii) caso CCI 2291 (1975), em que constatada uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro, o Tribunal decidiu que haveria no âmbito do comércio internacional uma *"obrigação das partes de trocar ofertas"*.

No Brasil, em específico, o fato de não haver previsão expressa acerca de cláusulas de *hardship* em nosso direito civil de modo algum prejudica sua aplicação e aceitação à luz de nosso ordenamento. Há vozes na doutrina que tentam encontrar suas bases legais no Código Civil. Nesse sentido, por exemplo, FREDERICO GLITZ[416] defende que o fundamento do *hardship* no Brasil seria o art. 316 do CC, que permite às partes *"convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas"*. Outros, ainda, relacionam a figura às disposições dos arts. 317 e 478 do CC, relacionados à onerosidade excessiva e imprevisão.

---

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. (...)".

[414] Não nos ocuparemos de desenvolver o tema, que é complexo e enseja discussões. Para a finalidade da presente tese, considera-se *lex mercatória*, simplesmente, como o conjunto de regras que regem os aspectos jurídicos do comércio internacional.

[415] Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 2, abril-junho 2004, p. 33.

[416] *Contrato e sua conservação: lesão e Cláusula de Hardship*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 175-176.

Não nos parecem corretas tais associações. Como já se adiantou acima, as disposições podem regular consequências de atos ou fatos previsíveis, mas apenas incertos ou improváveis e não necessariamente se relacionam aos requisitos exigidos para aplicação da teoria da imprevisão. Com acerto, JUDITH MARTINS-COSTA[417] defende que *"não é preciso ir buscar na lei aquilo que deriva da autonomia privada".* E, de fato, se há algum fundamento legal a autorizar esse tipo de pactuação contratual entre as partes é a própria liberdade de contratar nos limites da função social do contrato (art. 421, CC) e a expressa autorização de que é lício às partes estipular contratos atípicos (art. 425, CC).

9.4.2. A Cláusula de *Hardship* e o Negócio Jurídico Processual

A cláusula contratual de *hardship*, como adiantado, não se limita a permitir uma obrigatória fase de renegociação de boa-fé entre as partes com vistas a buscar a preservação do negócio. As partes podem, dentro deste cenário de alterações supervenientes de circunstâncias que afetem o risco contratual assumido, disciplinar não apenas como se dará essa possível renegociação, mas também quais os critérios, condutas e procedimentos que deverão ser adotados na hipótese de, frustradas as negociações, haver um processo judicial em que se discuta a possibilidade de revisão contratual. Neste ponto, as cláusulas de *hardship* podem constituir verdadeiros *negócios jurídicos processuais.*

Os *negócios jurídicos processuais* – ou *convenções processuais*[418] – não são uma figura propriamente inédita no ordenamento processual brasileiro. Sob a vigência do CPC de 1973 já se previa algumas modalidades de convenções entre as partes sobre aspectos processuais de um potencial futuro litígio, como p.ex., a eleição de foro (art. 111) e a distribuição do ônus da prova (art. 333). De todo modo, é inegável que, com a introdução do art. 190 do CPC – sob a

[417] A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, abril-2010, p. 11, item 2.2.

[418] Os termos serão utilizados indistintamente, sem, contudo, deixar de mencionar a discussão a este respeito. BARBOSA MOREIRA defendia o uso da expressão *convenção* já na década de 1980, muito tempo antes de se cogitar da inclusão do art. 190 no CPC (Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 89). Para DIDIER, as convenções são espécie do gênero negócio processual (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 380). Para YARSHELL, a figura teria uma natureza *mista* pois, não obstante não se enquadre o conceito de ato processual, produz efeitos no âmbito processual (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Coleção Grandes temas do Novo CPCP: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol. 1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 80).

influência da experiência francesa[419] – amplia-se tal possibilidade, permitindo-se uma produtiva redistribuição de na divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, voltada para seu maior rendimento, eficiência e atingimento de seus escopos à luz das peculiaridades que as demandas, em específico, exigem.

A figura mostra-se coerente com o modelo de processo colaborativo propagandeado pelo novo código processual (art. 6º) – a exemplo de outros sistemas processuais estrangeiros[420] – e que tem como características marcantes, segundo CABRAL[421], o *"empoderamento individual"* visando ao equilíbrio entre os poderes do juiz e as prerrogativas das partes e, segundo ROSA NERY[422], a transformação das partes mais *protagonistas* do que *antagonistas.*

O caput do art. 190 do CPC permite a convenção processual quando o processo versar *"sobre direitos que admitam autocomposição"*. Mas quais seriam esses direitos?

A resposta a tal questionamento extrapola o âmbito processual. Enquanto espécie do gênero negócio jurídico, a convenção não poderia se descurar, em princípio, do capítulo sobre transação do Código Civil e, em especial, do

---

[419] A figura dos *acordos de procedimento* não havia sido contemplada no Anteprojeto do novo CPC elaborado pela Comissão de Juristas. A possibilidade de as partes fixarem, de modo amplo, regras de procedimento foi introduzida no Projeto da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010), juntamente com a figura do calendário do processo, incluída, ao final, no art. 191 do CPC. A ideia, nos termos do Relatório Geral emitido pelo Dep. Paulo Teixeira, foi a de, partindo-se de uma nova premissa de *processo colaborativo* e buscando uma maior *"democratização"* do processo, passar a permitir, em alguns casos, *"que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam"* e *"disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor".* Houve, no contexto de tal inclusão, referência expressa à experiência francesa, com citação da orientação de LOÏC CADIET no sentido de que as convenções das partes seriam, além de instrumentos de solução de controvérsias, também e especialmente uma *"técnica complementar de gestão do processo civil"* (Brasil. Câmara dos Deputados. Relatório Geral do Rel. Deputado Paulo Teixeira referente aos Projetos de Lei n.6.025/2005 e 8.046/2010, pp. 229-230, disponível em ***http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013***).

[420] O sistema processual português também positivou o dever de cooperação, enquanto princípio, prevendo em seu art. 266(1) que *"na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio"*. A ZPO alemã, em seu §282, I também prevê um *"dever de cooperação"* entre os sujeitos processuais.

[421] *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo.* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese), São Paulo, 2015, p.136-137 e 176.

[422] Fatos Processuais, Atos Jurídicos Processuais Simples, Negócio Jurídico Processual (Unilateral e Bilateral), Transação. *Revista de Direito Privado*, vol. 64, pp. 261-274, outubro-dezembro/2015, item 2.

art. 841 do CC, que prevê que *"só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".*

A conclusão mais imediata a que se poderia chegar com base em tal dispositivo – e encampada por parte da doutrina, a exemplo de ROSA NERY[423] – é a de que os direitos que admitem autocomposição seriam apenas os *"patrimoniais de caráter privado".*

Contudo, não são apenas os direitos *patrimoniais* que permitem transação. Pelos mesmos exemplos referidos, é possível se concluir por um leque muito mais amplo de admissão da transação, razão pela qual partilha-se aqui do entendimento de YARSHELL[424] de que *"mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual".*

Nesse contexto, é razoável que se defenda a necessidade de não se confundir autocomposição com a noção de direitos indisponíveis, merecendo destaque os acertados Enunciados 256 e 258 do FPPC, segundo os quais, respectivamente *"é admissível a celebração de convenção processual coletiva"* e *"a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual".* Aliás, o Ministério Público, já em 2014, havia se posicionado a respeito do tema e por meio da Resolução nº 118[425], prevendo que as convenções processuais *"são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional (...)* [e] *resguardar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais"* (art. 15), podendo ser celebradas pelo Ministério Público *"de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta"* (art. 17).

Como se vê, a autocomposição que permite a pactuação de convenções processuais não se limita a direitos eminentemente patrimoniais e nem a

[423] Fatos Processuais, Atos Jurídicos Processuais Simples, Negócio Jurídico Processual (Unilateral e Bilateral, Transação. *Revista de Direito Privado*, vol. 64, pp. 261-274, outubro-dezembro/2015, item 3.

[424] Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Coleção Grandes temas do Novo CPCP: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol.1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 82.

[425] A Resolução é apontada como referência do Enunciado nº 253 do FPPC, que prevê que *"O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte".*

direitos estritamente disponíveis[426]. Assim, em contratos de duração em que as partes pretendam autorregular um potencial e futuro cenário de alteração de circunstâncias, as cláusulas reguladoras do *hardship* poderão dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais em potenciais demandas revisionais ou rescisórias do contrato – como, por exemplo:

(i) estipular uma fase de renegociação prévia como condição necessária e obrigatória para o ajuizamento de demanda judicial, seja com a participação apenas das partes por seus representantes, seja por meio de conciliação ou mediação – inclusive indicando previamente quem serão os conciliadores ou mediadores aptos a tal encargo, ou, ainda, se a conciliação ou mediação ocorrerá perante determinada câmara ou órgão ou mediante a instituição de *dispute boards*;

(ii) independentemente da exigência de uma fase de renegociação prévia extra-judicial, estipular a dispensa da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC, ou ainda, prever a realização de uma audiência de conciliação ou mediação entre as partes após a estabilização dos limites objetivos da demanda ou após a conclusão da fase de produção de provas, em que ambas as partes já terão acesso aos resultados das provas e da probabilidade de acolhimento ou rejeição de seus pleitos e argumentos;

(iii) prever que, em disputas fundadas na modificação de circunstâncias contratuais, seja dada preferência à revisão contratual ao invés da resolução contratual ou, ao contrário, superado determinado limite de imprevisão ou risco, a resolução contratual seja a única consequência jurídica, impedindo-se a revisão contratual;

(iv) dispor sobre quais as provas admitidas pelas partes para a comprovação de determinados fatos. A este título, por exemplo, as partes poderão especificar que a aferição de determinada modificação das bases contratuais seja necessariamente realizada por meio de um profissional ou empresa em específico (perícia) e sob critérios previamente determinados, dispensando ou não assistentes técnicos; ou ainda, que a revisão judicial seja vinculada ao resultado da média aritmética de duas avaliações técnicas feitas por empresas ou profissionais previamente indicados e que não seja realizada perícia judicial;

(v) estabelecer, no mérito em si, qual o limite do que poderá ser considerado pelo juiz como uma causa a justificar a revisão judicial. A título

[426] A própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) estabelece, em seu art. 3º que *pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação".*

exemplificativo, admitir a revisão de preço apenas se o valor dos insumos superar x% daquele praticado à época da celebração do contrato; impedir a revisão de preço de transportes em caso de fechamento de determinadas estradas ou portos quando houver rota alternativa etc.

Os negócios jurídicos processuais são, portanto, um importante instrumento para fins de formulação de cláusulas contratuais reguladoras de situação de *hardship*. Mais do que isso, sua utilização reflete uma perfeita sintonia e coerência entre a ferramenta contratual enquato utensílio de circulação eficiente de riquezas e de *"bem-estar"* (para se empregar a expressão correntemente utilizada por autores que analisam o contrato sob sua perspectiva de direito econômico) e o processo judicial enquanto ferramenta para entrega de uma tutela jurisdicional justa, adequada, pacificadora e útil do ponto de vista social.

Permitir que as próprias partes possam, em um cenário de processo judicial submetido à avaliação do Estado, dispor sobre o melhor formato e os melhores critérios de aferição de suas situações contratuais conflituosas é, sem dúvida, oferecer ao jurisdicionado um meio de solução de disputas pautado pela efetividade (garantindo adequação à finalidade pretendida), pela eficácia (garantindo obtenção do resultado mais efetivo com o menor dispêndio de custo) e pela segurança jurídica (garantindo estabilidade e conformidade com os efeitos jurídicos previamente assumidos e pretendidos pelas partes).

Por óbvio, nem todas as relações contratuais podem se valer de um amplo poder de disposição sobre tais aspectos. A adequação acima destacada, em linhas gerais, se observa mais em relações paritárias, sendo discutida sua utilização em relações contratuais que possam utilizar a convenção processual para travestir abusos e obter vantagens indevidas diante de vulnerabilidades. O próprio art. 190 do CPC, em seu parágrafo único, prevê o controle judicial da validade das convenções processuais, o que será abordado na sequência.

9.4.3. A vinculação do juiz à cláusula de *hardship* que limita cabimento da revisão

Uma das mais relevantes discussões em matéria de revisão judicial de contratos é aquela que envolve a vinculação do juiz às disposições endereçadas pelas próprias partes no contrato sobre as hipóteses de cabimento da revisão contratual em juízo. Seriam as cláusulas de *hardship*, nesse sentido, totalmente dispositivas a ponto de a vontade das partes suplantar as disposições legais

civis sobre as hipóteses de revisão de contratos por modificação superveniente das circunstâncias? O juiz está vinculado a julgar a demanda revisional de acordo com a prévia disposição das partes?

Há uma tendência a fazer prevalecer a pactuação das partes em detrimento das disposições legais a respeito da revisão de contratos à luz da imprevisão ou modificação de circunstâncias, com maiores ou menores ressalvas a depender do sistema analisado.

A Inglaterra, conhecida por não encampar a teoria da imprevisão e de tratar a modificação das circunstâncias sob o viés do incumprimento e não da revisão, é clara ao reconhecer a prevalência da vontade das partes em matéria de pré-disposição de riscos. O *Frustrated Contracts Act* de 1943, ainda vigente, que dispõe sobre o tratamento dado às hipóteses em que as obrigações se tornaram impossíveis ou, de alguma forma, *frustrated*, enaltece a livre disposição dos contratantes acerca do tema. Em seu item 2(3)[427], a lei inglesa prevê que, quando as partes dispuserem sobre quais os eventos que podem levar à *frustration* e seus respectivos efeitos, o Tribunal deverá reputar tal cláusula eficaz e deverá aplicar as disposições legais apenas na medida em que coerentes com o que foi disposto contratualmente pelas partes.

Como afirma o belga ALPHONS PUELINCKX[428], o juiz inglês não é *"padrinho dos pobres advogados de contratos"* e, de fato, os exemplos trazidos ao longo do trabalho indicam que, neste sistema, a interferência judicial em contratos é restrita e excepcional.

Na Rússia[429], há notícias de que o antigo Supremo Tribunal Arbitral da Rússia (antes competente para analisar disputas comerciais em sede arbitral e incorporado ao Supremo Tribunal russo em 2014) orientava-se no sentido de que, em contratos com cláusula de *hardship* que previssem expressamente um mecanismo de adaptação do preço (p. ex., aumento escalonado), os tribunais não poderiam aplicar a teoria da imprevisão prevista no Código Civil para

---

[427] A íntegra do referido item 2(3) estabelece que *"Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision"*. Disponível em **http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/3**.

[428] Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: a comparative study in English, French, German and japanese Law. *Journal of International Arbitration*, 1986, disponível em Hein Online, p. 52.

[429] Cf. ALEXEI G. DOUDKO (Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 500).

modificar o contrato justamente em função da *previsibilidade*, na medida em que as partes já estipularam o comportamento a ser adotado em tais hipóteses. Contudo, essa regra poderia ser excepcionada caso, mesmo com a aplicação dos critérios previstos pelas partes na cláusula de *hardship*, se sua performance for excessivamente cara e contrária à boa-fé, hipótese em que o tribunal poderia modificar ou resolver o contrato.

Já na Alemanha – sistema que encampa a imprevisão como causa de revisão judicial de contratos e prefere, inclusive, a revisão à resolução – há, sim, a tendência de fazer prevalecer a vontade pactuada das partes, porém com ressalvas. HANNES RÖSLER[430] afirma que a discussão judicial sobre a modificação de contratos por alteração das circunstâncias apenas se justifica na ausência de cláusula contratual que regulamente os eventos supervenientes. Segundo NORBERT HORN[431], antes mesmo da positivação da noção de *hardship* no BGB alemão, já se defendia certa flexibilidade na abordagem do problema da adaptação de contratos e se destacava a necessidade de respeito às disposições contratuais das próprias partes sobre as hipóteses de alteração de circunstâncias. Contudo, o sistema acaba por limitar essa liberdade de disposição em matéria de *hardship* quando tais disposições violarem a boa-fé.

Em 1948, na época de novo estouro da inflação na Alemanha pós 2ª Guerra, o Banco Central alemão determinou que passariam a ser vedadas cláusulas contratuais que previssem a adaptação contratual de uma só via (*e.g.*, cláusulas que permitissem apenas aumento, mas não diminuição de valores por conta da correção monetária) [432]. Esse racional mantém sua atualidade. O §315 do BGB alemão prevê, atualmente, que quando a especificação da performance de uma determinada obrigação caiba a uma parte contratante, tal especificação é vinculante à outra parte *"apenas se for equitativa"* e que, *"se não for equitativa, a especificação é feita por meio de decisão judicial"*.

No Brasil, a limitação da vinculação do juiz à observância das disposições pactuadas pelas partes em cláusula de *hardship* parece se orientar mais ao lado destes sistemas em que há, como regra, a prevalência do *pacta sunt servanda* – e sua necessária observância pelo juiz –, porém com a ressalva

---

[430] Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 484.

[431] Adaptation and Modification of Contracts in view of a change of circumstances, *Tel Aviv University Studies in Law*, nº 11, 1992, disponível em Hein Online, pp. 143-148.

[432] Cf. NORBERT HORN. Adaptation and Modification of Contracts in view of a change of circumstances, *Tel Aviv University Studies in Law*, nº 11, 1992, disponível em Hein Online, p. 144.

da obediência à boa-fé objetiva, à probidade e à função social do contrato (arts. 421 e 422, CC).

Sem dúvida, as partes gozam de livre disposição para pactuar quais são as hipóteses de cabimento e as causas excludentes de revisão judicial de contratos com fundamento na modificação de circunstâncias[433]. As partes, de forma livre, podem especificar quais são as circunstâncias fáticas que se enquadram como não assumidas no risco contratual (extraordinárias) ou que não serão consideradas como *imprevisíveis* para fins de revisão.

Por exemplo, em contratos de fornecimento de gás natural firmado entre uma produtora de energia e uma indústria, as partes podem eventualmente prever que oscilações de preço decorrentes do controle de preços exercido pela Administração Pública não configura *hardship*, ao passo que a descoberta de uma nova fonte de energia pode ensejar *hardship*, a justificar uma necessária rodada de renegociação de preços ou a revisão ou resolução do contrato. Trata-se aqui de, previamente, limitar a esfera do que é ou não é considerado como causa de *imprevisão*, de modo que não cabe ao juiz qualquer ingerência sobre a valoração do que foi previamente pactuado como base do negócio. Não se trata de limitar o acesso à justiça de um dos contratantes (art. 5º, XXXV, CF e art. 3º, CPC), mas sim de, na esfera contratual e de forma livre, predeterminar os limites do risco do negócio.

Nesse cenário, como defendido no capítulo pertinente à teoria da imprevisão, um dos itens que deve, necessariamente, ser levado em consideração pelo magistrado em demandas revisionais de contratos por modificação superveniente de circunstâncias é a prévia definição pelas partes da extensão de uma possível imprevisibilidade. Isso diz respeito à atribuição do juiz de aplicar ordenamento jurídico que, como regra, permite a liberdade de contratar sob o aspecto material (art. 421, CC) e de convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190, CPC) – ou seja, a legalidade – e também ao respeito à lógica econômica que foi adptada pela contratação ou convenção.

Tais limitados, contudo, não seguem sozinhos nessa análise. A vulnerabilidade dos envolvidos e a conformidade do interesse público são de essencial observância nesse aspecto. Aliás, o próprio art. 190, parágrafo único do CPC não deixa dúvida de que o controle judicial acerca das convenções

[433] Nesse mesmo sentido: LAURA FRANTZ, segundo a qual, a onerosidade excessiva *"tem natureza dispositiva e não imperativa"* (Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 237).

processuais se dará inclusive de ofício, recusando-se sua aplicação somente nos casos de *"nulidade ou de inservação abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade"*. Tal dispositivo deixa claro que o controle judicial é restrito a essas hipóteses e o uso da expressão "somente" indica que a regra é a liberdade da autorregulação pelas partes e da prevalência de sua lógica, a qual só é limitada pela hipótese de (i) invalidade – que poderia abarcar perfeitamente abarcar a nulidade e abusividade, apresentadas em separado pelo dispositivo legal, não obstante a abusividade implique nulidade ou (ii) vulnerabilidade. Ainda, em total consonância com o que ora se defende, vem sendo correntemente confirmada a limitação do uso das convenções processuais (tal como já se aplicava às cláusulas de *hardship*) às normas de ordem pública – o que nada mais é que o respeito ao interesse público.

9.5. Revisão de Aluguel em Contrato de Locação de Imóveis

A Lei de Locações (Lei nº 8.245/1991) prevê a possibilidade de revisão de contrato de locação de imóveis residenciais e não-residenciais, especialmente no que se refere às cláusulas de fixação de aluguel (preço). Não obstante o art. 17 da Lei de Locações disponha que *"é livre a convenção do aluguel"*[434], o seu art. 19 estabelece que *"não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado"*, prevendo ação específica nos arts. 68 a 70 da referida lei – a *ação revisional de aluguel*.

A doutrina que se debruça sobre o tema da locação correntemente fundamenta esse permissivo legal à revisão judicial de contrato locatício pelo seu escopo de reequilíbrio do preço contratual aos valores de mercado. SÍLVIO VENOSA[435] ensina que a figura, herdada do art. 31[436] da antiga "Lei de Luvas" (Decreto nº 24.150-1934), não guardava qualquer relação com a inflação

[434] Tal liberdade não é absoluta, destacando-se que o próprio *caput* veda a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo.

[435] *Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 112.

[436] *"Art. 31 - Se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato amigável, ou, em consequência das obrigações estatuídas pela presente lei, sofrer variações, além de 20% das estimativas feitas, poderão os contratantes (locador ou locatário), findo o prazo de três anos da data do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado. § 1º O processo para essa revisão será o mesmo fixado por esta lei, para a prorrogação do contrato. § 2º Êste direito de revisão poderá ser exercido de três em três anos"*.

(deflagrada em nível nacional apenas posteriormente e atingindo níveis altíssimos na década de 1980), mas sim com a preocupação de possibilidade de reavaliação do valor da locação pela modificação das condições econômicas do local (p.ex., idade do imóvel, pavimentação da rua, serviços públicos do bairro, acesso a novos transportes etc.). Há, nesse sentido, quem defenda que se trata de um instrumento de *"recomposição do sinalagma contratual"* diante de uma presunção de que o preço da locação estava de acordo com o mercado no momento da celebração, mas pode ter sofrido alterações decorrentes do decurso do tempo[437].

Apesar de a lei fazer referência específica à *ação revisional de aluguel*, o pedido das partes interessadas – tanto locador, como locatário – pode abranger não apenas a revisão do preço propriamente dito, mas também a modificação judicial da periodicidade contratualmente prevista do reajuste do aluguel ou também do indexador desse reajustamento (*cf.* art. 69, §1º, Lei de Locações).

Quanto aos poderes judiciais de decisão relacionados ao processamento e ao cabimento do pleito revisional de aluguel, o magistrado apenas poderá exercer esse poder decisório revisional se cumpridos, notadamente, *(i)* os requisitos da inicial, *(ii)* a liquidez do pedido revisional de aluguel, *(iii)* o requisito objetivo temporal de 3 (três) anos para o próprio cabimento da revisão judicial do aluguel.

Os dois primeiros requisitos referem-se a pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo e, como tais, serão abordados no item referente aos poderes de direção do processo pelo juiz. Pela sua natureza, a aferição de tais requisitos não enseja, a rigor, a aplicação dos critérios limitadores da atuação jurisdicional propostos na tese.

Quanto ao terceiro, tais demandas são cabíveis apenas se demonstrado haver *"três anos de vigência do contrato ou do acordo"* (art. 19, Lei de Locação). Ao contrário dos requisitos anteriores, não se trata aqui de exigência para o processamento da demanda, mas sim de requisito material para a determinação da procedência do pedido revisional e, por se tratar de exigência legal expressa, não pode ser dispensada pelo juiz na apreciação da demanda (legalidade). A doutrina civilista discute a questão do que deve ser considerado como "acordo" para fins de contagem do prazo, sendo majoritariamente aceito que não impactam nesse termo eventuais reajustes que sejam efetuados pelas partes para correção monetária ou atualização do valor originalmente pactuado.

---

[437] Nesse sentido: MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA (Seção III – Do aluguel. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência.* Org. Luiz Antonio Scavone Junior et. al., Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 84-85).

Do ponto de vista da limitação do poder decisório do juiz, nos importa aqui destacar que esse prazo mínimo expressamente fixado pela lei substantiva não comporta temperamentos, devendo ser observada como requisito objetivo a ensejar o próprio cabimento do poder revisional. O não cumprimento de tal requisito importa, a bem da verdade, a impossibilidade jurídica do pedido revisional – caracterização que, sob a égide do CPC 1973 comportava carência de ação por falta de uma de suas condições e, agora, sob a vigência do CPC 2015, importa improcedência da demanda, ensejando extinção do processo com julgamento de mérito.

Isso não significa dizer que, em nenhuma hipótese, relações locatícias possam ser revistas judicialmente antes do lapso temporal de 3 anos, havendo 2 (duas) importantes ponderações a este respeito.

O primeiro deles diz respeito à fundamentação do pedido revisional. De fato, o requisito objetivo é condição necessária para a ação revisional prevista nos arts. 19 e 68 da Lei de Locações. Contudo, nada impede que também em relações locatícias seja aplicada a teoria da imprevisão e o contratante prejudicado por um fato extraordinário, imprevisto e superveniente pleiteie, com fundamento nas disposições pertinentes do Código Civil (arts. 317 ou 478 e 479 do CC) e sujeito aos requisitos aplicáveis, a revisão do aluguel.

Se um posto de combustíveis automotivos aluga um imóvel em uma via de acesso de um viaduto e, no primeiro ano de vigência da locação, o viaduto é interditado por conta de problemas estruturais decorrentes de um abalroamento por caminhão ou por um incêndio – reduzindo ou até impedindo a circulação de automóveis pelo acesso que leva ao posto de gasolina –, o locatário poderia, em tese, ajuizar demanda visando à revisão do aluguel, porém a via adequada para tanto seria uma ação judicial fundada na teoria da imprevisão prevista no CC e não a ação revisional prevista na Lei de Locações.

Não obstante se entenda aqui que a revisional da Lei de Locações tenha natureza totalmente diferente da revisional fundada na teoria da imprevisão, nem sempre a distinção é feita pela jurisprudência. Na fotografia jurisprudencial retratada pelo Anexo A, com levantamento de julgados do STJ, identificou-se 6 (seis) casos enfrentados na Corte Superior sobre revisão de aluguel. Em 4 (quatro) deles, a revisão judicial foi entendida como cabível, sob o simples fundamento de que se preenchia o prazo de 3 anos previsto na Lei de Locações, que teria esse propósito de reestabelecer a adequação do aluguel à luz das modificações do imóvel, da área, da região, da época, da valorização imobiliária etc – ou seja, priorizou-se a disposição legal aplicável a essa natureza / tipo contratual, bem objetiva e direta quanto aos requisitos da

intervenção judicial. Em 2 (dois) deles, contudo – que envolviam contratações complexas e interempresariais com contratantes de grande porte, o STJ decidiu não ser o caso de revisão e indeferiu a intervenção judicial no preço do contrato de locação. Em ambos os casos, se entendeu que o art. 19 da Lei de Locações encamparia a ideia de imprevisão ao âmbito locatício. No primeiro[438], se afastou a revisão sob a conclusão de que a parte pleiteou a redução do aluguel *"sem qualquer respaldo em imprevista mudança da base negocial"* e que, ao assim fazer, por propósito meramente econômico de redução de custos, o contratante estaria adotando *"comportamento contraditório (...) revelando flagrante inobservância da cláusula geral de boa-fé objetiva"*. No segundo caso[439], além de se atrelar a revisão locatícia à imprevisão, se entendeu que *"no contexto complexo do negócio jurídico (...) a postura da locatária ao pleitear a redução do valor pactuado, sem relevante alteração superveniente da conjuntura econômica, reflete comportamento contraditório e injurídico".*

Ao que parece, a complexidade do negócio (e sua lógica econômica) e vulnerabilidade das partes, parece ter influído na avaliação da legalidade da disposição que autoriza a revisão de aluguel e no viés interpretativo do interesse público, sob a ótica da boa-fé e da vedação ao comportamento contraditório. O racional não destoa propriamente da importância dos critérios ora defendidos – principalmente pelas considerações feitas também no item pertinente à renúncia ao direito de revisão deste tipo de relação – porém, é de extrema importância que o Judiciário, em sua fundamentação, não confunda as bases legais justificadoras da revisão. O art. 19 da Lei de Locações não exige a comprovação de evento imprevisto e extraordinário. Ao contrário, a variação do preço no mercado é fato previsto e esperado pelos contratantes. Se o caso concreto não justifica a revisão por se entender que a relação contratual é complexa e atípica, não se enquadrando como simples locação, a tutela jurisdicional deve distinguir o fundamento e não ampliar a hipótese legal para exigir elementos que o próprio legislador não exigiu.

A segunda ponderação que se faz é ao alcance que os arts. 54 e 54-A da própria Lei de Locações, introduzida por força de reforma ocorrida em 2012, pode ter em relação à possibilidade de revisão em relações locatícias. Os referidos dispositivos prevêm que nas relações entre lojistas e empreendedores

[438] Caso #19 do Anexo A (STJ, RESP 1.300.831 PR, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.03.2014 - *Shell vs. General Engenharia de Obras).*

[439] Caso #21 do Anexo A (AgRg no RESP 1.206.723 MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17.05.2012 - *Companhia Brasileira de Distribuição vs Comardi Comercial Ltda.).*

de *shopping center* e nos contratos de *built to suit*, *"prevalecerão as condições livremente pactuadas"*.

Com relação a estes últimos, a excepcionalidade faz sentido por não se tratar de um contrato de locação propriamente dito e sim de um contrato atípico, complexo e que envolve muitas outras prestações e contraprestações que não apenas a locação de espaço e o pagamento de aluguel (sobre tal modalidade, nos ocuparemos com mais detalhes no item sobre renúncia ao direito de revisão).

Com relação aos contratos de locação de espaços em *shopping centers*, contudo, a Lei de Locações é um grande exemplo do quanto a natureza da contratação, a posição das partes contratantes e a lógica econômica do negócio são determinantes para a limitação dos poderes interventivos do Poder Judiciário nas relações contratuais.

Primeiramente, a natureza da contratação, por si só, já é dotada de peculiaridades que não podem escapar da análise judicial em eventuais demandas. A relação não é mantida apenas entre locador e locatário; há, no mínimo, a confluência de interesses do empreendedor do *shopping center*, do seu administrador, do lojista-locatário propriamente dito e da associação de lojistas, todos ensejando relações contratuais específicas, porém interrelacionadas – fala-se aqui na existência de contratos *coligados*[440].

Em segundo lugar, a própria lei, ao indicar a prevalência do *pacta sunt servanda* nesse tipo de contratação, presume uma relação mantida entre não vulneráveis. De fato, esse tipo de relação contratual tenha caráter empresarial, em que, a princípio, as condições contratuais são previamente informadas e expectativas dos envolvidos são razoalmente fundadas na ciência dos riscos. Trata-se de relacionamento que deve ensejar tratamento diferenciado daquelas locações típicas para fins residenciais ou mesmo para fins empresariais menos complexos.

Em terceiro lugar, a lógica econômica dessa contratação e a organização desse mercado são essenciais para que qualquer revisão judicial ocorra. É inconteste o poder de interferência do empreendedor na condução da relação contratual mantida com o lojista-locatário. E não sem razão. Cabe ao empreendedor planejar a localização de cada loja, promover a escolha de cada setor ou ramo de produtos e serviços disponibilizados no *shopping center*, evitar concorrências inadequadas entre lojistas e garantir determinado nível de

[440] Cf. DANIEL CARDOSO GOMES. *Contratos Built to Suit: novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 59.

qualidade de produtos, serviços e marcas, entre outras tarefas estratégicas para fomentar vendas – é o chamado *mix* (ou *tenant mix*), expressão correntemente utilizada no setor[441]. Justamente por conta disso, a prática de formação do preço locativo é dotada de peculiaridades. É praxe no setor, por exemplo, a fixação de uma remuneração que prevê um valor de aluguel mínimo fixo, pactuado entre as partes, e outro valor variável conforme o faturamento da loja e a pactuação de que seja pago o maior valor mensal entre essas duas opções – favorecendo ora o empreendedor, que vê no aluguel variável o retorno de condições mais favoráveis que tenham sido concedidas ao lojista a depender do público por ela atraído ao *shopping*; ora o lojista, que pode barganhar um valor fixo abaixo do de mercado para cobrir situações de baixa nas vendas.

O próprio STJ já analisou a questão e confirmou a validade desse tipo de disposição contratual. Com acerto, em demanda revisional de aluguel entre uma grande rede de loja de móveis e decoração e um *shopping center*, o STJ[442] confirmou a validade de cláusula que previa que, mesmo na hipótese de revisão judicial do aluguel (que poderia eventualmente apurar um valor superior de mercado), a locatária apenas estaria obrigada a pagar no máximo a média dos últimos 6 alugueis mínimos do contrato. O STJ, pautado pela ideia de que o princípio do *pacta sunt servanda "deve prevalecer"* especialmente em relações empresariais, entendeu que a cláusula com fixação de parâmetros para a revisão judicial do aluguel buscou *"estabelecer o equilíbrio econômico do contrato – mantendo a equivalência e a proximidade entre o valor mínimo e o percentual sobre o faturamento – e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shopping centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas".* Vale dizer, pautado pela premissa de que esse ajuste foi considerado para a construção da fórumla do preço e seria, portanto, necessário à manutenção do equilíbrio econômico do contrato, confirmou sua validade.

E não é o único exemplo. O STJ também já firmou entendimento no sentido de afastar a abusividade de cláusula em contrato de locação de espaço em *shopping center* que estabelece o pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro[443]. A Corte Superior brasileira encampou o entendimento de que o direito empresarial é *"regido por princípios peculiares"* e que *"a presença*

---

[441] Cf. DANIEL CARDOSO GOMES. *Contratos Built to Suit: novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 61.

[442] STJ, REsp 1.413.818/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 14.10.2014.

[443] STJ, REsp nº 1.409.849-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 26.04.2016.

do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado" e, exatamente por isso, entendeu que "*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".* O próprio TJSP também já havia dado decisões sobre o tema, afastando a tese de abuso do poder econômico por entender que *"a locação em shoppings é regida fundamentalmente pela vontade das partes, inexistindo a mesma preocupação de ordem social presente, por exemplo, nas locações urbanas residenciais"*[444].

É bom que se lembre, contudo, que o *pacta sunt servanda* não permite o livre exercício de abusividades. Na verdade, o art. 54 não elide de forma completa e absoluta o conteúdo do art. 45 da Lei de Locações, que adota como regra geral a nulidade de cláusulas que *"visem a elidir os objetivos da presente lei"*. Nesse sentido, é perfeitamente admitida certa *flexibilização* da previsão legal de prevalência do *pacta sunt servanda* para que se reconheçam determinadas abusividades e, com isso, se autorize a revisão de disposições sobre pagamento de aluguel – ainda que de modo mais restritivo do que em locações residenciais ou mesmo comerciais de menor complexidade.

9.6. Revisão fundada na Lesão

9.6.1. A lesão como hipótese de revisão judicial de contratos

Uma das hipóteses de cabimento da revisão judicial de contratos é a lesão.

O art. 157 do CC conceitua a lesão como o defeito do negócio jurídico (e, portanto, hipótese de sua anulabilidade) pelo qual uma pessoa, sob premente necessidade ou inexperiência, se a obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, sendo que, uma vez configurada tal hipótese, o próprio direito material (i) excepciona a anulação do negócio, permitindo a modificação do contrato se for oferecido suplemento suficiente pelo contratante ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito (art. 157, §2º, CC) e (ii) indica ao julgador como critério para a aferição da

[444] TJSP, Apelação nº 0025608-51.2009.8.26.0562, Rel. Des. Soares Levada, 34ª Câm. Dir. Privado, j. 24.03.2014. No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 9182805-84.2008.8.26.0000, Rel. Des. Eros Piceli, 33ª Câm. Dir. Privado, j. 02.08.2010.

desproporcionalidade das prestações, necessariamente, os *"valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico"* – que é, justamente, o momento da ocorrência da lesão.

Vale lembrar, contudo, que a lesão nem sempre foi uma hipótese de cabimento de revisão contratual. Historicamente, a lesão sempre foi relacionada mais às causas de rescisão. Apesar da controvérsia doutrinária, a primeira positivação da figura é comumente atribuída ao direito romano, com referência no Código de Justiniano, o qual previa que o adquirente de um bem poderia optar pelo desfazimento do negócio ou pela complementação do preço se o valor pago na compra e venda fosse inferior à metade do valor pago[445]. A ideia foi resgatada pelo direito canônico (que acresceu o elemento *dolo* para sua configuração) e, mais precisamente, com o renascimento do conceito de usura[446]. A lesão foi adotada pelo *Code Napoleon* de 1804 especificamente a negócios imobiliários (já com a ideia ainda mantida hoje de tarifar a lesão com critérios objetivos, qualificando-a sempre que a venda de imóveis ocorrer por preço inferior a 7/12 avos do preço – art. 1.138) e também pelo Código Civil alemão de 1896, que exigia para sua configuração a demonstração do dolo da parte beneficiada pela vantagem decorrente do contrato.

No Brasil, as Ordenações acolheram o instituto como uma das hipóteses de modificação contratual – inicialmente para contratos de compra e venda e posteriormente para outras modalidades contratuais, como arrendamentos, escambos etc. Havia, contudo, uma previsão legal específica e quantitativa para a caracterização da lesão. O título XIII do Livro IV das Ordenações Filipinas, por exemplo, se intitulava *"do que quer desfazer a venda por ser enganado em mais da metade do justo preço"*, justamente porque o desfazimento ou a modificação do negócio sob tal fundamento se justificava apenas se o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, assim considerado ao vendedor *"se a cousa vendida valia por verdadeira e commum estimação ao tempo do contracto dez cruzados e foi vendida por menos de cinco"* e ao comprador *"se a cousa comprada ao tempo do contracto valia por verdadeira e geral*

---

[445] Cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 152) e WLADIMIR CUNHA (*Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, p. 152).

[446] Cf. CELSO PUGLIESE (*Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, pp. 80-81 e 86) e FREDERICO GLITZ (*Contrato e sua conservação: lesão e Cláusula de Hardship*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 110-111).

estimação dez cruzados e deu por ella mais de quinze"[447]. Em tais casos, autorizava-se ou a rescisão do contrato ou a sua revisão para *"refazer-lhe o justo preço"* (título XIII, item 1). Após a independência, o critério da *"metade do justo valor da cousa"* foi mantido pela Consolidação de Teixeira de Freitas de 1855 (art. 359), não obstante o Código Comercial de 1850 previsse expressamente que nos contratos de compra e venda entre comerciantes não caberia a rescisão por lesão (art. 220[448]). Em contrariedade a esta linha evolutiva, o CC/16 rechaçou o instituto da lesão, ao que tudo indica, como um reflexo histórico do contexto de enaltecimento da autonomia da vontade das partes.

Em 1933, contudo, o Decreto nº 22.626/1933 (popularmente denominada de "Lei da Usura"), passa a prever que é vedado *"estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal"* (art. 1º), sendo interessante a referência ao seu segundo considerando no sentido de que *"é de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras"*. Na sequência, o Decreto nº 869/1938 veio tipificar o crime de usura real (ou pecuniária) a conduta de *"obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida"*, permitindo-se ao juiz, nestes casos e também na hipótese de juros acima da taxa de mercado, ajustar o valor ou, caso a obrigação já tivesse sido cumprida, determinar a restituição da quantia paga em excesso (art. 4º, §3º) – disposição essa que foi incorporada pela posterior Lei nº 1.521/1951.

Antes ainda da promulgação do CC, a Medida Provisória nº 2.172-32 de 23.08.2001 previa que são *"nulas de pleno direito as estipulações usurárias",* quais sejam, (i) fixação de juros superiores às taxas legalmente previstas, nos contratos civis de mútuo e (ii) fixação de lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, em negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de consumo (art. 1º). Apesar de prever que as estipulações contratuais nesse sentido ensejam *"declaração de nulidade"* (art. 3º), a própria MP prevê que (i) no primeiro caso, o juiz, se requerido, deverá ajustar a taxa de juros à medida legal ou ordenar a restituição, em dobro, do valor pago em excesso e (ii) no segundo caso, o juiz, se requerido, deverá *"restabelecer o equilíbrio da relação*

[447] Disponível em www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenações.htm, acesso em 10.10.2017.

[448] *"Art. 220 – A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes, salvo provando se erro, fraude ou simulação"*.

contratual", ajustando as prestações ao *"valor corrente"* ou restituir, em dobro, a quantia paga em excesso. Esta redação revogou a orientação antes prevista pela Lei nº 1.521/1951, que reproduzia seu anterior Decreto nº 869/1938. Em sede constitucional, a CF, não obstante não disponha sobre a vedação de comportamento usurário, estabelece em seu art. 173, §4º que *"a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*.

Considerando esse histórico legislativo posterior ao CC 16, o atual CC, em 2002, então retomou a figura da lesão como hipótese de revisão contratual ou, caso esta não seja possível, anulação do negócio (art. 157) – o que significa que, tratando-se de causa de anulabilidade, depende de expresso pedido da parte prejudicada. Contudo, diferentemente dos demais códigos que o antecederam, passou a não mais diferenciar sua aplicação conforme a natureza da contratação (aplica-se indistintamente a todos os contratos regidos pela lei civil, inclusive em contratações entre comerciantes). A previsão legal adota o critério aberto da *"desproporção de prestações"* (critério objetivo) – sem a delimitação quantitativa de o valor corresponder ao antigo critério da *"metade do justo preço"* – aliando à premente necessidade ou inexperiência da parte lesada (critério subjetivo).

A adoção legislativa de um critério aberto que deixe ao magistrado o papel de interpretar o conceito de *desproporção* conforme cada caso concreto (ainda que sempre obedeça ao comando da valoração *vigente ao tempo em que foi celebrado o negócio*) não é um privilégio brasileiro. A opção por uma norma aberta foi feita também pelos Códigos Civis português[449] – que permite ao lesado requerer, ao invés da anulação, a *"modificação do negócio segundo juízos de equidade"* (art. 283) –, argentino[450] e alemão[451].

---

[449] O art. 282 do CC Português prevê que são anuláveis, por usura, os negócios jurídicos em que um contratante explore a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem, obtendo promessa ou concessão de benefícios excessivos ou injustificados.

[450] O art. 954 do Código Civil argentino prevê que *"podrá demandarse la nulidade o la modificación de los actos jurídicos cuando uma de las partes explotando la necesidad, ligeireza o inexperiencia de la outra, obtuviera por médio ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación em caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tempo de lacto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (...)"*.

[451] O art. 138 do BGB alemão prevê uma transação é nula se *"a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of anther, causes himself or a third party, in Exchange for an act of performance, to be promised or granted pacnuary advantages which are clearly disproportionate to the performance"*.Tradução do BGB alemão para o inglês disponível em **https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0417**.

De igual forma, os Princípios UNIDROIT 2016, aplicáveis a contratos de comércio internacional – e que não enquadram contratos de consumo –, em seu art. 3.2.7, admitem a anulação ou revisão judicial de contratos por lesão, esta assim considerada sempre que um contrato ou cláusula resulte *"injustamente em uma vantagem excessiva"* à outra parte, aferível no momento da celebração da avença, e devendo sempre se considerar (i) o estado da parte lesada – dependência, aflição econômica, necessidade, ignorância, inexperiência ou ausência de aptidão à negociação e (ii) a natureza e finalidade da contratação. Uma vez configurada a lesão, os Princípios UNIDROIT 2016 autorizam ao juiz da controvérsia um controle bastante amplo na possibilidade de modificação contratual, desde que mediante pedido da parte lesada. Nos termos do art. 3.2.7(2), se autoriza aos Tribunais que adaptem o contrato para torná-lo *"conforme às exigências da boa-fé em matéria comercial"*.

O critério aberto, contudo, não é uníssono. Há ordenamentos que adotam parâmetros objetivos e quantitativos – a exemplo da ideia romana –, vinculando eventual revisão ou desfazimento do negócio eivado de lesão à observância estrita de tais indicadores. Tais sistemas são comumente denominados de *tarifários.*

Nesse sentido, a lei civil francesa, especificamente para compra e venda de imóveis, estabelece que a rescisão por lesão pode ser requerida pelo vendedor se este for lesado em mais de 7/12 (sete doze avos) no preço do imóvel, considerando-se o preço no momento da venda (art. 1.674, CC Francês), hipótese em que o comprador poderá ou devolver a coisa e reaver o preço ou complementar o valor pago para atingir o *preço justo* (art. 1.681, CC francês). Na Itália, de modo similar, o contratante pode requerer a rescisão do contrato na hipótese de lesão, sendo a ação admissível apenas se a lesão exceder a metade do valor da prestação pactuada pela parte lesada no momento da celebração do contrato (art. 1.448, CC italiano). O código civil espanhol, por sua vez, não obstante seja bastante restritivo sobre o tema ao vedar a rescisão por lesão de modo geral (art. 1.293, CC espanhol), excepcionalmente, admite a rescisão por lesão de contratos celebrados por tutores sem autorização judicial e representantes de ausentes. Em ambos os casos, a lesão se configura se o prejuízo for maior do que ¼ (um quarto) do valor da coisa objeto do contrato (art. 1.291, §§1º e 2º, CC Espanhol). No Brasil, o legislador optou por não tarifar a medida da desproporção, cabendo tal atribuição ao magistrado.

9.6.2. Elementos da revisão judicial por lesão

Como se adiantou, sob o ordenamento brasileiro, o legislador optou por não vincular o magistrado a critérios objetivos para a caracterização da lesão e sim por deixar sujeito ao seu juízo, em cada caso concreto, a qualificação da *desproporção entre prestações* e da *inexperiência* ou *necessidade*, consequentemente, a possibilidade de revisão ou anulação da avença caso configurada a lesão (e, se positiva, a própria quantificação da revisão).

O art. 157, apesar dos conceitos abertos, deixa algumas diretrizes ao magistrado: [1] a prestação deve ser manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, [2] o lesado deve estar sob premente necessidade ou ser inexperiente e [3] a desproporção deve ser apreciada segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio. Tais diretrizes, contudo, parecem insuficientes e sua generalidade pode conduzir a resultados totalmente díspares, conforme as variáveis da cada caso concreto.

Diante da indeterminação objetiva e específica de tais conceitos, buscamos na jurisprudência do STJ um reflexo prático da aplicação do art. 157 do CC a casos concreto, ilustrada pela fotografia descrita no Anexo B do presente trabalho, de onde extraímos a conclusão de que, para mesmas situações fáticas, não há consenso sobre qual aspecto é reputado decisivo para a configuração da necessidade / inexperiência ou para a desproporção entre prestações.

Exemplifica-se. Foram identificadas 2 (duas) ações de anulação de cláusula de quitação em termo de acordo extrajudicial firmado entre pessoas físicas e empresa de transporte, em função do recebimento de indenizações decorrentes de acidente automobilístico e que, a despeito da similitude fática, foram tratadas de forma diamentralmente oposta. Na primeira, a tese de lesão foi afastada, mantendo-se a indenização das vítimas em R$10.000,00; na segunda, a tese de lesão foi acolhida e o valor da indenização foi revisado, majorando-se de R$40.000,00 para um valor superior a contemplar adicional pensão alimentícia (a liquidar). Não obstante ambas as situações decorram de um fato similar (acidente automobilístico) e tenham sido formalizadas por termo de acordo extrajudicial em circunstâncias muito parecidas, o mesmo STJ deu direcionamento diverso entre eles e sob argumentos totalmente díspares. Em ambos os casos o STJ destacou que a celebração do acordo foi feita sem a assistência de advogado e que as vítimas ou eram de baixa renda, ou estava em momento grade de saúde. No primeiro caso, contudo, mesmo com a ressalva de que o valor pactuado foi menor do que a parte receberia se tivesse submetido o caso aos tribunais, a lesão foi afastada por se entender que *"não se pode desconsiderar que, com o acordo celebrado, os recorrentes que firmaram as*

referidas transações receberam aquelas somas em dinheiro imediatamente, evitando anos de discussão judicial e, mais do que isso, a incerteza quanto ao êxito de eventual ação"[452], ao passo que, no segundo caso, se entendeu, ao contrário, que *"quando o acordo extrajudicial é, em tese, prejudicial à parte hipossuficiente em desvantagem excessiva, as portas do Judiciário não podem permanecer fechadas, sob o risco de perpetuar a desproporcionalidade entre o dano e o seu ressarcimento"*[453].

Ou seja, a despeito de ambos os casos terem considerado a natureza da avença e a vulnerabilidade de um polo contratante e terem reconhecido a desproporção da prestação, foi a lógica econômica do contrato (à luz da finalidade pretendida pelo contratante) e o interesse público que determinaram o diferente desfecho de cada um. Um priorizou a lógica da contratação ao entender que o tempo do processo e a incerteza de sua definição têm um custo que justificaria o aceite da desproporção. Outro priorizou o interesse público da garantia do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição frente a uma lesão notadamente por esta envolver um vulnerável.

Sem que se opte aqui por uma ou outra solução quanto ao mérito, a verdade é que a falta de uniformidade da tutela jurisdicional a uma mesma situação fática é prejudicial aos escopos da jurisdição e causa total situação de incerteza, permitindo o crescimento de um campo fértil para o demandismo randômico. Caso ambos os julgamentos tivessem aplicado os critérios limitadores do poder de decisão ora propostos de forma cumulativa – natureza, vulnerabilidade, lógica econômica e interesse público – as chances de orientações uníssonas poderiam ser maiores e, caso ainda assim houvesse dissenso, ao menos ofereceriam maior segurança aos jurisdicionados, ao deixar claros os critérios analisados para a avaliação da *desproporção.*

Foi colhido mais um exemplo – este ilustrativo da importância não só do risco assumido na lógica da contratação, mas também da natureza da relação contratual e da vulnerabilidade das partes. Identificou-se 2 (duas) ações de revisão de honorários (preço) pactuado em contrato de prestação de serviços sob o argumento da lesão e em que o desfecho também foi totalmente diverso em função da prevalência de critérios distintos acerca da *desproporção* e da *inexperiência* dos contratantes. Na primeira[454], a tese da lesão foi acolhida e os

---

[452] STJ, REsp nº 1.384.480-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 09.05.2017 (Caso #1, Anexo B).

[453] STJ, REsp º 1.183.315-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.12.2015 (Caso #2, Anexo B).

[454] STJ, REsp nº 1.155.200 – DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.02.2011 (Caso #3, Anexo B).

honorários *ad exitum* foram reduzidos de 50% para 30% do benefício econômico com a demanda e, para tanto, foi considerado pelo tribunal que (i) a lesada tinha baixa instrução escolar e apresentava quadro de necessidade econômica no momento da contratação e, por outro lado (ii) a redução não poderia ser tal como pretendido pela parte lesada pois o advogado prestou serviços por 10 anos de tramitação da ação e assumiu risco da atividade ao receber apenas no êxito. Na segunda[455], a tese da lesão foi afastada, com a manutenção de honorários totais de 25% e, para tanto, foi considerado pelo tribunal que (i) o contratante era empresa com capital social de R$4 milhões e *"certamente habituada a celebrar contratos de alto valor"* e que (ii) o valor contratado seria praxe em reclamações trabalhistas.

Como se vê, neste confronto, a natureza da contratação (se estritamente civil, se empresarial), a vulnerabilidade dos envolvidos (neste caso a escolaridade e a atividade empresarial) e a lógica do contrato (risco da remuneração no êxito) e do próprio mercado (praxe trabalhista) foram claramente empregados como critérios decisivos para o resultado do julgamento. A jurisprudência, de certa forma, já se vale dos parâmetros dos poderes de decisão do juiz, ainda que não haja uma sistematização para que todos os critérios sejam, de fato, analisados – o que, em alguns casos, como visto acima, gera distorções.

A aplicação da régua limitadora dos poderes decisórios do juiz quanto à configuração da lesão e o cabimento da revisão visa justamente evitar que um ou outro critério sejam prevalecentes em uma ou outra situação, permitindo uma maior uniformização de decisões.

9.6.3. O 'suplemento suficiente' e a 'concordância com redução do proveito'

O comando do art. 157, §2º do CC estabelece como consequência da lesão a anulação do negócio, sendo esta excepcionada pela modificação do contrato expressamente e apenas (i) se for oferecido suplemento suficiente *ou* (ii) se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. O dispositivo gera questionamentos importantes do ponto de vista processual, entre os quais, o de se poderia o magistrado rever as prestações desproporcionais fora de tais hipóteses.

[455] STJ, REsp nº 1.117.137-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 17.06.2010 (Caso #4, Anexo B).

Quanto à segunda hipótese do dispositivo, nos parece que, havendo concordância da parte favorecida com a redução do proveito na mesma medida que interessar à parte desfavorecida, sequer se poderia falar em revisão judicial do contrato. Caso haja concordância, sequer controvérsia há. E caso a concordância se manifeste ao longo de uma demanda judicial já iniciada, a consequência será a homologação de uma composição amigável e não propriamente uma sentença constitutiva de revisão contratual.

A principal questão, contudo, se refere à primeira hipótese do §2º do art. 157 do CC: alegando o autor ter sofrido lesão e oferecendo o réu um suplemento reputado *suficiente* pelo juiz (mas ainda não condizente com o valor pretendido pelo autor), poderá o juiz manter o contrato vigente com o valor revisado e por ele reputado suficiente ou deverá necessariamente decretar a anulação do contrato por não concordar o autor com a suficiência da prestação? Ou ainda, poderia o juiz reputar *suficiente* um terceiro valor, entre aquele pleiteado pelo autor-prejudicado e aquele oferecido pelo réu-favorecido? Há espaço para uma procedência parcial diante da redação do art. 157 do CC?

Segundo CELSO PUGLIESE[456], haveria possibilidade de convalidação do contrato mediante revisão apenas se a parte beneficiada oferecesse à parte lesada a redução ou outro ajuste apto a readequar o equilíbrio contratual; caso contrário, restaria à parte prejudicada apenas o pedido de rescisão do contrato. A disposição do Enunciado 149 aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJF não nos socorre completamente nesse questionamento. O Enunciado prevê que *"Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002"*. Segundo WLADIMIR CUNHA[457], autor da proposta, a função do magistrado em tais casos seria de *"incitar fortemente a parte favorecida a ofertar um suplemento ou a concordar com a redução do proveito, ou ambas as partes a realizarem um acordo sobre a revisão da cláusula de preço".* Pela afirmação do autor, não é possível extrair se há ou não a possibilidade de o juiz reputar como suficiente um valor que não foi proposto pelo autor e tampouco oferecido pelo réu.

---

[456] *Revisão Judicial dos contratos: o instituto da lesão e os novos rumos do direito obrigacional brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 192.

[457] *Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, p. 166.

Sem prejuízo do exercício desse poder-dever de fomentar a apresentação de propostas, entendemos que há espaço para que o juiz acolha parcialmente um pedido revisional e repute como *suplemento suficiente* ou ajuste o *proveito* de modo diverso daquele proposto pelas partes, sem que se fale propriamente em anulação do negócio, mas tão somente em anulação parcial do preço.

O levantamento de julgados sobre a revisão de contratos por lesão no âmbito do STJ (vide Anexo A) indica que essa possibilidade é aceita em nossos tribunais. Entre os 5 (cinco) casos identificados, um deles adotou exatamente essa postura. Em ação de revisão de cláusula de pagamento de honorários (preço) em contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre pessoa física e advogado a autora-lesada pleiteou a redução dos honorários de êxito dos 50% pactuados para 20% e o advogado insistiu na manutenção do valor pactuado, tendo o STJ promovido a revisão por lesão, com fundamento no art. 157, CC para 30%.

9.7. A Revisão judicial da Cláusula Penal

A *cláusula penal* é uma obrigação de natureza acessória que pode ser fixada pelas partes contratantes no próprio contato, ou em ato posterior, para a hipótese de descumprimento de determinada obrigação, tendo por finalidade, assim, *(i)* estimular o cumprimento da obrigação, de modo coercitivo, sob pena de se aumentar a onerosidade da prestação pactuada e *(ii)* ao mesmo tempo, poder servir como instrumento de prévia liquidação de perdas e danos (integralmente, ou, ao menos, de seu valor mínimo).

A considerar a obrigação principal a ela relacionada, a cláusula penal pode ser *compensatória* – aplicável ao descumprimento dito absoluto da obrigação e, portanto, exigível de forma alternativa à obrigação principal – ou *moratória* – aplicável na hipótese de intempestividade no cumprimento de determinada obrigação principal, ainda exigível pelo credor e, portanto, cumulativa a esta. A cláusula penal não se confunde com a figura das *astreintes* que podem ser fixadas judicialmente, no curso processual, como penalidade para a parte que não cumpra determinada ordem emanada pelo Judiciário.

O art. 412 do CC estabelece que *"o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal"* e o art. 413 do CC prevê que a *"penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a*

finalidade do negócio" – redação bastante similar à adotada pelo direito português[458]. O direito material, portanto, admite, expressamente, a revisão judicial de cláusulas penais e, ela própria, dita parâmetros à modificação do pacto pelo juiz.

O STJ[459], em recente decisão, ao analisar ação de rescisão contratual de contrato empresarial de representação comercial (firmado entre duas pessoas jurídicas e dotado de equilíbrio) e com pedido de pagamento de cláusula penal, entendeu que ao art. 413 do CC, ao alterar a antiga previsão do art. 924 do CC de 1916, impõe ao juiz o dever – e não mais a faculdade – de reduzir equitativamente a cláusula penal na hipótese de cumprimento parcial da obrigação pelo devedor, sem que isso, em absoluto, contrarie o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, pois apenas os temperariam para *"conviver harmonicamente"* com os princípios da função social, da boa-fé e do equilíbrio econômico (arts. 421 e 422, CC). Segundo a Corte Superior, as limitações imposta ao juiz pelos arts. 412 e 413 do CC seriam *"normas imperativas e cogentes"*, hábeis a limitar a convenção das partes para a prevalência do equilíbrio contratual[460].

O excesso da penalidade, sem dúvidas, parece atribuir ao juiz a tarefa de avaliar sua configuração do caso concreto. Mas será que há, de fato, uma imposição legal para que o juiz reduza o valor da penalidade sempre que houver cumprimento parcial da obrigação – mesmo quando a lógica econômica do contrato justifique a aplicação integral da penalidade? A questão nos remete a outro questionamento antecedente: o art. 412 do CC se aplicaria apenas a cláusulas penais compensatórias ou também moratórias?

Entre os civilistas, FLÁVIO TARTUCE[461] defende que a limitação prevista no art. 412 se aplica à multa compensatória apenas, para os casos de inadimplemento absoluto e vale tanto para contratos civis como de consumo e que essa distinção se deve pois *"as consequências da mora são menores do*

---

[458] O art. 812 do CC português estabelece que *"1. A Cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redação nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida".*

[459] STJ, REsp nº 1.641.131-SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., j. 16.02.2017. No mesmo sentido, reconhecendo a redução equitativa do art. 413 como um *dever* do magistrado: STJ, AgRg no AREsp nº 592.075-RJ, DJe 17.03.2015.

[460] STJ, REsp nº 1.466.177-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20.06.2017.

[461] *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, vol. 2, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 248-249.

que as do inadimplemento"[462]. O STJ, contudo, ao analisar suposta violação ao art. 413 do CC em contrato de arrendamento de touros reprodutores entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica que previa o pagamento de 7,5 arrobas de boi por mês a título de cláusula penal moratória, utilizou como parâmetro o critério do valor total do contrato (mesmo sendo multa moratória e não compensatória) e considerou a cláusula penal plenamente aplicável pois o valor total da obrigação principal era de 405 arrobas de boi e a inadimplência do devedor perdurou por 17 anos, de modo que o aumento quantitativo da cláusula penal em montante superior ao da obrigação principal se deveu apenas ao devedor e não à estipulação contratual acima do patamar legal[463].

Ou seja, do ponto de vista civil, há orientação de que a limitação do valor da multa ao máximo do valor da obrigação principal se aplica a multas moratórias e compensatórias e que, em relação às primeiras, o valor principal da obrigação não necessariamente é um valor de referência para que o valor de uma cláusula penal seja reputado excessivo se seu aumento se deveu ao atraso excessivo do devedor no cumprimento da obrigação.

Ainda, em resposta ao questionamento acima, nos parece o art. 413 do CC não imputa ao juiz o dever de, *necessariamente*, promover a redução equitativa da multa sempre que a obrigação contratual tiver sido cumprida em parte, notadamente para multas compensatórias – ao menos não que o faça sem se considerar se, pela lógica econômica e pela finalidade da contratação, o cumprimento parcial da obrigação não inutilizou, de forma substancial, o propósito da contratação e sua conformidade ao interesse público[464].

---

[462] O art. 413, contudo, por sua generalidade, autorizaria a redução judicial da cláusula penal sob o fundamento do manifesto excesso ainda que esta tenha sido pactuada em montante inferior ao da obrigação principal? O dispositivo legal foi introduzido em nosso ordenamento jurídico apenas com o advento do CC de 2002. Sob a vigência do CC de 1916, a previsão legal era expressa no sentido de que o devedor não poderia *"eximir-se de cumpri-la* [a cláusula penal], *a pretexto de ser excessiva"* (art. 927, CC16), cabendo a redução judicial *"proporcional"* apenas para os casos de mora ou inadimplemento quando o devedor cumprisse parcialmente a obrigação (art. 924, CC16). Quando da entrada em vigor da disposição do art. 413 do CC, criticou-se que tal previsão poderia tornar inócua a redação do art. 412 – que reproduzia o teor do antigo art. 920 do CC16, já no sentido de limitar o valor da cláusula penal ao valor da obrigação principal. Segundo CHRISTIANO CASSETTARI, *"Miguel Maria de Serpa Lopes, Judith Martins Costa, Flávio Tartuce, Luiz Antonio Scavone Junior e Cristiano Chaves de Farias, que defendem que o limite descrito no art. 412 do Código Civil de 2002 restringe-se à cláusula penal compensatória"*, porém *"Filiamo-nos ao posicionamento minoritário, em que o limite descrito no art. 412 do Código Civil de 2002 restringe-se à cláusula penal compensatória, quando não houver norma específica, e que a cláusula penal moratória tem seu teto máximo descrito no art.9º da Lei da Usura (Dec.22.626/33)"* (*Multa Contratual: teoria e prática,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 84).

[463] STJ, REsp nº 1.463.677-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.08.2017.

[464] Segundo PAULO LUIZ NETTO LÔBO, o juiz deve considerar, especificamente na análise da cláusula penal *"a finalidade visada pelos contratantes, a gravidade da infração, o grau de culpa do*

O método judicial de aferição da pré-fixação de perdas e danos (natureza da cláusula penal) não pode se dispensar de enfrentar esse critério no processo decisório. Se um casal contrata um serviço de *buffet* para a cerimômia de seu casamento para que sejam oferecidos, em dia e horário específicos, todas as bebidas, entradas, jantar e doces da celebração e o fornecedor entrega apenas alguns doces entre todos os produtos contratados, o descumprimento é de tal forma substancial que, por sua natureza dentro da lógica da contratação, não há sentido algum em se reduzir, equitativamente, eventual multa para retirar os doces entregues do racional de cálculo da pré-fixação de perdas e danos. A finalidade da contratação foi comprometida e isso deve afetar o poder decisório do juiz.

Nem sempre essa valoração da racionalidade contratual e de sua conformidade ao interesse público é, contudo, observada. Muitas vezes, os tribunais parecem optar pelo instrumento da *proporcionalidade* e não da *equidade*[465] – o que acaba não se justificando do ponto de vista da lógica contratual e da boa-fé e função social, em termos do próprio cabimento do poder decisório de dosagem.

Nos 7 (sete) casos identificados no STJ com filtros de pesquisa identificados no Anexo D do presente trabalho –e em todos houve o exercício do poder de decisão pelo cabimento da revisão judicial –, é possível notar uma tendência a se considerar que a revisão cabe sempre que houve o cumprimento parcial da obrigação e não se identificou, nos casos selecionados, se a substancialidade do inadimplemento frustraria integralmente a própria contratação a ponto de não se justificar a aplicação da pena.

Entre tais exemplos, destacamos oo caso *Globo X Rodrigo Faro* em que se discutiu a revisão de cláusula penal por rescisão antecipada de contrato de prestação de serviços artísticos e redução diante de cumprimento parcial. No referido caso, não obstante o STJ tenha entendido que o juiz deve observar *"a boa-fé objetiva, a naturezaa e a finalidade do negócio, o grau de culpa do*

---

devedor, as vantagens que para este resultem do inadimplemento, o interesse do credor na prestação, a situação econômica de ambas as partes, a sua boa ou má-fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e eventuais contrapartidas que tenham beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal" (*Teoria geral das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 311-312).

[465] Sobre essa diferenciação, o Enunciado 359 do CEJ propõe que *"A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido'. Art. 413: 3. Para essa redução, o juiz deve considerar sobretudo a boa-fé e a função social do contrato (arts. 113, 421 e 422)"*. Na doutrina, NELSON ROSENVALD se orienta no mesmo sentido ao defender que *"a partir do momento em que o magistrado passa a se guiar pela equidade, em vez de apelar à proporcionalidade, há um sensível ganho de qualidade em sua atuação. O juiz deixa de ser um estatístico e se converte em um intérprete das peculiaridades do caso concreto"* (Cláusula penal: A pena privada nas relações negociais. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 258).

devedor, as vantagens decorrentes do inadimplemento", se valeu da proporcionalidade ao confirmar o exercício do poder revisional na proporção entre o tempo contratual cumprido e o *"período total estipulado no contrato"*[466].

Em casos de obrigações de pagamento, reconhece-se que essa necessidade pode ficar, de fato, mais relativizada, apesar de não dever ser ignorada. Contudo, em obrigações de fazer, independentemente do tempo contratual cumprido, deve ser analisada pelo juiz de modo mais incisivo, não devendo se aplicar a pura e simples proporcionalidade e sim analisar se o incumprimento parcial feriu a finalidade da contratação, levando em conta sua natureza, sua lógica, a ciência plena das partes acerca dos riscos assumidos e a função social e boa-fé que devem pautar a contratação.

De todo modo, o direito material parece não deixar qualquer dúvida quanto ao fato de que a possibilidade de revisão de cláusulas penais em relações civis pode ser exercida pelo Poder Judiciário única e exclusivamente para *"reduzir equitativamente"* a penalidade se a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente ou se seu montante se mostrar excessivo diante da natureza e finalidade do negócio (art. 413, CC).

A redação é categórica, de modo que não se autoriza ao julgador promover a majoração da penalidade estipulada a título de cláusula penal e tampouco a criação de uma cláusula penal não pactuada em contratos regidos pelo código civil brasileiro, sob pena de direta violação à legalidade.

Quando muito, o juiz pode, a pedido da parte, apreciar pedido indenizatório para contemplar um eventual "saldo" de perdas e danos, se superiores ao montante pré-fixado a título de cláusula penal em contrato pelas partes e deste que expressamente previsto não se tratar a cláusula penal de teto indenizatório (*cf.* art. 416, parágrafo único, CC). Nesta hipótese, contudo, não se trata de majoração de cláusula penal e sim de fixação de indenização complementar em função da extensão do dano ter superado a pré-fixação.

A jurisprudência, contudo, parece não tratar a questão com uniformidade e a natureza da relação jurídica é comumente invocada como justificativa.

Há um exemplo atual desse dissenso em relação à cláusula penal moratória prevista em compromissos de compra e venda de imóveis firmados entre incorporadoras e consumidores. O STJ, sobre o tema, tem reconhecido a possibilidade de *"inversão da cláusula penal em favor do consumidor"*, para aplicar, em desfavor das incorporadoras e para a hipótese de atraso na entrega

[466] AgRg no ARESp nº 592.075-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 05.03.2015.

dos imóveis por esta, a "mesma" multa prevista contratualmente aos consumidores para a hipótese de atraso no pagamento das parcelas de preço. Diz-se as "mesmas" propositalmente entre aspas pois, não obstante o tribunal replique a alíquota da multa contratual fixada à mora do consumidor (2%), simplesmente não leva em consideração a mesma base de cálculo para a incidência desta alíquota. Aliás, o quadro de insegurança é, inclusive, pior pois há decisões que ora decidem que a base de cálculo da multa à incorporadora é o valor do imóvel / contrato[467], ora decidem que a base de cálculo é o total das parcelas pagas pelo consumidor até o momento do atraso[468].

Em um de seus julgados[469], o STJ confirma que, de fato, *"não se percebe pela literalidade das disposições do CDC regra expressa que preveja a inversão, em benefício do consumidor, de cláusula penal que amparava com exclusividade o fornecedor"*, contudo, tal inversão decorreria de forma *"principiológica"* do sistema consumerista pela exigência de equilíbrio (art. 4º, III), de igualdade de contratações (art. 6º, II), pela vedação às práticas abusivas (art. 51) e outros direitos que derivem da equidade (art. 7º).

Entretanto, ao assim concluir, os tribunais optam por analisar apenas a natureza da relação jurídica, a vulnerabilidade do consumidor e um suposto interesse público que se atém apenas a uma ótica da contratação – o equilíbrio apenas formal e não material – e deixa de analisar, com a profundidade adequada, a lógica da contratação e o interesse público sob a ótica da função social (e econômica) da atividade construtiva e a coletividade envolvida. Primeiramente, tais demandas revisionais não podem ser julgadas sem se avalisar a finalidade da previsão da cláusula penal moratória, sem perder de vista o negócio no qual ela é entabulada. Em contratos de construção, as incorporadoras podem se financiar dos pagamentos adiantados pelos consumidores para custear, ainda que em parte, a própria construção. A assunção do risco do negócio, fixação de preço e cronograma de conclusão de obra podem se pautar por esta premissa, de modo que o não pagamento da mensalidade pelo consumidor pode ter um impacto ao incorporador (e também à coletividade de compromissários compradores) de modo totalmente diverso do que o atraso na conclusão pode gerar ao consumidor. Além disso, o atraso do consumidor a ensejar a aplicação de multa de 2% sobre o valor de uma parcela mensal não tem o mesmo impacto econômico do que a aplicação de

[467] STJ, AgInt no AREsp nº 985.690-AM, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 21.03.2017 e STJ, REsp nº 1.536.354-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 07.06.2016.

[468] STJ, REsp nº 955.134-SC, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 29.08.2012.

[469] STJ, REsp nº 955.134-SC, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 29.08.2012.

multa de 2% sobre o valor do imóvel ou mesmo sobre todo o valor pago pelo consumidor até o dia do atraso. Além de os valores não serem comparáveis, o impacto da mora é substancialmente diferente do ponto de vista patrimonial, a ponto de colocar em risco a própria concretização do negócio. Igualar as alíquotas sobre bases de cálculo diversas e desconsiderar a finalidade e diferenciação das prestações assumidas por cada parte, longe de garantir qualquer equilíbrio contratual, destoa da racionalidade econômica do contrato e pode vir a impactar negativamente o interesse público, em prejuízo à função social do negócio e aos próprios consumidores.

A orientação de nossos tribunais, neste ponto, é tão dispersa quanto aos elementos limitadores do poder de decisão judicial que, em contrariedade à orientação do STJ, o TJSP editou, em 01.02.2016, a Súmula 159, que estabelece que *"é incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra"* e invoca, para tanto, o disposto no art. 411 do CC, sob o fundamento de que não se há, nesses casos, previsão contratual da multa a justificar a sua aplicação pelo juiz. Sem prejuízo, a orientação é aplicada também em julgamento de demandas revisionais de consumo[470].

9.8. Revisão de contratos por abusividade (nulidade)

Mesmo em relações que não estejam sujeitas a uma tutela mais incisiva do Estado como ocorre com as relações contratuais de consumo ou de trabalho, e das quais se parta de uma presunção de livre expressão da autonomia da vontade, a revisão pode se impor sob a confirmação de eventual absuvidade e, consequentemente, sua nulidade. Nesta sede, a régua de critérios limitadores do poder judicial de decidir pela hipótese de cabimento da revisão do contratual é igualmente recomendável como forma de se obter uma tutela jurisdicional mais adequada aos seus propósitos.

Antes disso, importante destacar que 'abuso de direito' e 'abusividade contratual' não se confundem. Ambas as noções se relacionam a algo que não é admitido pelo ordenamento jurídico, por ultrapassar limites máximos admitidos

[470] TJSP, Apelação nº 1123390-93.2014.8.26.0100, Rel. Des. Pedro Leme Filho, j. 25.04.2018; TJSP, Apelação nº 1013524-42.2013.8.26.0309, Rel. Des. Penna Machado, j. 25.04.2018; TJSP, Apelação nº 1037262-16.2014.8.26.0506, Rel. Des. Silvério da Rocha, j. 16.04.2018, entre outros.

pelo ordenamento jurídico. O abuso de direito se refere ao exercício de um direito com excesso, sem a observância dos limites de sua finalidade (atrelado à noção de ato ilícito, *cf.* art. 187, CC), ao passo que a abusividade contratual se refere ao excesso de uma cláusula contratual (portanto, do próprio conteúdo da avença) ao ultrapassar limites da harmonia de expectativas havida entre as partes, instalada com base na prévia informação e ciência sobre os riscos assumidos com a contratação e na livre e autônoma liberdade da parte. Sobre o tema, JUDITH MARTINS-COSTA[471] esclarece que o abuso de direito se corrige no plano da eficácia, enquanto a abusividade contratual se corrige no plano da validade – e, especificamente, a nulidade.

Entre os relacionamentos interempresariais, os contratos de representação comercial podem servir de exemplo em que a consideração de tais critérios se afigura relevante. Esse tipo de contratação é regido pela Lei nº 4.886/65 e o art. 32, §4º estabelece que *"as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias"* – redação esta que permite uma enorme discussão, em nível nacional, sobre se a base de cálculo das comissões deve ser calculada sobre o valor bruto ou líquido da nota fiscal (ou seja, com ou sem os tributos incidentes sobre a operação). O STJ – que já chegou a enfrentar a questão com dissenso[472] – hoje vem reproduzindo orientação firmada no âmbito do REsp nº 1.162.985-RS[473], de Relatoria da Min. Nancy Andrighi, no sentido de que a lei não faria distinção entre preço líquido ou bruto, de modo que *"o preço constante na nota fiscal é o que melhor reflete o resultado obtido pelas partes (representante e representado), sendo justo que sobre ele se apoie o cálculo das comissões"*.

Sabe-se que a lei de representação comercial, historicamente, sempre teve viés de caráter protetivo ao representante comercial, sendo este o seu 'espírito'. Inclusive, não é raro que muitas de suas disposições sejam consideradas como de natureza cogente e inderrogáveis pelas partes, sob pena de nulidade. A natureza jurídica indica uma preocupação do Estado em tutelar esse tipo de relação contratual e a lei material aplicável ao tipo contratual indica um critério de precificação que, mesmo eivado de dúvidas, indica um caminho ao juiz. A vulnerabilidade das partes, contudo, pode variar de caso a caso. A legislação da década de 60 reflete uma preocupação a ela contemporânea, em que os representantes comerciais eram, na maior parte das

[471] *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 582.

[472] Nesse sentido o REsp nº 756.115-MG, em que Min. Aldir Passarinho defende ser necessária uma diferenciação entre preço total do produto e sua carga tributária.

[473] STJ, REsp nº 1.162.985-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 18.06.2013.

vezes, profissionais autônomos que, individualmente, buscavam clientes em intermediação de compra e venda de produtos. Talvez o legislador de 60 não pudesse antever a evolução do mercado e o atual quadro, por vezes, de empresas verdadeiramente especializadas, com expertise em setores determinados, equipes de vendas treinadas, com departamentos jurídicos internos e anos de experiência no mercado. A vulnerabilidade, portanto – não obstante a natureza contratual indique uma preocupação legislativa de proteção – pode não estar presente em todos os casos indistintamente. Diante desse quadro, é perfeitamente possível que as partes tenham fixado sua remuneração com base no valor líquido das notas fiscais e não no valor bruto (reputado pela jurisprudência como adequado à interpretação de "valor total da mercadoria") de forma livre, informada e plenamente ciente dos riscos contratuais assumidos. E mais, ainda, além do critério variável da vulnerabilidade, a lógica econômica também parece não ser levada em consideração pelo entendimento acima. Se as partes pactuaram uma determinada porcentagem (alíquota) das comissões devidas com base em um racional econômico de incidência sobre o valor líquido das notas fiscais (base de cálculo), nos parece, em tese, contrariar a racionalidade pactuada a intervenção judicial nesse ponto. Se o fabricante tivesse ciência desse risco de interferência (nulidade) ao contratar, talvez pactuasse outra alíquota. E mais ainda, em uma dada situação em que o contrato expressamente faça referência à incidência de comissão sobre o valor líquido do produto e que tal prática tenha sido adotada pelas partes por sucessivos anos, desde o início do relacionamento contratual, nos parece contrariar a boa-fé objetiva e a própria tutela da confiança a repentina insurgência de um contratante que, às vezes por décadas, sempre concordou com a precificação pactuada. Como se vê, as variáveis de cada relação contratual são muitas e a tutela jurisdicional que trata relações contratuais de modo padronizado apenas conforme sua simples natureza, não atentando a essas variáveis pode estar fadada à precariedade, ao simplismo e à incompletude.

Diferentemente do caso acima, contudo, há casos em que a jurisprudência opta por empregar o critério da lógica econômica na avaliação de abusividades no âmbito de relações interempresariais e construídas sobre bases paritárias.

O TJSP, por exemplo, ao analisar caso em que um comerciante alegava abusividade de cláusula firmada em contrato com operadora de cartões de crédito pela qual se pactuou que a operadora não repassaria ao comerciante pagamentos feitos com cartões clonados, pautou-se pela "eficiência da

alocação de risco". Ao citar doutrina da Escola de Chicago, sustentou que a alocação do risco de fraude é válida pois o vendedor seria o *"superior risk bearer"* da relação contratual, na medida em que seria a *"parte que consegue evitar e mitigar o risco com o menor custo ou despesa"* e ainda destacou que esta eficiência econômica beneficiaria não apenas a operação em si, mas a própria sociedade ao se coadunar com a boa-fé e função social[474].

Como se vê, apesar de a natureza jurídica da relação contratual e o interesse público serem correntemente apontados nas decisões, não parece haver um consenso em nossos Tribunais quanto aos casos em que a vulnerabilidade das partes e a lógica econômica deva ser avaliada para fins de revisão contratual. Na verdade, toda e qualquer revisão não poderia deixar de se pautar por tais critérios, em conjunto.

9.9. Revisão de contratos em defesa da Concorrência

A intervenção judicial em relações contratuais que, de alguma forma, violem normas de defesa da concorrência é tema extremamente complexo e que demonstra, principalmente, a importância do elemento da racionalidade econômica como balizador dos limites dos poderes revisionais do juiz – talvez seja o fundamento revisional que, na prática, mais indique a relevância de que a atuação jurisdicional se paute por um conjunto de fatores cumulativos no momento do exercício do poder de decisão revisional.

Em sede concorrencial, é a própria CF que autoriza a intervenção do Estado na atuação privada de agentes econômicos. Apesar de o dispositivo se referir à exploração pelo Estado da atividade econômica, o art. 173 da CF contém uma carga geral ao estabelecer que *"a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"* e, no mesmo sentido, o art. 174 da CF coloca o Estado como *regulador da atividade econômica.*

E, nesta seara específica, por sua natureza, a própria Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) imprime à atividade jurisdicional a necessidade de se atentar ao critério da lógica econômica ao analisar e intervir em relações. O art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência tipifica como infração da ordem econômica os atos de prejudicar a livre concorrência e livre iniciativa, de dominar mercado relevante, de aumentar arbitrariamente os

[474] TJSP, Apelação nº 0202965-46.2009.8.26.0100, Rel. Des. Andrade Marques, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 31.01.2013.

lucros e de exercer de forma abusiva uma posição dominante e especifica diversas condutas que subsumem a essa categorização de infrações. Ao assim fazer, a natureza da relação jurídica e as disposições legais a ela aplicáveis ganha especial função limitadora da cognição judicial ao trazer, com detalhes, critérios mais objetivos que servem à condução do poder decisório do juiz ao analisar demandas que envolvam a revisão de contratações. Entre as diversas regras específicas, destaca-se, por exemplo, a própria indicação legal de que é considerado exercício de posição dominante o fato de um grupo ou empresa controlar 20% ou mais do mercado ou outro percentual determinado pelo CADE para setores específicos da economia (art. 36, §2º).

A própria Lei de Defesa da Concorrência, uma vez constatada a infração, prevê a aplicação de uma série de possíveis medidas – sanções pecuniárias, proibição de contratar com instituições financeiras e participar de licitações, parcelar tributos, etc. – e entre elas, expressamente, *"qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica"* (art. 38, VII). Ainda, o art. 47 é claro ao reconhecer o direito de ação de prejudicados, garantindo a estes *"ingressar em juízo para (...) obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica"*, sem prejuízo de indenização. A lei admite, portanto, a revisão judicial de conteúdo contratual que viole a ordem econômica – seja na defesa de interesses individuais, seja individuais homogêneos.

A revisão de contratos privados por conta da sua adequação à concorrência, aliás, é medida praticada mesmo em países cujo ordenamento não permite muita intervenção do estado na economia. Os EUA são exemplo disso. A doutrina[475] aponta exemplo clássico desse cabimento interventivo no caso *USA x United Shoe Machinery Corp.* da década de 50, em que os tribunais intervieram em contratos de locação de equipamentos firmados entre proprietária de equipamentos e seus locatários para evitar conduta anticompetitiva e determinaram a modificação dos contratos de locação para que (i) os prazos de vigência de 10 anos fossem reduzidos, (ii) fosse suprimida cláusula que obrigava os locatários a utilizar os equipamentos em sua capacidade máxima e (iii) a locadora separasse as cobranças relativas aos equipamentos e aos seus reparos, antes cobrados em conjunto.

Nesse exercício, além de se pautar pela legalidade aplicável a demandas dessa natureza (diante dos comandos específicos acima destacados), o cabimento da revisão contratual pelo magistrado não pode se descurar da

[475] Cf. MICHAL GAL (Harmful remedies: optimal reformation of anticompetitive contracts. *Cardozo Law Review*, volume 22, 2000, p. 98).

vulnerabilidade de todos os impactados pela contratação infratora, da lógica do mercado e do interesse público. Todos esses elementos, aliás, estão intimamente relacionados. A vulnerabilidade, neste caso, não se limita aos contratantes e sim a todos os sujeitos impactados pela contratação e, justamente por isso, se mistura à preocupação de preservação do interesse público. Com base em dados coletados pela OCDE (Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico), já se concluiu que a formação de cartéis para majoração de preços implica um sobrepreço de cerca de 20% em relação aos preços que seriam praticados para produtos e serviços em mercados livres[476]. Esse indicador ilustra o quanto uma contratação que proteja práticas anticompetitivas pode impactar o mercado sob o prisma de toda uma coletividade e prejudicar um potencial público consumidor, muitas vezes dependente de determinados bens e serviços e vulneráveis sob esse aspecto.

Pensar no interesse público e na proteção dos vulneráveis impactados pela infração, contudo, não pode dispensar a compreensão da lógica econômica e da racionalidade que permeia o mercado envolvido na contratação. Sobre o tema, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR[477] defende que as medidas diante de uma conduta violadora da concorrência devem ser no sentido sempre de promover uma *limitação* da atividade econômica e nunca no sentido de *inviabilizar* ou *fragilizar* essa atividade pois isso feriria a livre-iniciativa no mercado. Com razão. Ao promover a revisão de contratações com essa finalidade, a ideia de conservação do negócio deve permear todo o processo decisivo do magistrado, não só em função da livre iniciativa, por si só, mas porque a manutenção da atividade econômica pode ser essencial à proteção de vulneráveis e ao interesse público. E não se promove a conservação do negócio sem se entender seu mecanismo de funcionamento.

Sem a consideração conjunta de todos esses critérios, a tutela jurisdicional tende a não se completa, adequada e justa. Como se analisa, por exemplo, o controle de preços exorbitantes de medicamentos essenciais fabricados por laboratórios com patentes? Por um lado, é essencial a valoração da proteção à vida e à saúde e o acesso da população a medicamentos (vulnerabilidade e interesse público). Por outro lado, deve ser sopesada a proteção da propriedade intelectual e deve ser compreendida a própria lógica

---

[476] Cf. GIOVANI CLARK e WANDER HENRIQUE DE ALMEIDA COSTA (A Propriedade Privada dos Bens de Produção e a Regulação. *Intervenção do Estado e Autonomia Privada: integração e sistematização.* Org. Antonio Carlos Diniz Murta. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013, p. 219).

[477] Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. *Tratado de Direito Comercial: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*, vol. 6, Fábio Ulhoa Coelho (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2015, p. 417.

econômica de formação de preços, sob pena de, ao se interferir em tal formulação, prejudicar a própria fabricação (qualitativa e quantitativa) do produto (lógica econômica). O abuso do poder econômico nessa atividade (natureza da relação e suas disposições legais), quando analisado em juízo, não pode deixar de apreciar todos esses aspectos, ainda que um deles, no caso concreto, prevaleça e justifique a opção decisória.

Outro exemplo indica a importância dessa consideração cumulativa de critérios limitadores do poder revisional do juiz: a obrigação contratual de não-concorrência. É comum que, em contratos que impliquem transferência de determinada titularidade no mundo comercial, as partes estipulem obrigação de não-concorrência (também denominada *não-restabelecimento*, *non-compete*, *cláusula de barreira* ou, popularmente, *quarentena*) ao vendedor, por determinado período e em determinado território. Na prática, é corrente seu uso em contratos de transferência de *know-how*, tecnologia, ou mesmo em hipóteses de investimentos em treinamentos de pessoal. Há certo consenso de que cabe a revisão judicial da disposição contratual sobre não-concorrência, em vista de uma possível violação de valores constitucionais como a livre concorrência e o livre exercício de atividade econômica (art. 170, IV e parágrafo único, CF) e os tribunais brasileiros têm admitido sua validade desde que limitada espacial e temporalmente, por entender que esses pactos *"protegem o ambiente concorrencial de distorções indesejadas"*[478]. O trespasse (contrato que regulamenta a alienação de estabelecimento comercial) é exemplo clássico sobre o tema. O art. 1.147 do CC prevê que "*não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente"* – disposição que indica preocupação com a boa-fé e com a proteção da clientela[479].

Essa ideia é desenvolvida também pela doutrina estrangeira. Na doutrina israelense, MICHAL GAL[480] defende que o Judiciário, em ações de violação à concorrência, deve perseguir três objetivos: *"deterrence, compensation and restoration of competition"* (dissuasão, compensação e restauração da competição). Para a autora, invalidar um contrato que viola as leis da

---

[478] Nesse sentido: STJ, REsp nº 1.203.109-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 05.05.2015.

[479] Cf. IVO WAISBERG, que destaca a preocupação principalmente com a clientela subjetiva (ligada à pessoa do empresário), entendida como um *"elemento do aviamento e, consequentemente, um atributo do estabelecimento"*, o qual, por sua vez, representa não só uma parte do ativo do empresário, como sua própria capacidade de gerar resultado (Trespasse. *Tratado de Direito Comercial*, vol. 6, Coord. Fabio Ulhoa Coelho, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 87 e 94-95).

[480] Harmful remedies: optimal reformation of anticompetitive contracts. *Cardozo Law Review*, volume 22, 2000, pp. 100, 127-129 e 130.

concorrência pode não ser um remédio adequado para restaurar a competitividade do mercado e que, nessa atividade de limitação judicial do objeto negociado pelas partes, deve se impor a preocupação com a probabilidade de cumprimento da medida restauradora. Para tanto, a professora defende que seja conferido aos tribunais um poder discricionário corretivo (*remedial discretion)* – o que já ocorre em ações *públicas*, mas que também poderia se aplicar em ações *privadas* – para que o julgador analise, de forma flexível e com liberdade, os possíveis remédios que melhor se adaptem a cada caso, de modo a defender o interesse público que é tutelado pelo direito antitruste e destaca que, no exercício de tal poder, o juiz sempre deve fazer uma análise econômica dos impactos quantitativos e qualitativos dos 'remédios' no mercado.

A distinção que a autora faz entre os poderes do juiz em ações que ela denomina *públicas* e *privadas* é interessante. Para ela, a solução jurisdicional em ações individuais (*privadas*) tende à conversão em perdas e danos ao prejudicado e, eventualmente, alguma modificação pontual do contrato; em ações públicas, há uma preocupação em determinar medidas não apenas de modificação pontual do contrato, mas de evitar novas condutas similares e corrigir o impacto da violação da concorrência no mercado, havendo maior liberdade voltada ao balanceamento do equilíbrio do mercado – diferenciação esta, segundo a autora, contraproducente para a política pública de preservação da concorrência.

Ou seja, em outros sistemas, a depender do autor da demanda contra o mesmo ato e mesma parte, pode haver a diferenciação na conduta revisional do juiz – o que não parece existir perante o ordenamento brasileiro, em que a própria lei, como se viu acima, indica um amplo direito de ação dos prejudicados tanto na tutela de interesses individuais (em ação individual) como de interesse individual homogêneo (em ação de defesa coletiva) e, em ambos, a possibilidade ampla de o juiz adotar qualquer medida que repute necessária à eliminação do efeito nocivo da infração – inclusive, a revisão de eventual contratação.

O que se defende, justamente em função dessa preocupação com a conservação da ordem econômica e a fim de se evitar abusos e tutelas jurisdicionais despropositadas e injustas, é que essa intervenção ocorra sempre pautada pela limitação imposta pela natureza da relação, pela vulnerabilidade dos impactados, pela lógica econômica e pelo interesse público. Essa cumulação de critérios visa a garantir que a interferência judicial na autonomia

da vontade promova a preservação do mercado e, ao mesmo tempo, da própria liberdade de contratação da sociedade de modo geral.

9.10. Renúncia ao direito da revisão contratual

9.10.1. A (ir)renunciabilidade de direito processual fundamental

Uma das preocupações com o tema da intervenção judicial em contratos diz respeito à vinculação do juiz a eventuais cláusulas que prevejam a renúncia ao direito de pleitear a revisão contratual em juízo.

Essa discussão foi, em certa medida, retomada com a figura das convenções processuais (art. 190, CPC) e voltaremos a ela ao abordarmos a questão das cláusulas de *hardship*. De todo modo, tem havido uma tendência a se negar validade às convenções que disponham sobre normas de ordem pública e direitos fundamentais[481].

Entre os constitucionalistas, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA[482], apesar de ressalvar que a renúncia a direitos fundamentais seja majoritariamente rejeitada, afirma que *"a renúncia e até mesmo a negociação desses direitos* [fundamentais] *é possível"* e que, na prática, *"não são poucos os atos, contratuais ou não, que implicam uma renúncia, ainda que temporária, ao exercício de alguns direitos fundamentais"*. Segundo o autor, não há obviamente uma abdicação do direito em toda e qualquer oportunidade, mas sim uma renúncia ou negociação *"em uma dada relação, (...) em uma determinada situação"*, com efeitos válidos apenas para esta situação determinada – p. ex., com a renúncia a recursos por meio de acordo celebrado em juízo (não obstante reconheça ser controversa a qualificação do duplo grau de jurisdição como direito fundamental). Para ele, a *"aplicação imediata"* prevista no art. 5º, §1º da CF *"não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos"* pois os efeitos dos direitos fundamentais (e suas características de inalienabilidade, inegociabilidade etc.)

---

[481] Nesse sentido: ROSA NERY (Fatos Processuais, Atos Jurídicos Processuais Simples, Negócio Jurídico Processual (Unilateral e Bilateral, Transação. *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, pp. 261-274, outubro-dezembro/2015, item 3) e JALDEMIRO ATAÍDE JUNIOR (Negócios Jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, pp. 393-423, junho-2015, item 5).

[482] *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 20, 61-62 e 64.

se limitariam às relações verticais entre Estado e indivíduos e não se justificaria – ao menos não na mesma intensidade – a aplicação de tais características quando esses direitos produzem efeitos nas relações horizontais (entre particulares) [483]. A discussão, entretanto, não é uníssona, havendo autores que confirmam a eficácia imediata dos direitos constitucionais fundamentais sobre as relações de direito privado – como p.ex., RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR[484].

Entre os processualistas, não obstante haja pontuais vozes – a exemplo de CABRAL[485] E CAMBI[486] – defendendo a renúncia a direitos fundamentais processuais, a jurisprudência tem, especialmente no âmbito de garantias processuais na esfera criminal, se orientado no sentido de vedar a renunciabilidade dos *direitos fundamentais processuais* como o devido processo legal, o juiz natural e o direito de defesa[487].

A despeito da controvérsia, a renúncia geral e irrestrita ao direito de pleitear a revisão contratual nos parece poder, em alguns casos, implicar renúncia ao direito fundamental de inafastabilidade da tutela jurisdicional e acesso à própria Justiça para coibir lesões e ameaças a direitos. Vislumbra-se, a princípio e nesses moldes genéricos, potencial violação a direito processual fundamental e que não pode vincular a atividade jurisdicional, quando instada a promover a revisão de contratos.

Há, contudo, algumas peculiaridades relacionadas à natureza de determinadas relações contratuais e a pontuais causas de revisão merecem ser destacadas.

---

[483] *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 51 e 58.

[484] O princípio da igualdade e o direito das obrigações. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 551.

[485] *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo.* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese), São Paulo, 2015, pp. 177-178.

[486] EDUARDO CAMBI exemplifica afirmando que *"alguém pode recusar-se a receber cuidados médicos, mas ninguém pode ser obrigado a abrir mão do direito à saúde"* (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 50).

[487] Nesse sentido: *"O direito à ampla defesa, consagrado constitucionalmente no art. 5°, LV, é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita o cometimento da infração e queira cumprir pena"* (STJ, HC 43392, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j.14.06.2005) e, na mesma linha, *"IRRENUNCIABILIDADE. (...) A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu, sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal"* (STJ, HC 38994, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j.07.12.2004).

9.10.2. Peculiaridades da renúncia à revisão por imprevisão

Em Portugal, há doutrina que defende que a aplicação do art. 437 do CC lusitano (que permite a revisão judicial por alteração anormal de circunstâncias) não é imperativa, de modo que as partes poderiam pactuar livremente pela sua não aplicação[488].

Tal conclusão, entretanto, deve comportar temperamentos. A renúncia geral e irrestrita à pretensão de revisão judicial na hipótese de evento superveniente imprevisto e extraordinário que gere situação de onerosidade objetivamente excessiva com favorecimento da parte contrária, de modo prévio na celebração do contrato, importaria renúncia à própria inafastabilidade da tutela jurisdicional e representaria violação a direito processual fundamental, o que não se admite como pacto válido por violação a interesse público, ainda que esta tenha sido a lógica econômica da contratação[489].

Quando não há completo conhecimento sobre se haverá uma determinada hipótese de imprevisão e de quais serão os efeitos do meu potencial direito (ou, neste caso, as causas, a extensão e os efeitos desse direito), entende-se que a autonomia da vontade não foi inteiramente livre e, por isso, macula a própria liberdade da contratação. Sem dúvida, isso ocorre principalmente quando a contratação envolve parte vulnerável, mas nada impede que a renúncia seja reputada inválida mesmo em relações paritárias.

Contudo, esta conclusão não implica total inadmissão da autonomia da vontade. Uma alternativa válida e recomendável é a expressa pactuação entre as partes do que pode ou não ser reputado como previsível e extraordinário naquela contratação, a fim de se afastar ou de fazer incidir a possibilidade de revisão judicial. O assunto já foi, de certa forma, abordado com maior riqueza de detalhes no item sobre as cláusulas de *hardship*.

---

[488] Cf. ANTONIO PINTO MONTEIRO e JULIO GOMES (Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, p. 332).

[489] Nesse mesmo sentido é o entendimento de ÊNIO ZULIANI que, ao tratar de pedidos revisionais fundados em onerosidade excessiva, defende que *"a cláusula de exclusão do direito de se pleitear a revisão judicial não deve ser admitida por importar renúncia do direito de acesso à ordem jurídica justa, que é fundamental pela Constituição Federal"* (Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*, Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 650).

9.10.3. Peculiaridades da renúncia à redução de cláusula penal

O mesmo entendimento se aplica à renúncia quanto à redução de cláusula penal. Sobre o tema, o Enunciado 355 do CEJ propõe que *"não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública"*.

Concorda-se aqui com a ideia de que a renúncia geral, ampla e irrestrita é totalmente incompatível com o interesse público de se garantir a intervenção judicial para coibir lesões e ameaças a direitos garantidos pela lei. Nada impede, contudo, que os contratantes, ao redigirem o contrato, deixem clara e expressa a racionalidade econômica que permeia aquela contratação e especialmente a lógica que foi utilizada para a fixação da cláusula penal como uma forma de se deixar evidente em uma futura e potencial ação judicial as razões que levaram à sua fixação. Tal racional, em eventual conflito, facilita a cognição do juiz a respeito desse elemento mais objetivo do conteúdo contratual.

Para os casos de valor excessivo, a fundamentação do racional do contrato auxilia o juiz a entender a fórmula de seu cálculo e como as partes pré-fixaram os seus danos na hipótese de inadimplemento. Para os casos de inadimplemento parcial, essa fundamentação na própria letra do contrato pode ter o condão de especificar, a depender da lógica da contratação, se o incumprimento parcial equivaleria substancialmente ao incumprimento integral em função da natureza daquela contratação, a ponto de justificar a não-incidência da revisão judicial. Assim, ao mesmo tempo em que não se renuncia propriamente ao direito de redução na hipótese de cumprimento, os contratantes podem dar ao juiz tais parâmetros para que sejam considerados em eventual controvérsia.

9.10.4. Peculiaridades da renúncia à revisão de preço no *Built to Suit*

Em demandas que envolvam revisão de preço especificamente em contratos *built to suit* (também chamados de 'locação por encomenda'), o poder judicial revisional apenas poderá ser exercido pelo magistrado se não tiver sido convencionada – seja no próprio contrato, seja em instrumento específico – a renúncia do contratante ao direito de revisão do valor, salvo quando alegada e reconhecida sua nulidade ou anulabilidade.

Nesse sentido, o art. 54-A, §1º da Lei de Locações, introduzido pela Lei nº 12.744/2012, passou a permitir, expressamente, a convenção das partes quanto à renúncia ao direito de revisão do aluguel durante o prazo de vigência do contrato de locação, especificamente para os contratos *built to suit*, conceituados pela própria lei como a *"locação não residencial de imóveis urbanos na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação"*.

A distinção entre as locações típicas e o *built to suit* quanto à questão da renúncia ao direito de revisão é um exemplo bastante ilustrativo do quanto a natureza da contratação, a vulnerabilidade das partes contratantes e a lógica econômica da relação são determinantes para a limitação dos poderes interventivos do Poder Judiciário em contratos.

Se, por um lado, a Lei de Locações tem um caráter geral protetivo de locatários, diante da justa e legítima preocupação do Estado em se tutelar bens jurídicos como moradia e preservação de estabelecimentos comerciais para fomento da economia, por outro, acaba expressamente permitindo uma primazia da autonomia da vontade em relações locatícias firmadas em função de imóveis não residenciais e urbanos e providas de maior complexidade, as quais geralmente envolvem operações comerciais entre pessoas jurídicas suficientes e em situação de razoável paridade.

Nesta espécie, é totalmente lógica a permissão legal de renúncia à revisão. Diferentemente dos contratos locatícios ordinários, o pagamento estipulado no *built to suit* não leva em consideração apenas a cessão de uso do imóvel, mas também o investimento realizado pelo locador com a construção do imóvel e a sua adaptação à finalidade empresarial pretendida pelo locatário – aliás, justamente por essa razão é que há na doutrina[490], inclusive, que denomine o preço não como *aluguel* e sim como *remuneração*. Ou seja, a formação do preço (lógica econômica) leva em considerações premissas específicas, mais detalhadas e com componentes totalmente diversos das locações simples.

Trata-se, pois, de uma relação contratual complexa, geralmente firmada por longos períodos de tempo e que envolvem peculiar assunção de riscos pelos contratantes. Por um lado, ao locador, demandam investimentos de maior vulto e estruturas contratuais mais elaboradas (envolvendo construção e

[490] Nesse sentido: ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE (*Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 115-116).

operações financeiras como financiamentos e securitizações) e um maior risco na personalização de um imóvel que, ao fim da locação, pode dificultar novas contratações. Em contrapartida, garante-se longo tempo de relação contratual para retorno do investimento. Ao locatário, a modalidade permite não internalizar um custo inicial e imediato de construção/ reforma de seu estabelecimento e se instalar em um imóvel adaptado às suas necessidades, além de benefícios com regime de tributação específico.

Permitir a revisão judicial com fundamento da Lei de Locações do preço em tais contratos (que, pela natureza e pela lógica econômica não se confunde com simples aluguel) por conta de eventuais modificações econômicas do imóvel e de seu entorno no tempo, sem se considerar essa complexa estrutura e sua peculiar formulação de preço, implicaria reduzir a segurança jurídica a esse tipo de contratação (e, em última instância, prejudicar a celebração de negócios imobiliários). A renúncia ao direito revisional em contratos *built to suit*, desde que expressamente pactuada, deve ser reputada válida, presumindo-se, pelas características do negócio, ter sido aceita por pessoas jurídicas bem estruturadas, assistidas por corpo jurídico ou técnico experiente e, portanto, cientes dos riscos envolvidos, não havendo razão para que o Judiciário interviesse para revisar um preço acerca do qual as próprias partes já pactuaram não caber revisão.

Diferentemente do que se destacou no item anterior, não se trata aqui de impedir o acesso de um contratante ao judiciário para coibir lesões ou ameadas a direito, de modo genérico e irrestrito. Trata-se de impedir aqui apenas que o contratante se utilize do instrumento revisional da Lei de Locações (específica para recompor desequilíbrios de alugueis), para modificar preços pactuados não pela simples relação locatícia, mas que têm como base um negócio muito mais amplo e complexo e que reflete situações muito mais longas e duradouras do que o ínfimo prazo de 3 (três) anos tutelado pelas simples locações.

Assim como outros autores já defenderam[491], nos parece correto, portanto, o posicionamento de que a renúncia à revisão permitida pelo art. 54-A da Lei de Locações se limita àquela prevista no art. 19 da mesma lei, não implicando vedação aos contratantes de formularem pleito revisional do preço,

[491] Nesse sentido: ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE (*Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 117 e 193), PAULO KHOURI (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 86), FERNANDA HENNEBERG BENEMOND (*Contratos Built to Suit*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 123-124) e DANIEL CARDOSO GOMES (*Contratos Built to Suit: novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 190).

por exemplo, com base nos arts. 317 ou 479, CC (imprevisão) ou com fundamento em abusividades, se presentes seus requisitos.

9.10.5. Peculiaridades da renúncia à revisão de aluguel em contratos de locação

Já se viu acima que a própria lei permite um tratamento diferenciado nas contratações *built to suit* (considerada mais um contrato atípico do que locatício propriamente dito). Pela lógica desenvolvida para permitir a validade de renúncia ao direito de revisão de preço, seria possível admitir também a renúncia em outras situações locatícias? Em outras palavras, é admissível que as partes possam, fora das hipóteses dos art. 54 e 54-A da Lei de Locações, coibir a revisão judicial de contratos de locação?

Entendemos que, em tese, sim, com importantes ressalvas.

Em 1963, ainda sob a vigência da Lei de Luvas, o Supremo Tribunal Federal havia se debruçado sobre o tema e, em sessão plenária, aprovou a Súmula 357, segundo a qual entendeu que *"É lícita a convenção pela qual o locador renuncia, durante a vigência do contrato, à ação revisional do art. 31do Decreto n.º 24.150 de 20.4.34"*. Pelos acórdãos que deram origem ao entendimento – todos para fins comerciais –, é possível depreender o racional de que a Lei de Luvas tinha por objetivo tutelar o locatário (vulnerável) e proteger o fundo de comércio, ambos *"contra a eventual opressão do proprietário"*. Eventual renúncia à revisão por parte do locador, portanto, não implicaria prejuízo aos valores tutelados pela lei e pelo Estado, não havendo qualquer impeditivo nesse sentido. O mesmo entendimento se manteve em relação ao locador com o advento da Lei de Locações[492].

Contudo, seria possível estender essa admissão de renúncia também ao locatário?

A resposta exige, necessariamente, a apreciação do art. 45 da Lei de Locações. O referido dispositivo prevê que *"são nulas de pleno direito as cláusulas de contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei"*. Apesar de conter alguns exemplos de cláusulas reputadas nulas (p.ex., cláusula que vede renovação), o dispositivo não explicita exatamente quais seriam os *objetivos* da lei. Não obstante, é possível afirmar que há, sem dúvida,

[492] Nesse sentido: STJ, REsp nº 127.355-SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 21.10.1997. STJ, REsp nº 243.283/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 16.03.2000. TJSP, Apelação nº 0051343-64.2012.8.26.0405, Rel. Des. Morais Pucci, 35ª Câm. Dir. Privado, j. 23.05.2016.

um cunho protetivo em favor da parte mais fraca neste tipo de relação contratual (vulnerável): o locatário – ora dependente do imóvel para fins de moradia (um dos direitos sociais previstos no art. 6º, CF), ora para fins comerciais, voltados ao exercício de atividade laborativa e econômica (sendo o trabalho um direito social também previsto constitucionalmente, nos arts. 6º e 170, CF). Trata-se de norma com conteúdo de ordem pública e, portanto, de observância obrigatória.

Diante disso, é natural – e desejável – que entre aquelas vedações do art. 45 da Lei de Locações se coloque, como regra, a proibição de renúncia antecipada à revisão judicial de aluguel. Em locações residenciais, é inconteste que tal preocupação se enquadra entre os *"objetivos"* da lei, garantidora da readequação de preços locativos no tempo. Em locações comerciais, de igual forma, é defensável que se mantenha tal ideia como regra, voltada – assim como se mencionou acima quando da interpretação à antiga Lei de Luvas – à proteção do fundo de comércio e contra eventual opressão do locatário pelo locador.

A regra geral, contudo, pode permitir situações excepcionais sem que ocorra violação à norma insculpida no art. 45 da Lei de Locações (legalidade) e prejuízo aos objetivos tutelados pelo Estado por meio da Lei de Locações (interesse público), desde que se considere a vulnerabilidade dos contratantes e a lógica econômica da locação.

Como se viu, o entendimento jurisprudencial já se firmou quanto à admissão da renúncia pelo locador (a parte, em regra, mais 'forte' no contrato), sem violação ao art. 45, justamente por ausência de afronta à finalidade desta norma de ordem pública. O racional de paridade contratual e equivalência de forças entre as partes na formulação do contrato que é utilizado pela própria lei para admitir a renúncia à revisão de preço em contratos *built to suit* poderia, em tese, servir à sustentação da validade de eventuais cláusulas de renúncia à revisão em demais locações empresariais de grande porte e complexas.

A grande diferença é que, nas hipóteses dos arts. 54 e 54-A da Lei de Locações, a própria lei excepciona a aplicação do art. 45, sendo essa exceção presumida como válida em discussões judiciais. E o faz por uma razão: porque não se trata de locação pura e simples, mas de negócio complexo que envolve diversas outras prestações e riscos e que teriam sua segurança prejudicada caso se admitisse a revisão típica da Lei de Locações.

Pois bem. Em contratações empresariais complexas, de grande porte, em que as partes contratantes estejam devidamente assessoradas por corpos jurídicos e por representantes experientes, não há, a rigor, nenhuma

diferenciação quanto ao pano de fundo que justificou a previsão dos arts. 54 e 54-A (não fosse a especificidade do ramo locativo), em termos de livre manifestação de vontade e ciência dos riscos empresariais. Assim, em tais hipóteses, não obstante se aplique a regra geral do art. 45 da Lei de Locações, nada obstaria a que se reputasse válida eventual renúncia à revisão judicial de preço – seja do locador, seja do locatário.

Entretanto, havendo eventual discussão judicial a respeito da validade de tal renúncia antecipada, por não se enquadrar nas hipóteses dos arts. 54 e 54-A da Lei de Locações, a parte tem o ônus processual de demonstrar que a renúncia se deu em condições empresariais paritárias, com clara ciência sobre a assunção de riscos, não havendo afronta aos objetivos tutelados pela Lei de Locações (*cf.* art. 45), que pressupõem, por óbvio, a proteção de locatários vulneráveis (em seu aspecto econômico, técnico, jurídico etc).

Sobre o tema, foi possível identificar alguns exemplos em que a validade da renúncia antecipada à revisão de locação já foi reconhecida, justamente por se considerar a prevalência do *pacta sunt servanda* em determinados modelos contratuais que não envolvam partes vulneráveis e em que a renúncia seja presumida como integrante da lógica econômica do negócio. Sobre o tema, o TJSP, por exemplo, já reconheceu a validade da cláusula de renúncia antecipada à revisão de aluguel também a locatários (i) em ação cujo locatário era uma grande rede de supermercados, destacando que *"as empresas locadoras e a empresa-locatária estão no mesmo patamar econômico-financeiro"* e que a locatária *"é empresa de grande porte (...) que, obviamente, é assessorada por advogados de alto nível, que devem ter esclarecido a seus representantes o alcance e as consequências da inclusão da cláusula em discussão"*[493] e (ii) em ação cujo locatário era empresa de transportes, equipamentos industriais e armazém geral e cujos locadores eram pessoas físicas, sob o entendimento de que a cláusula de renúncia "*deve prevalecer em respeito ao princípio do pacta sunt servanda"*[494].

Vale destacar que a validade de tal renúncia antecipada à revisão judicial, mesmo em se tratando de contratos entre contratantes paritários e bem assistidos, deve estar atrelada a determinado período de tempo de vigência. Não seria razoável supor – e, aí sim, teria o condão de violar os objetivos da Lei de Locações – que a renúncia ao direito de revisão de preço previsto como regra geral pela Lei de Locações se operasse por prazo indeterminado,

[493] TJSP, AI nº 836.999-0/9, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, 12ª Câm. Dir. Privado, j. 25.03.2004.

[494] TJSP, AI nº 854.020-0/7, Rel. Des. Orlando Pistoresi, 2º TAC, j. 03.06.2004.

impedindo possível recomposição do preço. Se, por um lado, é a própria noção de segurança contratual e de equilíbrio econômico que justificam a validade da renúncia à revisão de preço em determinadas contratações, esses dois elementos poderiam ser gravemente prejudicados pela eterna abdicação à recomposição de preço.

9.11. A (im)possibilidade de revisão judicial de contratos de ofício

9.11.1. O Princípio da Demanda (art. 2º, CPC)

O processo civil começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, conforme clara disposição do art. 2º do CPC – na mesma linha do antecessor art. 252 do CPC/73. É comum, na doutrina, a utilização de expressões como *"princípio da demanda"* – importada do direito processual italiano – *"princípio da ação"* ou *"princípio do pedido"* e, mais controversamente, de *"princípio dispositivo"* para denominar a exclusiva atribuição da parte de inaugurar o processo, por meio da formulação de sua pretensão ao Judiciário e, como decorrência de tal princípio, a adstrição do juiz aos pedidos e à causa de pedir trazidos pelas partes.

Sobre a denominação *princípio dispositivo* valem alguns esclarecimentos.

A este respeito, BARBOSA MOREIRA[495] há muito defendia a inadequação da expressão *princípio dispositivo* para denominar a atribuição da parte de inaugurar o processo judicial e limitar seu objeto, defendendo que o *"monopólio da parte na instauração do processo não comporta explicação cabal só pela índole disponível da relação jurídica dispositiva"* e que *"a ideia da disponibilidade da relação jurídica material (...) não se presta a ministrar a razão suficiente das várias limitações impostas à iniciativa do juiz"*, podendo ser utilizada apenas quando se tratar da própria disponibilidade relacionada à autonomia de vontade dos litigantes. Sua orientação foi referendada por boa parte da doutrina, a exemplo de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE[496] e JOSÉ

[495] O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7, janeiro-1986, itens 3 e 7.

[496] Sobre o tema, BEDAQUE ensina que é *"preferível que a denominação 'princípio dispositivo' seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos,*

CARLOS PUOLI[497], os quais confirmam também que a disponibilidade refere-se mais ao próprio direito material da parte do que ao processual e que, ainda assim, a disponibilidade do direito material não impede que o juiz, no âmbito processual, exerça amplos poderes de direção e de instrução.

Antes disso, SALVATORE SATTA[498] defendia que o que limita o poder do juiz é o princípio dispositivo, de modo que a não-dedução de um fato pela parte *"implica sua exclusão da realidade"* e que, o juiz que considerasse tal fato não deduzido criaria arbitrariamente uma situação diversa da suscitada pela parte. MAURO CAPPELLETTI[499], ao analisar essa importante relação entre direito processual e material, já havia destacado a necessidade de distinção entre o que ele denominou *"princípio da tratação"* (ou *"princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual"*) – que, segundo ele seria o *"domínio das partes sobre a conduta técnica do processo"* – do princípio dispositivo utilizado para fins de direito material. Mesmo no Brasil, há quem diferencie o *princípio dispositivo em sentido estrito* do *princípio dispositivo em sentido amplo*[500] – o primeiro para denominar a tarefa das partes de delimitar a questão a ser decidida pelo juiz e os fundamentos fáticos que podem ser considerados no julgamento e o segundo para qualificar a divisão de tarefas entre partes e juiz quanto a questões como o impulso à marcha processual, a produção de provas, entre outros.

É curiosa a importação do termo pois na Itália[501], por exemplo, a doutrina geralmente trata a iniciativa exclusiva da parte não sob esta

---

exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual" (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 91).

[497] O autor defende que *"parece correto afirmar que a disponibilidade do direito material alegado ou o 'princípio dispositivo' não mais deve ser tomado como justificativa para uma defesa intransigente de uma atitude passiva do juiz no desenvolvimento do processo. Isto, pelo fato da consciência, já várias vezes afirmada, a respeito da existência de outros objetivos do sistema processual, objetivos esses outros de caráter público e que, portanto, devem preponderar em relação à eventual disponibilidade do direito material debatido"* (*Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 26).

[498] *Diritto Processuale Civile*. 9ªed., Padova, CEDAM, 1981, p. 174.

[499] *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 15-16.

[500] Cf. LUIS ALBERTO REICHELT (O sistema dos direitos fundamentais processuais densificado pelo novo CPC e a necessária superação da Súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 110, março-abril 2017, pp. 459-472, item 3).

[501] Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol. 41, p. 7, janeiro-1986, item 6). Nesse sentido: GIULIANO SCARSELLI defende que quando o juiz exerce poderes judiciais de ofício e fora dos limites pretendidos pelas partes, ele *"probabilmente perde la sua neutralità e terzietà"* (*Poteri del Giudice e*

justificativa da disposição e sim como uma garantia da imparcialidade do juiz, a quem serão apresentados pedidos e causas de pedir pré-definidos e, de certa forma, limitadores de sua cognição e decisão.

Trata-se, realmente, de um conceito controverso e cuja utilização não reflete a melhor técnica, preferindo-se aqui o uso da denominação *princípio da demanda* – a proposição pela qual se atribui às partes delimitar o objeto da demanda e, com isso, limitar a atuação do poder jurisdicional.

A iniciativa da parte, de todo modo, em nada altera o *impulso oficial* do processo. Significa dizer que, uma vez levada à apreciação do Judiciário, o juiz é o responsável pela propulsão da marcha processual e, ao final, de decisão acerca dos pedidos que lhe foram apresentados. No exercício de tal tarefa, estão compreendidos os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios, os poderes decisórios e, por fim os de execução, todos voltados para a solução da demanda em tempo razoável à sua complexidade e por meio de uma decisão final, vinculativa e justa, seguida de seu efetivo cumprimento.

É bom que se destaque, contudo, que é a demanda da parte que amolda, em grande parte, o impulso oficial e tal limitação é de extrema vinculação especialmente no exercício dos poderes de instrução e de decisão.

Os poderes de instrução exercidos pelo juiz não se justificam senão pela observância aos limites da demanda[502], caso contrário, a prova seria inócua, inútil e impertinente aos objetivos instrumentais do processo. Os poderes de decisão, mais ainda, se encontram limitados pelo princípio da demanda. É dessa lógica que decorre o *princípio da correlação* ou *adstrição*, do qual nos ocuparemos a seguir.

9.11.2. O Princípio da Correlação ou Adstrição (arts. 141 e 492, CPC)

O *princípio da correlação* – ou *adstrição*, *congruência*, *correspondência* – é consagrado em nosso código processual pela expressa vedação ao julgamento *extra petita* (dar algo diverso do que se pediu), *ultra petita* (dar a

---

Diritti delle Parti. Coleção Il giusto processo civile, volume 4, 2010, disponível em **www.studiolegalescarselli.com**, acesso em 15.10.2017, item 8).

[502] Nesse mesmo sentido é a orientação de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem *"a atividade instrutória do juiz, portanto, está diretamente vinculada aos limites da demanda, que, ao menos em princípio, não podem ser ampliados de ofício"* (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 95-96).

mais do que se pediu) ou *citra petita* (não julgar o que se pediu), sob pena de nulidade do julgamento.

O art. 141 do CPC é impositivo ao ordenar que *"o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte".* O art. 492 do CPC, por sua vez, veda ao juiz *"proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".*

O próprio ordenamento processual excepciona a regra da adstrição para que os julgamentos abarquem algumas questões específicas e determiandas, a despeito de não terem sido expressamente requeridas na formulação do pleito. Nesse sentido, o art. 322, §1º do CPC autoriza a apreciação judicial dos chamados "*pedidos implícitos"*, quais sejam, os juros, a correção monetária e as verbas sucumbenciais e os honorários advocatícios.

Fora de tais hipóteses, é imperioso que a atuação do juiz e a tutela jurisdicional se paute pela limitação objetiva da demanda que é traçada pelas partes. Vale dizer, deve haver uma exata correlação entre aquilo que autor e réu pediram (pedido) e o seu pano de fundo (causa de pedir)[503] e aquilo que será decidido, não se autorizando ao juiz que, de ofício – e ainda que dê às partes oportunidade de manifestação, tal como preconiza o art. 10 do CPC – promova a revisão judicial de cláusulas contratuais sem que haja pedido expresso nesse sentido.

Quando estamos diante de hipóteses de cabimento de revisão judicial de contratos com base em anulabilidades materiais (as quais, inquestionavelmente, exigem iniciativa da parte) ou com base em pedidos revisionais em sentido estrito (fundadas em autorizações legais ou contratuais específicas ao tipo contratual), é mais evidente essa necessidade de observância ao princípio processual da adstrição.

Assim, se com base na imprevisão, o autor pleiteia tão-somente a resolução do contrato em função de uma causa superveniente e extraordinária que lhe causa onerosidade objetivamente excessiva e o réu, em defesa, apenas rejeita a configuração da imprevisão e nenhuma das partes sustenta qualquer possibilidade de adaptação do contrato visando à sua continuidade, não resta qualquer dúvida de que, diante do princípio da demanda (art. 2º, CPC) e do

[503] Segundo JOÃO FRANCISCO NAVES DA FONSECA, limites do art. 492 do CPC se impõem tanto aos aspectos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir), quanto aos aspectos subjetivos (as partes envolvidas na demanda) (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume IX (arts. 485-508)*. Coord. José Roberto Ferreira Gouvêa et al., São paulo, Saraiva, 2017, p. 69).

princípio da adstrição (arts. 141 e 492, CPC), não cabe ao juiz suscitar qualquer revisão contratual. Nesse mesmo sentido é a orientação de parte da doutrina brasileira, a exemplo de FLÁVIO YARSHELL[504] e ÊNIO ZULIANI[505], com similar amparo na doutrina internacional[506].

A conclusão, apesar do dissenso doutrinário, se mantém em relação às demandas de revisão de contratos que tenham como fundamento eventuais nulidades absolutas, ainda que envolvam questões de ordem pública do ponto de vista material – é o que se verá no item a seguir.

9.11.3. Questões de ordem pública se sujeitam aos princípios da demanda e adstrição?

O fato de um direito ser, a rigor, indisponível do ponto de vista material ou ainda ser qualificado como *questão de ordem pública*, não autoriza o juiz a excepcionar o princípio da demanda e o princípio da congruência. Significa dizer que, diante de eventual nulidade de direito material no contrato levado a juízo, o juiz deve porceder à revisão judicial apenas se expressamente enquadrado no pedido da parte, descabendo revisões judiciais de contrato de ofício.

Há, contudo, um enorme dissenso a este respeito.

Antes de se passar à controvérsia propriamente dita, é importante esclarecer que as normas de ordem pública são normas de caráter dito *cogente*, que, por sua relevância à coletividade, limitam o exercício da autonomia da

---

[504] Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice"? *Estudos em homenagem à Professoria Ada Pellegrini Grinover*, Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, 1ª ed., São Paulo, DJP Editora, 2005, p. 573. No mesmo sentido, JOÃO NAVES DA FONSECA destaca a prevalência dessa limitação mesmo diante de fato constitutivo superveniente, defendendo que *"se constatado de ofício pelo julgador, o fato constitutivo anterior só pode ser levado em consideração se o autor concordar com a modificação desse elemento da demanda, sob pena de ofensa ao princípio da inércia judicial"* (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume IX (arts. 485-508)*. Coord. José Roberto Ferreira Gouvêa et al., São paulo, Saraiva, 2017, p. 75).

[505] Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*, Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 663.

[506] Cf. CHRISTOPH BRUNNER, que defende que um pedido genérico de revisão contratual deve ensejar a rejeição da demanda e que, se a parte requerer um valor mínimo ou máximo, a total procedência deve ser limitada a esse valor mínimo ou máximo, cabendo a parcial procedência com o respeito ao pedido específico formulado (Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 502).

vontade, de modo que as partes não podem pactuar em sentido contrário, sob pena de invalidade.

Segundo o civilista ENZO ROPPO[507], ordem pública é *"o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica"* – segundo o autor, a organização das relações econômicas pertencem à ordem pública. No direito substancial, o art. 1º do CDC autoproclama o microssistema de consumo como norma de ordem pública e, no CC, diversas disposições já foram apontadas como sendo de ordem pública, como p. ex., as nulidades absolutas, a irrenuncialibidade a direitos de revisão judicial de forma geral e irrestrita, entre outros.

No âmbito processual, DINAMARCO[508] ensina que *"são de ordem pública as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes".* O art. 485 do CPC, que dispõe sobre o julgamento do processo sem análise de mérito, qualifica como questões de ordem pública cognoscíveis de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, a coisa julgada, a litispendência, as condições da ação, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e a intransmissibilidade da ação em caso de morte, por exemplo.

Nesta seara processual, as questões de ordem pública são caracterizadas pela (i) possibilidade de conhecimento e apreciação judicial de ofício, independentemente de pedido da parte, (ii) não sujeição a preclusão e (iii) possibilidade de exame a qualquer tempo ao longo do processo e em qualquer grau de jurisdição, exceto para questões de ordem pública em sede especial e extraordinária que não tenham sido submetidas a prequestionamento.

---

[507] *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, p. 179.

[508] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 69. Em trabalho específico sobre o tema, RICARDO APRIGLIANO destaca que *"são preceitos de ordem pública as regras que se referem às bases econômicas e sociais da vida social, as regras de organização e utilização da propriedade, proteção à personalidade, regras sobre a previsão de cláusulas de exclusão de responsabilidade em contratos de consumo e normas que proíbam a utilização de provas ilícitas"* e destaca como elementos essenciais das normas de ordem pública *"(i) os valores que informam a norma, de interesse da coletividade, que se revelam particularmente sensíveis, de repercussão acima e além do mero interesse das partes desta mesma relação, seja por razões de ordem social, ética, econômica ou cultural, e (ii) o fato de cuidarem de relações jurídicas indisponíveis, ressalvada a expressão meramente econômica de tais direitos, que são sempre disponíveis"* (*Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 27, 29, 30-31).

Ordem pública e indisponibilidade, contudo, não se confundem e o fato de uma norma ser de ordem pública não significa que a parte não possa, em absoluto e sob determinados aspectos, dispor sobre seus direitos, ainda que com certas restrições em sua liberdade. Sobre o tema, RICARDO APRIGLIANO[509] destaca que as normas de ordem pública resumem aspectos considerados pelo sistema jurídico como *"integrantes de seu núcleo essencial"*, compondo um universo de valores éticos, sociais e culturais que a sociedade objetiva preservar. Segundo o autor, há uma relação de continência em que os direitos indisponíveis (aqueles aos quais o indivíduo não pode renunciar) estão abrangidos pelo universo de leis imperativas de ordem pública. Vale lembrar que não obstante sejam considerados indisponíveis, pelo seu interesse público, alguns destes direitos estão sujeitos a disposição, renúncia ou transação em seus aspectos patrimoniais. Assim, não se pode previamente renunciar a alimentos, porém é admitida a composição amigável em sede de ação de fixação ou revisional de alimentos, pactuando-se de comum acordo seu valor – diversos exemplos podem ser invocados em outras searas, como em direito ambiental, direito do trabalho e direito do consumidor.

Feitos tais esclarecimentos, voltemos à questão: se as nulidades de direito material são comumente qualificadas como sendo de ordem pública e se uma das características das normas de ordem pública é o seu conhecimento de ofício pelo juiz, seria possível admitir a revisão judicial de contratos com cláusulas nulas sem pedido expresso da parte? Entendemos que não em função da limitação imposta pelo princípio da demanda e pelo princípio da congruência, sobre os quais já nos ocupamos no item acima.

O art. 168, parágrafo único do CC prevê que as nulidades devem ser pronunciadas peloo juiz, quando conhecer do negócio jurídico e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes e o subsequente art. 169 do CC estabelece que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação. Ademais, o art. 2.038, em suas disposições finais e transitórias, estabelece que *"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".*

Nas relações de consumo, o art. 1º do CDC não deixa dúvidas ao prever que as normas de proteção e defesa do consumidor são *"de ordem pública e interesse social"* – natureza que permite, a princípio, arguição em qualquer grau e tempo. Ainda, o art. 51 do CDC é claro ao prever que *"são nulas de*

[509] *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 17-18.

pleno direito as cláusulas contratuais (...) que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade", considerando-se exagerada a vontade *"excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso"* (§1º, III).

Sobre tais disposições, RUY ROSADO[510] já afirmou que as nulidades absolutas podem ser declaradas de ofício pelo juiz e não dependeriam de pedido da parte e CLÁUDIA LIMA MARQUES[511] sustenta que, no âmbito do CDC, haveria *"abuso violador do interesse público, daí a nulidade absoluta e a possibilidade de atuação ex officio do magistrado".*

Especificamente em relação a cláusulas penais na esfera civil, a discussão é acirrada. Entre os civilistas, prevalece o entendimento de que a redução equitativa prevista pelo art. 413 do CC deve ser promovida pelo magistrado independentemente de pedido da parte (principalmente porque o CC de 2002 substituiu a expressão "poderá" do CC/16 por "deve ser reduzida"), destacando-se, na doutrina brasileira, a posição de JUDITH MARTINS-COSTA[512] e FLÁVIO TARTUCE[513] a este respeito e, inclusive, doutrina portuguesa[514] no mesmo sentido.

A questão foi consolidada, inclusive, no Enunciado 356 do CJF, que estabelece que *"Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício"*, por ocasião da IV Jornada de Direito Civil ocorrida em 2006. É curioso, contudo, que, apesar da aprovação,

---

[510] *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 66.

[511] *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1292.

[512] Segundo a autora, o juiz deve reduzir de ofício, não cabendo invocar o princípio dispositivo, referindo-se também ao §343 do BGB alemão, segundo o qual pode ser prudencialmente reduzida por petição do devedor (*Comentários ao novo Código Civil.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 5, t. 2, p. 466).

[513] Segundo o autor, *"pode ser subentendido o princípio da função social dos contratos e da obrigação, cabendo eventual decretação ex officio da redução"* (*Direito civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. Vol. 2, 12 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 248-249).

[514] FERNANDO OLIVEIRA destaca que o art. 812 do CC português permite que *"a cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, mas isso não significa que a tal operação possa ser realizada de officio"* e menciona julgados de tribunais portugueses no sentido de que *"a ratio do poder de redução da cláusula penal funda-se na necessidade de controlar a autonomia privada, de prevenir abusos do credor, ao nível do exercício da pena"*, devendo-se analisa-la no momento de seu cumprimento e não de sua pactuação. Para o autor, um conjunto de fatores deve ser considerado na *"apreciação da excessividade"*: a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, a situação econômica das partes, a boa-fé, as contrapartidas contratuais entre outros (*Contratos privados: das noções à prática judicial*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2015, pp. 289 e 296-297).

consta que a discussão foi acirrada e com considerável resistência[515], questionando-se se tal conclusão deveria ser aplicada igualmente a toda e qualquer espécie de contrato, independentemente de sua natureza. Prevaleceu a orientação de que a redução de ofício da cláusula penal decorreria da função social do contrato que, por sua vez, seria uma norma de ordem pública, nos termos do parágrafo único do art. 2.035 do CC (que, ao tratar da validade de negócios jurídicos, veda convenções que contrariem preceitos de ordem pública, entre os quais, a função social do contrato). Por outro lado, muitos ponderaram que a conclusão não seria aplicável indistintamente a todas as espécies de contrato. Nesse sentido, FERNANDO SIMÃO[516] defende que a função social não pode servir de justificativa para a excessiva intervenção judicial sobre o conteúdo do contrato e que a aplicação de tal conclusão, indistintamente, a um contrato empresarial com partes hipossuficientes, assistidas por departamentos jurídicos qualificados, tal orientação pode afrontar a própria autonomia privada. Não obstante preveja a necessidade de diferenciação a depender da natureza da contratação – e refute a aplicação da conclusão a contratos ditos paritários –, o autor defende que, em relações de consumo firmadas por contrato de adesão, tratando-se o consumidor de *vulnerável*, *"deve o juiz efetivamente reduzir, ainda que não pedido, a cláusula penal"*.

Como se vê, a natureza da contratação, a vulnerabilidade das partes envolvidas – e consequentemente, a lógica contratual e o interesse público – acabam servindo de parâmetro para que, mesmo entre os civilistas, já não haja consenso a respeito do assunto.

De todo modo, independentemente de tal discussão, a verdade é que o princípio da demanda e da congruência limitam o conhecimento dessas questões de ordem pública de direito material, de modo que, sem pedido da parte, é inviável a iniciativa do juiz em intervir na relação por força de regra específica e inderrogável de direito processual.

A discussão não é essente na esfera jurisprudencial. O próprio STJ já se manifestou no sentido de que *"quando o juiz tiver de decidir*

---

[515] Cf. FERNANDO SIMÃO. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz – parte 2*. Disponível online na página **http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Cl%C3%A1usula%20penal%20e%20redu%C3%A7%C3%A3o%20de%20of%C3%ADcio%20pelo%20juiz%20-%20Parte%202.&id=203**, acesso em 2 de outubro de 2017.

[516] *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz – parte 2*. Disponível online na página **http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Cl%C3%A1usula%20penal%20e%20redu%C3%A7%C3%A3o%20de%20of%C3%ADcio%20pelo%20juiz%20-%20Parte%202.&id=203**, acesso em 2 de outubro de 2017.

independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência", sendo um de seus exemplos as cláusulas contratuais abusivas regidas pelos arts. 1º e 51 do CDC[517]. Em contrapartida, há no TJSP orientação no sentido de declarar a nulidade de sentença por julgamento *extra petita* por ter promovido revisão de cláusula de reajuste de mensalidade de Plano de Saúde sob a ótica do CDC por período maior ao que havia constado do próprio pedido inicial[518].

A orientação da primeira corrente acima, contudo, não parece encontrar fundamento razoável para justificar porque uma disposição de um código de direito material se sobreporia a uma disposição de igual relevância que é a do código de direito processual. Se uma visa a, supostamente, tutelar uma situação de abusividade (que se concorda ser de interesse público), em que medida esse interesse seria maior do que aquele de preservar a limitação da jurisdição ao pedido dos interessados (que também nos parece tutelar um interesse público)?

É curiosa essa orientação sendo que o próprio STJ já chegou a analisar questão similar em sede de recursos repetitivos, quando da discussão sobre a possibilidade de condenação *ex officio* ao pagamento de indenização por danos sociais, de natureza coletiva, em ações individuais[519] – especificamente decorrente de abusividade em contratos bancários entre instituições financeiras e consumidores (cobrança de anuidade de cartão de crédito não solicitado), mas que, por se tratar de questão de direito, é apta a ser aplicada em diversas situações. Por meio de tal julgamento, o STJ firmou a tese de que *"é nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide"*. Apesar de a tese, em si, não guardar íntima pertinência com o tema ora tratado e de sua fundamentação fazer referência a diversos outros fundamentos, foi desenvolvida no referido julgamento uma *ratio* que pode, perfeitamente, ser aplicada a demandas revisionais de contrato: o descabimento de provimentos jurisdicionais *"não requeridos"* e que extrapolem *"os limites objetivos"* da demanda.

---

[517] STJ, REsp nº 1.112.524-DF, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 01.09.2010.

[518] TJSP, Ap. nº 1073089-74.2016.8.26.0100, Rel. Des. Ana Maria Baldy, 6ª Câm. Dir. Priv., j. 28.09.2017.

[519] STJ, Reclamação nº 12.062-GO, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, j. 12.11.2014.

Com acerto, ROQUE KOMATSU[520] já defendia que a norma processual, ao confirmar os poderes do juiz em conhecer de ofício de questões de ordem pública, reportava-se aos pressupostos processuais e às condições da ação. Ou seja, a norme de ordem pública tutelada pelo direito processual é aquela de natureza igualmente processual, que diga respeito ao exercício e funcionamento da jurisdição e não a eventuais direitos de natureza material. Eventuais questões de direito material, mesmo que de ordem pública, devem ser endereçadas pelas próprias partes, sob pena de violação de outra norma de ordem pública – a processual, que, ao limitar a atuação do juiz aos limites objetivos da lide definidos pela parte e vedar as sentenças *extra* e *ultra petita*, visa garantir tutela que diz respeito ao exercício da própria jurisdição[521].

9.11.4. A revisão judicial dos Contratos Bancários: a Súmula 381 do STJ

O cabimento da revisão judicial de ofício em contratos bancários, apesar de possuir entendimento sumulado pelo STJ, vem sendo objeto de novos

---

[520] Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 704.

[521] Há, nesse sentido, abalizada doutrina processualista que concorda com essa posição, como: HEITOR SICA, que qualifica como *incongruente* a assertiva dos civilistas de que as nulidades civis independem de reconhecimento ou declaração judicial (Contribuição ao estudo da Teoria das Nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no Direito Processual Civil. *Impactos Processuais do Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 189); RICARDO APRIGLIANO, para quem as questões de ordem pública de direito material não têm as mesmas características das questões de ordem pública de direito processual e *"não prescindem de pedido da parte"*, de modo que *"conhecer de ofício uma possível violação à ordem pública de direito material depende sempre da formulação pelo autor de pedido a este respeito, ou ainda, nas situações em que o réu invoque tais preceitos como fundamento de sua defesa"* (*Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 33 e 39); RENATO BENEDUZI, para quem *"o juiz poderá conhecer de ofício de algumas questões incidenter tantum (questão na acepção carneluttiana), mas nunca conhecer de questões principaliter (pedidos) sem que exista demanda em relação a elas"* (*Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*, Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, Coord. Luiz Guilherme Marinoni et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 295); FABIANO CARVALHO, segundo o qual *"as questões atinentes ao mérito constituem uma área de domínio exclusivo das partes"* (Capítulo I – Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz: arts. 139 a 143. *Código de Processo Civil Anotado*. Coords. José Rogério Cruz e Tucci et all. LMJ Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 2016, p. 216) e SÉRGIO GOMES, que defende que *"a ampliação dos poderes do juiz no processo não interfere na disponibilidade ou indisponibilidade das partes quanto ao direito objeto da relação jurídica material, da qual o magistrado não é partícipe"* (*Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 268). Em sentido aparentemente contrário, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE chega a afirmar que *"nem mesmo a regra da correlação ou da congruência constitui dogma inafastável"*, porém emprega tal conclusão para permitir ampliações pertimidas pelo legislador também em sede processual, como a imposição de multa diária (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 95-96).

questionamentos e, inclusive, de proposta de modificação da orientação até então pacificada da jurisprudência.

Editada em 2009, a Súmula 381 do STJ estabelece que *"Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".* Ela resultou de julgamento de recurso repetitivo[522] e é decorrente de entendimento firmado anteriormente para fins de uniformização no sentido de que *"É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários".* Nos precedentes que deram origem ao entendimento sumulado é possível extrair a conclusão de que o afastamento do poder de conhecimento de ofício das abusividades decorreria do fato de se tratar de *"questões referentes a direito patrimonial"* sendo, na maioria dos casos, invocado o princípio do *tantum devolutum quantum appelattum* (à época, com fundamento no art. 515 do CPC/73), para afastar, sob a classificação de julgamento *extra petita*, a possiblidade de o juiz apreciar a abusividade *ex officio*, sendo essencial pedido expresso da parte nesse sentido. Nos precedentes que deram origem à sumula – observando a existência de alguns votos vencidos –, a premissa é a de que prevalece no Sistema Financeiro Nacional, a liberdade de pactuação dos juros moratórios, sendo que as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios da Lei da Usura (Súmula 596 STF) e que a simples fixação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano pelas instituições financeiras não indica abusividade.

Já naquela época, o STJ apontava que *"a dificuldade do tema, que envolve o controle do preço do dinheiro é enorme"*[523]. Era e continua sendo, não apenas para o controle em sede de contratos bancários, mas para a intervenção judicial em todo e qualquer preço que tenha sido pactuado em qualquer contratação.

A discussão foi retomada recentemente no STJ no âmbito do Recurso Especial nº 1.465.832-RS[524], julgado em junho/2017 – inicialmente afetado para processamento pelo rito de recursos repetitivos, mas posteriormente desafetado. Em ação de revisão de contrato de financiamento de veículo firmado entre consumidor e uma instituição bancária (Joylson Chaves *x* Banco Fiat), sob o fundamento de onerosidade excessiva e abusividade na cobrança de encargos (comissão de permanência, vedação de cobrança de taxas e limitação

[522] STJ, REsp nº 1.061.530-RS.

[523] STJ, REsp nº 1.061.530-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 22.10.2008.

[524] STJ, REsp nº 1.465.832-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 06.06.2017.

de multa e juros moratórios), o Ministro Relator havia originalmente sugerido a alteração da redação do entendimento sumulado. Segundo o Relator, seria o momento de *repensar* a orientação, sob o argumento de que (i) o legislador, ao prever um sistema eficaz de controle de cláusulas abusivas exemplificadas no art. 51 do CDC, lhes atribuiu o regime da nulidade de pleno direito, (ii) a súmula 381 contraria o sistema principiológico brasileiro ao vedar *"aos juízes de primeiro e segundo graus o exercício de seu poder-dever de se pronunciar ex officio sobre cláusulas abusivas e, contratos de consumo, cuja nulidade de pleno direito é expressa no CDC"* e (iii) as mudanças promovidas pelo novo CPC, em especial os arts. 9º e 10, sustentariam a mudança de entendimento. Nessa linha, sugeriu a revisão do enunciado para a seguinte redação de tese: *"Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade de cláusula abusiva em primeiro e segundo graus de jurisdição, respeitados o contraditório e a ampla defesa"* – em vista das previsões dos arts. 9º e 10 do CPC. Ressalte-se que o caso – ainda não transitado em julgado no momento de execução deste trabalho – não teve por objetivo o endereçamento de nova tese. Aliás, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou que as ponderações do relator *"desbordam da matéria efetivamente enfrentada no julgamento do recurso especial"*. De todo modo, o recente voto é de extrema importância na medida em que indica um dissenso relevante em sede jurisprudencial – dissenso, aliás, já existente à época da edição da súmula cf. ressalvas da Min. Nancy Andrighi –, capaz de pôr em dúvida a própria força persuasiva (no sentido dos arts. 926 e 927, CPC) da súmula.

A discussão trazida no caso acima não é sem razão de ser. Há uma inconsistência entre rechaçar o poder-dever de conhecimento de ofício sobre contratos bancários e reconhecer o poder-dever de conhecimento de ofício sobre outros contratos consumeristas. Ora, das duas, uma. Ou se admite o poder-dever de conhecer de abusividades (nulidades) de ofício em todos os contratos de consumo, ou se nega tal poder e se exige o expresso pedido da parte em todos os contratos de consumo, de forma isonômica e coerente.

A doutrina já vinha, há algum tempo, se posicionando de modo contrário ao conteúdo da Súmula 381. CLAUDIA LIMA MARQUES[525] defende haver violação direta ao art. 51, caput do CDC. NELSON NERY JUNIOR[526] defendeu

[525] *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1294.

[526] Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*. *Revista de Direito Privado*, vol. 60, outubro-dezembro 2014, pp. 237-254, item 3.

que os fundamentos dos julgamentos que culminaram com a edição da súmula *"estão dissociados da lei e do direito brasileiro"* e que desconsideram, pelo menos, três considerações importantes: *(i)* a de que o CDC confere às cláusulas abusivas nulidade de pleno direito, que não comportam gradação e podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição e *(ii)* a congruência entre pedido e sentença não se aplicaria às matérias de ordem pública. O mesmo entendimento é manifestado por outros autores[527].

De um lado, prevaleceriam as normas de direito material que autorizariam essa interferência de ofício. Por outro lado, a interferência judicial para modificar determinada cláusula contratual independentemente de pedido de quaisquer das partes, a princípio, afetaria a intangibilidade dos contratos e a autonomia privada. E, ainda, do ponto de vista processual, vige a regra do art. 492 do CPC, segundo a qual *"é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"*, incorrendo em sentença ultra ou extra petita.

Ainda sob este ponto de vista, a FEBRABAN, em manifestação subscrita por Teresa Arruda Alvim Wambier, entre outros advogados, levanta uma interessante questão da qual não podemos nos furtar: ainda que se sustente que as normas de proteção do consumidor sejam de ordem pública por força legislativa, não seria também de interesse público a observância da inércia da jurisdição e da imparcialidade do juiz? Em outras palavras, não seria necessária uma ponderação de princípios, via proporcionalidade, para se sopesar ora a proteção do consumidor contra abusividades, ora a insegurança jurídica que poderia ser trazida por fuga de investidores e retirada de grupos empresariais estrangeiros diante da instabilidade do mercado? Tais questões serão respondidas no item a seguir.

9.11.5. Afinal, é possível a revisão judicial de contratos de ofício?

Pelo que se expôs nos itens acima a respeito do princípio da demanda e do princípio da correlação, entende-se que não é admissível pelo ordenamento

[527] No mesmo sentido, LUIS ALBERTO REICHELT afirma que *"é imperiosa a revisão do entendimento consolidado na Súmula 381 do STJ"*, destacando que, se há prova nos autos acerca da nulidade de determinada cláusula contratual, a questão é eminentemente jurídica, autorizando o conhecimento de ofício pelo juiz diante da máxima *iura novit curia* (O sistema dos direitos fundamentais processuais densificado pelo novo CPC e a necessária superação da Súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 110, março-abril 2017, pp. 459-472, item 4).

brasileiro a revisão judicial de contratos de ofício, sem que tal pedido de revisão tenha sido formulado e mensurado pelas próprias partes.

Quanto às hipóteses de revisão judicial em sentido estrito e àquelas fundadas em anulabilidades, essa conclusão é mais lógica e direta pois o próprio direito material confirma que seu exercício depende de manifestação pela parte interessada[528] – o que é confirmando, inclusive em outros sistemas estrangeiros[529]. De todo modo, a conclusão também se aplica às hipóteses de revisão judicial fundadas em nulidade absoluta.

O fundamento da aplicação do princípio da demanda e da congruência como justificativa plausível acerca dessa limitação dos poderes de decisão do juiz já foi abordada no item acima, mas não é o único.

A justificativa da boa-fé e do processo civil cooperativo (arts. 5º e 6º, CPC) nos auxiliam nessa tese. O juiz, enquanto sujeito processual a quem também se voltam tais comandos, deve ser um garantidor da previsibilidade do processo. Se é verdade que a boa-fé é um *standard* de conduta que tem por objetivo tutelar a confiança dos envolvidos em uma dada relação, não se mostra acertado que o réu seja surpreendido com um aumento dos limites objetivos da lide, ainda que tenha sido dada a oportunidade de manifestação a seu respeito antes de qualquer decisão (arts. 9º e 10º, CPC). O réu recebeu a contra-fé da petição inicial em seu ato de citação, avaliou o risco de sucesso no processo, escolheu seu patrono conforme a complexidade da demanda, se defendeu com base nos limites do pleito autoral. Não nos parece compatível com a ideia de *harmonia de expectativas* dos envolvidos que o juiz, de ofício, amplie o objeto da tutela jurisdicional capaz de ampliar o nível de interferência que a própria parte interessada requereu em sua relação contratual. Tal conduta, em descompasso com a boa-fé e cooperação, afeta a expectativa das partes em relação ao *risco processual assumido* e prejudicam o escopo de

---

[528] Cf. MÔNICA BIERWAGEN, segundo a qual *"o juiz não está autorizado nem a estabelecer as condições do réu nem a fixar novas condições para o contrato, pois, na medida em que a inicial pede o desfazimento do vínculo contratual, tal decisão implicaria julgamento extra petita"* (*Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 79-80).

[529] CHRISTOPH BRUNNER defende que um tribunal não pode constatar *hardship ex officio*, de modo que a revisão ou resolução não podem ocorrer *ipso iure*, dependendo sempre de um pedido formulado ou por um ou outro contratante envolvidos na demanda e o §313(1) BGB alemão estabelece que a parte que invocar hardship deve formular um pedido de revisão específico ou resolução, para que o tribunal o analise, também especificamente, sob pena de julgamento ultra petita (Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 501).

pacificação, violam a previsibilidade do jogo processual e, ao invés de garantir, returam a estabilidade das relações sociais.

A própria JUDITH MARTINS-COSTA[530] - que defende essa interferência de ofício – afirma que *"integra e constitui o interesse social a preservação do mercado e da própria autonomia privada".* Se, de fato, essas circunstâncias integram o próprio interesse social hábil a fazer com que o contrato exerça a função social preconizada pelo art. 421 do CC, por que permitir que o Judiciário modifique os termos de determinadas disposições contratuais se nenhuma das partes solicitou tal modificação?

Sem dúvida, não é a conduta que se espera de um juiz cooperativo e tampouco com a ideia que se tem de efetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO SALLES[531], ao discorrer sobre a efetividade processual, lembra que esta tem como seus fundamentos *"a capacidade do órgão jurisdicional em conhecer corretamente os fatos apresentados, (...) de perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais (...) e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade".* Surpreender as partes com a modificação desses limites da lide fere, portanto, essa noção de efetividade.

Sob a legislação italiana, GIULIANO SCARSELLI[532] tece ferrenhas críticas à amplitude dos poderes do juiz nesse ponto. O florentino chega a defender que os institutos de natureza publicista introduzidos no código processual italiano são *naturalmente contrários ao espírito do processo civil* e, tanto para fins de definição do objeto do processo como para fins de produção de provas, em se tratando de uma lide envolvendo direito privado, a iniciativa judicial não se justificaria. Em suas palavras, se o processo civil é instrumental ao direito substancial e se no direito substancial as partes podem fazer o que querem, a consequência lógica deveria ser a de que o juiz não pode intervir onde há consenso entre as partes, onde não há iniciativa de ao menos uma das partes ou onde não há manifestação de vontade de ao menos uma das partes.

---

[530] As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 254.

[531] Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 51.

[532] *Poteri del Giudice e Diritti delle Parti*. Coleção Il giusto processo civile, volume 4, 2010, disponível em **www.studiolegalescarselli.com**, acesso em 15.10.2017, itens 7 e 9.

E não só. A vulnerabilidade das partes envolvidas não justifica essa iniciativa, sob pena de se ferir o próprio dever de imparcialidade do juiz, que deve, sim, promover uma paridade de armas e oportunidades entre os sujeitos processuais envolvidos, mas sem de descurar de sua equidistância[533].

Assim, a atuação do juiz de ofício para revisar cláusulas contratuais sem que a própria parte assim o requeira não condiz com a ideia de processo cooperativo, pautado pela boa-fé, pela condução por um juiz imparcial e limitado pela fixação do objeto da demanda pelos próprios jurisdicionados.

* * *

[533] Também destaca a questão da imparcialidade SIDNEI AMENDOEIRA JR., para quem o princípio da demanda é *"o impedimento que o juiz possui de iniciar a entrega da prestação jurisdicional de forma voluntária, o que certamente comprometeria sua imparcialidade, vinculando-o sobremaneira ao resultado do processo"* (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 77).

10. PODER DE DECISÃO: *DOSAGEM* DA REVISÃO DE CONTRATOS

10.1. Conteúdo Contratual sujeito à Revisão Judicial

O segundo aspecto do poder de decisão do juiz, após a confirmação do cabimento da revisão judicial de contratos, é a modificação, propriamente dita, do conteúdo contratual e a definição do que passará a ser praticado pelos contratantes em substituição à pactuação original. Essa definição promoverá a *dosagem* da revisão – fixação da extensão e profundidade do novo conteúdo contratual e é hoje, sem dúvida, um dos grandes pontos de indefinição – e de verdadeira miscelânea – em nossa prática forense.

A tentativa do trabalho é justamente minimizar essa miscelânea de critérios que hoje se constata na prática jurídica e, com isso, promover não apenas uma padronização e sistematização de parâmetros limitadores dessa revisão judicial – a natureza da relação contratual e as disposições legais aplicáveis, a vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos, a lógica econômica e a conformidade ao interesse público –, como também garantir que a tutela jurisdicional se apresente ao jurisdicionado de modo a passar segurança, uniformidade, confiabilidade e a sensação de justiça.

Tal padronização, ainda que possa conduzir a decisões não uniformes em termos de resultado da revisão (a peculiaridade dos casos levados a juízo pode justificar eventual diferenciação na conclusão), deve, ao menos, permitir uma maior uniformidade quanto aos critérios que devem ser, necessariamente, valorados nesse tipo de demanda. Ou seja, ainda que os juízes divirjam quanto à redução o preço ou multa em determinada situação em 10% ou 50%, se todos empregarem para esse processo de cognição e decisão os mesmos critérios limitadores e se a valoração de tais parâmetros constar, clara e adequadamente, na fundamentação do julgamento, o intuito de uniformidade, segurança, confiabilidade e justiça da tutela jurisdicional já será alcançado.

Nessa atribuição, há quem defenda (especificamente em caso de alteração de circunstâncias) que *"desde que garanta o resultado, é admissível qualquer forma de revisão",* que poderia abranger valor, objeto, tempo e lugar

da prestação[534]. Não compartilhamos desse entendimento. Não se pode autorizar ao juiz que modifique o objeto pretendido com a contratação pois tal admissão implicaria permitir ao Estado desnaturar a própria razão de ser da avença (p.ex., a compra e venda de gado não pode ser revisada para compra e venda de vinho, ainda que possam ter valor patrimonial equivalente). A ideia é que a revisão judicial não torne o negócio jurídico inútil ou desnecessário aos contratantes e sim todos vejam mantido o interesse na manutenção do negócio.

Ao concluir pelo cabimento da interferência estatal pela via judicial, o magistrado, uma vez instado a tanto, pode revisar diversos aspectos do conteúdo contratual: preço (valor de prestação), qualidade ou quantidade da prestação, período de execução da prestação, lugar da prestação, duração do contrato, correção monetária, multa etc. Para fins de recorte temático, optou-se por abordar apenas alguns de tais aspectos.

10.2. Revisão do valor da prestação pactuada

O valor da prestação (preço) é o principal conteúdo contratual submetido à revisão judicial. Uma vez confirmada a hipótese de cabimento da interferência estatal na regulação do valor da prestação surge o grande desafio para o juiz de criar uma solução pacificadora que, ao mesmo tempo, cure o ponto conflituoso que deu ensejo à demanda e mantenha conservado e útil o negócio jurídico entabulado entre as partes.

Para que essa solução seja a mais adequada possível, a proposição é de que o poder *criativo* do juiz para fazer substituir um conteúdo contratual por outro e manter o negócio em curso seja pautado, cumulativamente, pelos critérios limitadores de seu poder decisório de *dosagem*: a natureza jurídica da relação ou tipo contratual e as disposições legais aplicáveis, a vulnerabilidade das partes, a lógica econômica em seu mercado e a conformidade ao interesse público.

A legalidade aplicável a cada natureza de relação contratual ou cada tipo contratual é o primeiro grande definidor do poder revisional do juiz em termos de *dosagem* da revisão. O exemplo da redução judicial da cláusula contratual nos confirma o quanto é importante, em primeiro lugar, a obediência do magistrado a critérios previstos pela própria lei. Temos, nesse sentido, alguns

[534] Cf. ALFREDO JOSÉ RODRIGUES ROCHA DE GOUVEIA (Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, p. 196).

parâmetros que não podem ser ignorados na revisão judicial de contratos: o limite de multa moratória de 10% conforme os arts. 8º e 9º da Lei de Usura, o limite de multa moratória de 2% para contratos de consumo (art. 52, §1º, CDC), o limite de multa moratória de 2% nos contratos condominiais (art. 1.336, §1º, CC)[535].

Ainda, a lei material brasileira, no art. 412 do CC, limita a extensão da cláusula penal ao estabelecer que *"o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".* Não se duvida que o limite fixado pelo art. 412 do CC serve de parâmetro para a interpretação do conceito de penalidade *"manifestamente excessiva"* prevista no art. 413 do CC[536]. Vale dizer, a cláusula penal fixada pelas partes em montante superior ao valor da obrigação principal é excessiva e enseja a redução judicial.

A guia condutora da causa da revisão (causa de pedir) e da natureza / tipo contratual e suas disposições legais no direito material devem servir como ponto de partida do exercício desse poder decisório, justamente para que se defina o *objetivo* da revisão.

Diante de situações de *lesão* em relações civis e empresariais, o art. 157 do CC direciona o magistrado para valorar o *quantum* da *desproporção da prestação* e, ainda, que tal desproporção seja analisada *segundo os valores vigentes ao tempo em que celebrado o negócio*. Em situações de imprevisão, o objetivo da tutela jurisdicional é de revisão da prestação para que o equilíbrio original seja restabelecido de modo a se evitar a onerosidade excessiva a apenas uma das partes e a extrema vantagem para a outra, mediante, se possível, a modificação equitativa da prestação (arts. 478 a 480, CC). Em se tratando de relação consumerista, em que ocorre onerosidade excessiva por força de fato superveniente, o julgador deve buscar também o reestabelecimento do equilíbrio original, tendo em vista *a natureza a o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso* (arts. 6º, V e 51, IV e §1º, III, CDC). Em contratos de seguro, o *quantum* da revisão do prêmio deve levar em conta a sua proporção com a *redução do risco* (art. 770, CC). Em ações de revisão de aluguel fundamentadas nos arts. 19 e 68 da Lei de Locações, a revisão judicial do valor locatício mensal deve ser promovida com a finalidade de *ajustar o aluguel ao preço de mercado.*

---

[535] Exemplos destacados por FLÁVIO TARTUCE (*Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, vol. 2, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 248-249).

[536]

Esses comandos servem como elementos limitadores do julgamento e definem o objetivo que deve ser perseguido pelo juiz para exercer seu poder de decisão quanto à dosagem da revisão judicial de contratos. Por sua generalidade, contudo, são conceitos que demandam um 'algo a mais' para que, ao final, a solução jurídica aponte um *preço* substitutivo ao original pactuado pelas partes. É justamente essa a tarefa dos demais elementos limitadores da valoração judicial, os quais servirão como norte para que se chegue à dosagem mais adequada ao final da tutela jurisdicional.

Vejamos a *lesão*, por exemplo. Neste caso, a desproporção deve ser calculada com cautela e utilizando critérios de acordo com a racionalidade da lógica econômica e do interesse público. E nem sempre a simples *proporcionalização aritmética* é facilmente determinável, podendo até demandar auxílio técnico para sua quantificação. Um dos exemplos trazidos na fotografia do Anexo B ilustra essa situação – para a aferição da lesão em acordo extrajudicial de pagamento de indenização a vítima de acidente automobilístico (Caso#1), o STJ ponderou (acertadamente) que, a despeito de ter sido pactuado valor inferior ao praticado pela jurisprudência (R$10.000,00) e de o negócio ter sido firmado com uma parte vulnerável, a vítima do acidente teve a vantagem de receber o dinheiro imediatamente, evitando uma disputa judicial de anos de tramitação e a incerteza de insucesso – vantagens essas de difícil liquidação econômica, mas, sem dúvida, de inegável valor para sopesamento de interesses contratuais no momento da contratação e aferição da prevalência da autonomia da vontade e vinculação das partes ao conteúdo do pacto. Apesar de, no referido caso, não ter sido feita uma quantificação dessa vantagem (apenas utilizada para decidir o descabimento da revisão), foi acertado o raciocínio e condizente com a preocupação ora recomendada de que a dosagem revisional leve em consideração a lógica da contratação (assunção de riscos) e o interesse público (em especial, a boa-fé e sua anexa coerência de comportamento e a função social de trazer segurança aos pactos).

Assim, a análise da desproporção a justificar a revisão por lesão não pode se descurar de avaliar, conjuntamente, todos os interesses sopesados pela parte no momento da celebração do contrato – o que inclui as vantagens e desvantagens ponderadas e os riscos assumidos ou rejeitados – ainda que tais interesses não tenham um valor econômico facilmente aferível. Para tanto, se necessário for, o juiz poderá se valer de profissionais técnicos hábeis a quantificar essas vantagens e desvantagens aparentemente intangíveis.

Ao intervir na redução de cláusulas penais, o Judiciário também nos brinda com relevantes exemplos a confirmar os critérios para a dosagem do

poder revisional do juiz. O STJ[537], em recente decisão, ao analisar ação de rescisão contratual de contrato empresarial de representação comercial (firmado entre duas pessoas jurídicas e dotado de equilíbrio) e com pedido de pagamento de cláusula penal, entendeu que *"não há uma relação de proporcionalidade matemática exata entre o grau de inexecução da prestação e o de redução do valor da cláusula penal"* e que devem ser levados em consideração para a redução (i) o grau de culpa do devedor, (ii) a situação econômica do devedor e (iii) o montante adimplido, (iv) avaliação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que perfeito ou incompleto, tenha oferecido ao credor e (v) a existência de desequilíbrio de forças entre as partes. Neste caso específico, houve atraso de 3 dias corridos e 1 dia útil no pagamento integral de 2 parcelas sucessivas do acordo de pagamento de 4 parcelas totais de um valor global de R$600.000,00 e, portanto, teria sido ínfimo o prejuízo ao credor, de modo a autorizar a redução da cláusula penal de 30% do valor total do contrato para 0,5% do valor da parcela em atraso. A Min. Nancy Andrighi entendeu que não se poder tirar a força de tal cláusula, porém é dever do juiz reduzi-la para garantir sua razoabilidade.

O voto – ainda que tenha apontado critérios definidores mais pontuais e específicos para o caso concreto - corrobora a tese ora defendida de que os poderes-deveres do juiz em ações revisionais devem se pautar pela avaliação da natureza da relação, a vulnerabilidade das partes, da lógica econômica e da conformidade com o interesse público.

Em outros casos, contudo, ainda percebemos a prevalência da proporcionalidade de forma mais evidente do que a da equidade (que, ao contrário da primeira, considera a lógica econômica como elemento valorativo – e não simplesmente aritmético – importante para essa valoração). O STJ, no caso *Latino x Rede TV*[538], ao analisar redução de cláusula penal pelo rompimento antecipado em 6 meses de um contrato de 12 meses, manteve o entendimento do TJSP de reduzir a multa em 50% por conta do tempo de contrato cumprido e pelo comportamento recíproco das partes. O voto no Relator contém aspecto interessante: entendeu-se que a cláusula penal foi fixada em favor de ambas as partes, como proteção ao rompimento antecipado pela outra contratante. Ou seja, *"a assessoria jurídica da ré com certeza avaliou o fato de que a limitação da cláusula penal à obrigação remuneratória não cobriria os custos arcados, nem tampouco, os ganhos eventualmente perdidos com a rescisão antecipada"* se esta fosse requerida pelo artista, com a

[537] STJ, REsp nº 1.641.131-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 16.02.2017.

[538] REsp nº 1.466.177-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20.06.2017.

qualificadora de que a emissora, pelo contrato, seria remunerada com todo e qualquer valor pelo uso da imagem do artista (e não apenas os valores fixos previstos como remuneração ao artista) e, muito provavelmente, o proveito com a exibição do programa refletiria ganhos muito maiores do que a remuneração do artista. A vulnerabilidade (paridade) das partes foi, portanto, considerada para essa revisão proporcional, contudo, não se considerou se o cumprimento parcial seria, pela lógica, tutelado pela multa.

A teoria da imprevisão também gera interessantes discussões quanto ao poder de decisão do julgador para fixar o valor substitutivo da prestação, principalmente pelos conceitos abertos empregados pela legislação brasileira.

Em Portugal, por exemplo, o art. 317 do CC, ao prever a possibilidade de revisão judicial de obrigações por força da modificação superveniente de circunstâncias, é bastante clara ao estabelecer que o juiz poderá corrigir o valor da prestação *"de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação"* [539]. Para tanto, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO[540] defende que o juiz ou árbitro deve observar os *"parâmetros da determinabilidade do preço a pagar",* ou, não existindo mais estes, que se recorra a *"factores vizinhos equivalentes".* Entretanto, ponderamos que nem sempre o método comparativo é o mais adequado para se chegar ao valor real da prestação. Talvez o seja quando se fala em bens ou serviços massificados em mercados livres, mas não quando se trata de uma negociação singular, com bens e serviços escassos ou específicos.

Em determinadas espécies de contratações vinculadas ao modelo ICC, os Princípios UNIDROIT 2016 direcionam que, em caso de revisão contratual por *hardship*, o tribunal, ao buscar a *'restauração do equilíbrio"* (art. 6.2.3), deve visar à *"distribuição justa das perdas"* – inclusive de precificação. O exemplo dado em seus comentários, inclusive, é prova de que o viés da lógica econômica e da função social são uma marca presente quando se falar em regulamentação de contratações de natureza empresarial – em que a vulnerabilidade é, geralmente, afastada. Na ilustração apontada, em que um exportador A vende bebidas a um importador B e este B é surpreendido com a

[539] Segundo PAULO KHOURI esse critério é um *"delimitador da intervenção judicial nesse domínio"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, pp. 34 e 129).

[540] O Direito romano e as regras de direito europeu dos contratos que determinam o preço a pagar pela prestação com um valor muito diferente do inicial: para uma revisão do paradigma normativo do código civil português. *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual*. Coord. Jorge Miranda, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 357-358.

proibição de bebidas alcoolicas em seu país ao longo de um contrato com prazo determinado, a ideia defendida é no sentido de que, se B tiver a possibilidade de vender bebiba a um país vizinho a um preço menor do que vendia em seu país, o Tribunal deveria decidir pela manutenção do negócio com a redução do preço de acordo com o novo preço exercido no país – denota-se, exatamente, uma distribuição das perdas como premissa da continuidade do negócio.

Destacamos, contudo, que justamente pela necessidade de se contemplar a lógica econômica é que essa adaptação não necessariamente é proporcional (em termos numéricos) à alteração da circunstância pois o juiz deve considerar os riscos assumidos pelas partes, ainda que sua 'quantificação' não seja facilmente aferível e prova técnica.

Há outro critério que, por vezes, é invocado – ainda que por analogia – pelos revisionistas: o do preço praticado no mercado. Diz-se por analogia pois as disposições se referem à hipótese de supressão de lacuna contratual, em que o preço não é pactuado, e não em caso de revisão de algo já pactuado. Nesse sentido, o art. 3.2.7 dos Princípios UNIDROIT 2016 apontam para o preço *"geralmente cobrado no momento da celebração do contrato para tal desempenho em circunstâncias comparáveis ao mercado em questão"* e, para a mesma situação, o art. 55 da CISG (Convenção de Viena sobre Contratos e Compre e Venda Internacional de Mercadorias) estabelece que o preço será aquele *"geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio".*

Na doutrina de sistemas de Common Law, LEON TRAKMAN[541] (Austrália) destaca que, quando um juiz se incumbe da tarefa de *reconstruir o consenso* em uma relação contratual, está ao seu alcance utilizar concepções *monistas* ou *pluralistas* para tanto – pela primeira, haveria uma eleição de *supervalores* aplicáveis em detrimento de outros (pressupondo uma hierarquia de valores), ao passo que, pela segunda, uma pluralidade de valores poderia ser utilizada como parâmetro para a reconstrução do consenso a depender do contexto contratual em específico. Ao invocar sistematização proposta por RANDY BARNETT, o autor aponta 3 (três) regras a serem observadas pelo juiz: (i) a aplicação do consenso expressamente previsto pelas partes, o consenso direto (*implied-in-fact*), (ii) a aplicação do consenso implicitamente acordado pelas partes, o consenso indireto (*implied-in-law*) e (iii) a aplicação de medidas que suplantam o consenso das partes (*implied-in-law immutable terms*). Segundo o

[541] Pluralism in Contract Law, *Buffalo Law Revue*, volume 58, dezembro-2010, n. 5, disponível em Hein Online, pp. 1032 e 1044-1046.

autor, as duas primeiras regras seriam preponderantemente monistas, pautadas pela prevalência da liberdade contratual em detrimento de outros valores; a terceira regra, em contrapartida, seria preponderantemente pluralista, pautada por uma combinação de valores como a eficiência e a boa-fé – critérios imutáveis que superariam qualquer acordo de vontades. Diante desse panorama, em demandas que envolvam revisão de preço contratual, por exemplo, um juiz monista tende a manter o preço pactuado entre as partes em razão da preponderância da liberdade contratual, ao passo que um juiz pluralista tende a admitir a revisão de preços para adequá-lo de acordo com os padrões de mercado. O próprio sistema norte-americano permite a concepção pluralista. O §2-305 do UCC permite que as partes concluam contratos com a previsão de que o preço será pactuado posteriormente e, neste caso, a disposição prevê que o preço será o *"preço razoável no momento da entrega"*. Segundo LEON TRAKMAN, em tais casos, caso não haja consenso entre as partes, os tribunais têm o poder de determinar qual é o preço, sendo correntemente utilizada a concepção pluralista, considerando-se valores de mercado.

Em Portugal, PEDRO ROMANO MARTINEZ[542], ao tratar do tema do *cumprimento defeituoso* em contratos, aponta alguns parâmetros que podem ser utilizados em demandas judiciais para recuperação de equilíbrio. Algumas de suas considerações merecem ser trazidas para o âmbito da revisão judicial de contratos especificamente quando ao exercício do poder de decisão ao *dosar* a intervenção judicial e modificar o conteúdo contratual. Assim, o autor destaca alguns métodos de revisão de preços contratuais: (i) revisão do valor comparando-se o *preço acordado* e o *valor objetivo* da prestação – para o autor[543], este critério deve ser adotado por ser o mais seguro e refletir o valor de mercado da coisa; (ii) revisão do valor comparando-se o *preço real* e o preço *ideal*, (iii) revisão pela diferença entre o preço acordado e aquele que as partes teriam estabelecido se soubessem que o bem refletiria situação de desequilíbrio ou defeito e (iv) revisão pela ponderação entre preço acordado, valor objetivo do bem sem defeito e valor ideal do bem (conjugação dos 3 anteriores.

Tais considerações merecem temperamentos. O primeiro parâmetro é importante por considerar o valor de mercado da prestação – critério este

[542] O autor leva em consideração um enfoque para o cumprimento defeituoso especialmente de compra e vena e empreitada ao discorrer sobre tais critérios (*Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 329-330 e 333).

[543] *Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 334.

defendido por parte da doutrina no Brasil[544] –, porém não considera o preço que a parte estaria disposta a pagar pelo bem. O interesse da parte no bem pode ser maior do que de outros potenciais interessados por alguma razão variável (p. ex., a aquisição de um imóvel para construção de indústria perto de seus principais clientes é algo que reflete um interesse pessoal e o contratante pode querer pagar mais por isso, não se submetendo a uma simples comparação de preço de mercado de terrenos similares). Ou seja, o valor não é inerente à coisa, mas sim à finalidade da coisa para quem o detém ou quer deter. De todo modo, essa avaliação tem que ser feita à luz da natureza contratual, das partes envolvidas, da lógica econômica dessa contratação e da adequação dessa escolha ao interesse público. No exemplo acima, a lógica econômica pode indicar que o método comparativo não é o melhor parâmetro de dosagem da revisão judicial, mas é possível que em contratos massificados, de simples compra e venda de bens de consumo, a apuração do valor de mercado (*valor real*, apontado por MARTINEZ) seja o melhor parâmetro naquela lógica econômica.

O segundo parâmetro tem como principal problema o fato de não considerar o valor efetivamente pactuado pelas partes, razão pela qual não nos parece que a busca do *valor ideal* seja algo que, ao menos imediatamente, deva ser buscado pelo juiz da revisão.

O terceiro parâmetro igualmente comporta considerações pois, na prática, é indesejável que o juiz busque amparo naquilo que as partes poderiam ter querido. O enfoque ao aspecto subjetivo da busca do preço pode ser prejudicial ao restabelecimento da *harmonia de expectativas* que se estabeleceu em determinada contratação.

Na doutrina estrangeira, CHRISTOPH BRUNNER[545], com enfoque na revisão por alteração de circunstâncias, defende que, ao promover a revisão de um contrato, o Tribunal deve sempre sopesar o interesse das partes envolvidas e minimizar a intervenção naquilo que as partes já pactuaram e que a primeira referência do juiz deve ser averiguar a *"hypothetical intention"* das partes, ou seja, considerando as demais disposições contratuais, imaginar o que elas teriam optado caso soubessem da alteração e caso esse critério falhe, o segundo

---

[544] FREDERICO GLITZ defende que o critério para o juiz alterar o valor com fundamento na lesão é o *valor de mercado* pois seria um critério objetivo (*Contrato e sua conservação: lesão e Cláusula de Hardship*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 124).

[545] Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration,* International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, p. 499.

parâmetro do juiz ao revisar um contrato seria a análise objetiva, isto é, imaginar o provável interesse que razoavelmente se poderia esperar de uma pessoa comum na mesma circunstância.

Esse parâmetro, pelas mesmas razões já adiantadas acima, pode não se mostrar o mais adequado a depender da lógica da contratação. Em contratações de natureza massificada e com oferta de bens, serviços ou produtos fungíveis, a comparação entre o que outros contratantes *médios* praticariam pode ser a mais adequada. Em contratações com prestações individualizadas e insubstituíveis, a comparação perde sua razão de ser e pode prejudicar a racionalidade contratual assumida pelas partes, contrariando a boa-fé e a função social de estabilização das relações sociais.

Sobre o tema, é curioso que já São Tomás de Aquino, no direito canônico medieval, ao tratar da usura, já alertasse que a ideia de *justo preço* não era fixa pois dependeria da avaliação de cada um, conforme a utilidade dada ao bem[546]. Em certa medida, é o que ora se propõe. Não há parâmetros pré-definidos de dosagem revisional ao juiz – se a apuração do valor real de mercado, se a quantificação de um valor ideal à luz da vontade dos contratantes, se a identificação de um valor equilibrado à luz de situações objetivamente similares.

Nesse sentido, se mostra acertada a previsão do art. 6.2.3 dos Princípios UNIDROIT, aplicável à adaptação judicial de contratos por *hardhip* e a orientação, em seus comentários, de que quando o juiz tiver de adaptar o preço, não necessariamente a revisão se dará na mesma extensão do prejuízo causado pela alteração da circunstância pois ele deverá levar em consideração em que medida as partes assumiram o risco do contrato e serão favorecidas pela execução da prestação.

E, realmente, o que deve haver como guia limitadora do poder de decisão do juiz ao promover a dosagem de sua revisão é, considerando a natureza da relação contratual e a vulnerabilidade das partes, a busca da lógica econômica estabelecida pelas contratantes (e dos riscos assumidos por elas no momento do pacto[547]) como aplicável àquela contratação em específico e que

---

[546] Cf. WLADIMIR CUNHA (*Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, p. 153).

[547] ÊNIO SANTARELLI ZULIANI defende que, na intervenção judicial com fundamento na onerosidade excessiva, o juiz, direcionado pela boa-fé objetiva e pela função social do contrato *"examina a vontade declarada e os propósitos para, com esses dados objetivos, definir o sentido contemporâneo da cláusula que saiu do eixo funcional".* Defendemos que o mais adequado é a avaliação do risco assumido e não propriamente a vontade declarada (Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*., Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 653).

pode ser explicada à luz das regras de mercado praticadas nos respectivos segmentos econômicos e tendo em vista valores de interesse público, como a boa-fé e a função social dessa contratação. Sem essa tentativa de resgate e aplicação para o futuro, corre-se o risco de ser proferida uma tutela jurisdicional inadequada ao interesse do jurisdicionado, incoerente com seu propósito pacificador, estabilizador e regulador de conflitos sociais.

Além desses aspectos, outro ponto merece destaque no exercício do poder de decisão sobre a dosagem da revisão: a prévia definião do valor liquidado pela própria parte quanto à formulação pretensão de revisão contratual em juízo.

Nos ocuparemos com mais detalhes sobre o tema no item a seguir pertinente aos poderes de direção exercidos pelo juiz em demandas revisionais. De todo modo, é possível desde já concluir que o processo cooperativo tem como um de seus deveres norteadores o da *transparência* – um dos desdobramentos, aliás, da *boa-fé* com que deve ser regida a relação jurídica processual. Não se pode cogitar que, após a estabilização dos limites objetivos da demanda, com a formulação de um pedido líquido (e a legítima expectativa de que esse seria o teto máximo de uma potencial condenação) e a apresentação de uma defesa, igualmente com a indicação de um valor de revisão, o réu seja surpreendido com um aumento da condenação, ultrapassando o valor controvertido entre as próprias partes. E nem se alegue que o efetivo debate após a apresentação de eventual laudo pericial, nos termos do art. 10 do CPC, autorizaria o provimento judicial *ultra petita*. A vedação a decisões-surpresa tutelada pelo art. 10 do CPC não tem o condão de, se cumprida, modificar a estabilização dos limites objetivos da demanda, os quais são considerados para a definição de ação e defesa e para a construção da estratégia processual das partes e mesmo para a definição de parâmetro de tratativas de composição amigável mantidas extrajudicialmente entre as partes. Interferir na delimitação desse parâmetro não parece ser condizente com os deveres de transparência, boa-fé e segurança que se esperam do Judiciário na condução de conflitos.

10.3. Revisão de obrigações de fazer: defesa da concorrência

Quanto à revisão de contratos que violem a defesa da concorrência, já destacamos no item pertinente aos poderes de decisão quanto ao cabimento da revisão que esta seara é, talvez, a que indique, na prática, a maior preocupação

com a conjugação de todos os elementos limitadores ora propostos – natureza da relação, vulnerabilidade, lógica econômica e interesse público – e a especificidade da legislação é um dos destaques nesse sentido. A guia legislativa se mostra relevante não apenas para o cabimento da revisão, mas também de sua dosagem, também preocupada com a conjugação de tais elementos.

Ao especificar os parâmetros que devem ser levados em consideração na aplicação das penalidades impostas na hipótese de infração à concorrência, o art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência (*legalidade*) prevê critérios que confirmam os elementos limitadores do poder judicial na decisão de revisão contratual, entre os quais: a situação econômica do infrator e o grau da lesão aos consumidores ou terceiros (art. 45, V e VII – *vulnerabilidade*), os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, III e VI – *lógica econômica*) e a boa-fé do infrator e o grau de lesão à livre concorrência e à economia nacional (art. 45, II e V – *interesse público*).

Concluiu-se acima que há, de fato, campo para revisão judicial de cláusulas que prevejam obrigação de não-concorrência em contratos que impliquem transferência de determinada titularidade comercial, como p.ex., estabelecimento, tecnologia, marcas e patentes, *know-how* etc. A mais interessante questão a se discutir, contudo, é a extensão do poder de decisão do juiz ao promover a dosagem da revisão da cláusula contratual pactuada pelas partes nesse sentido.

O trespasse (contrato que regulamente a alienação de estabelecimento comercial), por exemplo, é um campo em que tal *dosagem* encontrou expressa disposição legislativa. Nesta hipótese, o art. 1.147 do CC prevê que "*não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência"*. A mesma previsão temporal foi adotada como orientação pelo CADE no direito concorrencial, dando origem à Sumula nº 5 do CADE, de 09.12.2009, no sentido de que *"é lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio".*

Segundo EROS GRAU e PAULA FORGIONI[548], a regra geral que vem sendo adotada não apenas pelo CADE, mas também pela União Europeia é a de que pactos de não-concorrência sejam limitados a um período de 5 (cinco) anos. Os

[548] *O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 282-283 e 286-287.

autores destacam que a fixação desse prazo leva em consideração uma *razão* ou *função econômica* e que sua função é afastar do mercado, temporariamente, um agente econômico que, por sua expertise, pode sujeitar o comprador a uma concorrência não desejada, prejudicando o retorno do investimento efetuado com a aquisição.

Justamente por isso, a cláusula deve sempre ser analisada dentro do contexto da prática de mercado na qual está inserida e, nesse cenário, destacam a necessidade de se diferenciar atividades de comércio e industriais. Segundo eles, na atividade de pequeno comércio, a pessoa do alienante é primordial para a atração da clientela, ao passo que essa importância é menor na atividade industrial.

10.4. Equidade x Proporcionalidade

A etimologia da palavra *equidade* indica sua origem latina na *aequitas*.

Seu significado, de um modo geral, está atrelado ao *"respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções"*[549].

Do ponto de vista estritamente jurídico, essa aproximação da equidade ao sentido do *justo* se reflete no âmbito jurisdicional exatamente no exercício dos diversos poderes-deveres do julgador – e especialmente, nos poderes-deveres de decisão. Isso porque, o processo é pautado, como regra, pelo princípio da estrita legalidade. O juiz, no exercício da jurisdição e solução de conflitos sociais, tem o poder-dever de aplicar o ordenamento jurídico com a observância da *legalidade* (art. 37, CF e art. 8º, CPC) – um pressuposto da separação dos poderes e expressão da garantia de isonomia e impessoalidade das normas jurídicas aos jurisdicionados.

Tal regra comporta exceções previstas na própria lei. Aliás, a rigor, seria até um contrassenso afirmar que se tratam de exceções à legalidade pois é a própria lei, por sua autoridade, que autoriza a validade de sua ressalva. A exceção, assim, confirma – e não infirma – a legalidade.

De todo modo, em hipóteses excepcionais, o juiz é autorizado a exercer seu poder de decisão sem se pautar, propriamente, por critérios estritamente

[549] ANTONIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILLAR (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1183).

legais. O julgamento por equidade é uma delas. O art. 140 do CPC prevê que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico e estabelece, de forma expressa, que este só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. É possível dizer, ainda, que o julgamento por equidade pode se dar não apenas quando a própria lei assim o autorize[550], mas também quando houver acordo das partes nesse sentido[551], com expressa permissão ao julgador em caso de potencial disputa.

Assim, julgar por equidade uma determinada disputa ou um pleito trazido ao conhecimento do Poder Judiciário significa *resolver o conflito e apreciar demandas com base em parâmetros que não estão especificamente positivados na legislação, mas de modo que, sob justificativas racionais adequadamente fundamentados e à luz do caso concreto e do contexto fático, se imprima a solução que mais se amolde à noção de justiça*[552]. Segundo SALVATORE SATTA[553], equidade é a *"justiça do caso concreto"*, decidido com base em uma regra de experiência que não é aquela generalizada e não é suscetível de generalização.

A legislação permite esse julgamento com base na equidade em diversas searas.

No âmbito processual, admite-se a tomada de decisão judicial por critérios de equidade para, por exemplo, *(i)* o arbitramento de honorários de sucumbência nos casos em que não é possível mensurar a condenação ou o proveito econômico com a demanda, com base no grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e trabalho e tempo do advogado (art. 85, 2º, CPC), *(ii)* a fixação de multa por descumprimento de liminares e julgamentos de obrigações de fazer ou não

---

[550] Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *"'nenhuma consideração de equidade' autoriza o juiz a modificar o conteúdo do contrato, a não ser naquelas hipóteses em que previamente ao ato jurídico perfeito o legislador já havia instituído o procedimento excepcional de revisão judicial (ex.: Lei de Luvas, Lei do Inquilinato, etc.). (...) O enfraquecimento do contrato, com a facilitação das revisões judiciais por motivos de equidade, salvo raríssimas exceções, contribuiria para debilitar o comércio jurídico, jamais para incentivá-lo ou incrementá-lo"* (*O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro, AIDE, 2001, pp. 23-24).

[551] Nesse sentido, pelo julgamento por equidade quando houver acordo entre as partes, também é a posição de JUSTINO MAGNO ARAÚJO (*Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p. 101).

[552] Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, julgar por equidade é *"pautar-se por critérios não contidos em lei alguma e não apenas interpretar inteligentemente os textos legais"* (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 472) ou, ainda, quando o juiz, *"autorizado por expressa disposição legal ou pelo sistema jurídico como um todo, não se vincula a preceitos legais, procurando uma solução tão aderente quanto possível ao caso concreto"* (*Vocabulário do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 140-141).

[553] *Diritto Processuale Civile*. 9ªed., Padova, CEDAM, 1981, p. 184.

fazer, que deverá ser *"suficiente e compatível com a obrigação"* e poderá ser modificada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, quando insuficiente ou excessiva ou, ainda, quando houver cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o seu descumprimento (art. 537, *caput* e §1º, CPC) e *(iii)* nos procedimentos de jurisdição voluntária, nos quais o juiz, por disposição expressa, não é obrigado a observar a legalidade estrita, podendo adotar *"a solução que considerar mais conveniente ou oportuna"* (art. 723, parágrafo único, CPC).

No âmbito do direito de família e sucessões, o critério da equidade para fins de julgamentos também se observa, por exemplo, no comando de fixação de alimentos *"na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada"* (art. 1.694, §1º, CC).

Nas relações civis e, em especial, nas contratuais, o Código Civil contém diversas referências à solução judicial baseada em juízos de equidade – entre elas a redução equitativa da cláusula penal quando seu montante for manifestamente excessivo diante da natureza e da finalidade do negócio (art. 413, CC).

Essa aparente ausência de parâmetros, pela própria amplitude inerente ao conceito, enseja, por vezes, discrepâncias no exercício do poder decisório do magistrado e, consequentemente, abre margem à imprevisibilidade e à insegurança jurídica em determinadas relações contratuais. Abaixo serão indicados alguns exemplos práticos do quanto a inexistência de parâmetros minimamente uniformes em julgamentos por equidade pode impactar o mercado – notadamente em ações revisionais.

Especialmente em demandas envolvendo a revisão judicial de contratos, para que a equidade seja utilizada como critério de julgamento sem que implique arbitrariedades e de modo que promova os escopos do processo, propõe-se que sejam observados os parâmetros defendidos por essa tese.

A ideia de racionalidade na apreciação do cao deve permear a atuação jurisdicional na hipótese de aplicação da equidade. A tutela jurisdicional que não seja pautada pela estrita legalidade diante de autorização legal ou das próprias partes deve, no mínimo, ser racional – ou seja, seguir uma lógica de raciocínio coerente, atrelando premissas e causas às suas conclusões de modo coeso e de modo provido de nexo. A ideia é que o julgamento por equidade não seja, em absoluto, confundido com julgamento por emoção ou por ato de mero

querer despropositado[554]. Essa influência de fatores subjetivos não é desejável[555]. A análise de ações revisionais em que a fundamentação judicial se paute por critérios econômicos, de ordem racional e objetiva, permitem o afastamento dessa influência.

Nessa avaliação, é de extrema relevância que, ao avaliar o juízo de equidade do caso concreto, a lógica econômica – em especial, a distribuição de riscos à luz da finalidade do negócio – sejam necessariamente considerados. Nenhum julgamento por equidade em demandas revisionais de contratos alcançará seu objetivo de justiça sem valorar o risco que foi (ou que se esperava ter sido) assumido pelos contratantes naquele tipo específico de contratação e, mais do que isso, dentro da lógica do mercado dessa contratação. Já na década de 50, EMILIO BETTI[556] destacava que as obrigações, quando submetidas a julgamentos por equidade – não apenas em disputas revisionais, mas também quando avaliado o seu inadimplemento – deveriam ser analisadas dentro do contexto da (i) economia complexa do contrato, (ii) da sua álea normal e (iii) da razoável proporção entre o custo e o rendimento da prestação prevista no contrato.

É importante lembrar que um julgamento por *equidade* não se confunde com julgamento pautado pela *proporcionalidade*. A equidade, como se disse acima, deve levar em consideração aspectos fáticos e peculiaridades de cada caso concreto para, na decisão, se optar pela solução que mais se enquadra

---

[554] Ao caracterizar decisões por equidade, RENATO BENEDUZI destaca a importância do aspecto *racional* em contraposição às decisões tomadas sob fundamentos meramente emocionais (*Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187,* vol. II, Coords. Luiz Guilherme Marinoni et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 290).

[555] RICHARD A. POSNER, WILLIAM M. LANDES e LEE EPSTEIN, ao defenderem a ideia de *"Legal Realism"*, caracterizada pela pragmática conclusão de que as preferências políticas e sentimentos pessoais dos juízes geram consequências às partes em demandas judiciais, destacam que, no sistema norte-americano, o juiz é um agente que exercita autoridade discricionária e, nesse exercício, fatores subjetivos como política, religião, ideologias – e até sua energia, como p.ex., o horário em que proferidas as decisões, se ao acordar ou após as refeições – exercem influência (*The Behavior of Federal Judges: a theoretical & empirical study of rational choice,* Cambridge – Massachusetts; London – England, Harvard University Press, 2013, p. 28). POSNER afirma ainda que afirma existirem diversas teorias sobre *"judicial behavior"*, das quais destaca 9 (nove), a saber: a teoria de acordo com a atitude, a estratégica, a sociológica, a psicológica, a econômica, a organizacional, a pragmática, a fenomenológica e a legalista e destaca, entre essas, o fato de que, por exemplo (i) juízes que tenham experiência como professores tendem a julgar diferentemente de juízes que tenham advogado antes da judicatura, (ii) juíza mulher e juiz homem podem ter uma diferente percepção do caso em ações de abuso sexual de gênero, e (iii) juízes que tenham passado por dificuldades sociais na infância e adolescência podem decidir de modo diferente por terem sido afetados por sua experiência em sua ideologia – o que, inclusive, corroboraria a conclusão do autor de que o ato de julgar é um ato político e não uma neutra aplicação da lei (*How judges think*, Cambridge – Massachusetts, Harvard Press, 2008, pp. 19, 74, 75 e 369-370).

[556] *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Milão, 1953, p. 57.

como justa. A proporcionalidade tem critérios muito mais objetivos e pré-determinados.

Já analisamos anteriormente[557] a questão da proporcionalidade – e sua comparação com a razoabilidade. Não obstante ADA GRINOVER os considerasse intimamente ligados[558], intimamente ligados ao definir que *"a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade"*, este, por sua vez, pautado pela *"busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*", a comparação é bastante controversa. Segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA[559], a proporcionalidade (enquanto regra e não princípio) seria originária da jurisprudência alemã, teria uma estrutura definida por 3 (três) sub-regras subsidiárias sucessivas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade, de origem norte-americana, teria características menos objetivas, limitando-se a uma simples análise da *"vedação de excessos"*.

A diferenciação é importante quando trazemos tais conceitos para o âmbito do julgamento por equidade. NELSON ROSENVALD[560] já chegou a afirmar que, quando um juiz julga por equidade e não por proporcionalidade, *"há um sensível ganho de qualidade em sua atuação"* pois *"o juiz deixa de ser um estatístico e se converte em um intérprete das peculiaridades do caso concreto".* De fato, a aderência às peculiaridades do caso é a marca da equidade. Contudo, isso não necessariamente implica uma atuação judicial de qualidade – que apenas o será se, na apreciação equitativa, forem valorados e considerados, de forma minimamente acurada, os aspectos mínimos do caso concreto acima especificados.

* * *

---

[557] Analisamos a questão em trabalho pretério voltado especificamente para o controle judicial interventivo em políticas públicas (BEATRIZ VALENTE FELITTE. Atuação do juiz brasileiro na intervenção em políticas públicas: o controle jurisdicional na ordem econômica e financeira. *Revista de Processo*, ano 42, v. 264, fevereiro 2017, p. 343-344, item 4).

[558] O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 116. Ainda, segundo EROS GRAU, a proporcionalidade e a razoabilidade são *"postulados normativos da interpretação / aplicação do direito"* e não princípios. Segundo o autor, a proporcionalidade não é um princípio e sim uma regra pois a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito *"não são ponderadas em relação a algo diferente"* (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 189 e 191).

[559] O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, p. 45.

[560] *Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p. 258.

11. PODER DE DIREÇÃO EM DEMANDAS REVISIONAIS DE CONTRATOS

11.1. Considerações Iniciais sobre os Poderes de Direção do Juiz

Como se adiantou acima, os *poderes de direção* são aqueles voltados à condução da marcha processual e relacionados ao princípio do impulso oficial previsto no art. 2º do CPC (dita direção *formal*) e à tomada de todas as providências para a preparação do julgamento da demanda de modo a se atingir o *justo processo* (dita direção *material*). No exercício de tal atribuição, o juiz, portanto, se incumbe da tomada de providências pertinentes à tramitação procedimental em si, ao controle da regularidade formal dos atos processuais, da presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo e do direcionamento das fases e providências necessárias ao justo deslinde da controvérsia.

A distinção é importante para a aplicação da tese ora proposta. Isso porque, no exercício do poder diretivo voltado à simples observância da regularidade formal, da aferição das condições da ação e dos pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo, não se impõe a necessidade da observância dos critérios limitadores dos poderes judiciais ora defendidos. O controle da legitimidade de uma parte ou de seu interesse de agir, por exemplo, não necessariamente varia conforme a natureza do contrato, a vulnerabilidade da parte, sua lógica econômica ou seu impacto ao interesse público. A checagem dos requisitos para que processo se desenvolva de modo seguro à luz do devido processo legal e dentro dos parâmetros processuais considerados de ordem pública, se impõe como dever(-poder) do magistrado independentemente dos critérios acima.

Tais critérios, contudo, podem ser relevantes em determinados atos judiciais no exercício do poder de direção do juiz quando esta for voltada à direção dita material do processo (apesar de não cumulativos, como se propõe no exercício dos poderes de decisão e instrução). Ao exercer o *case management*, o juiz tem entre suas atribuições poderes-deveres relacionados não apenas a aspectos de supervisão de aspectos formais, mas também atinentes à coordenação e instrução quanto à prática de determinados atos processuais, gerenciamento de medidas mais adequadas e efetivas às peculiaridades do caso, esclarecedor de dúvidas e obscuridades na condução do

caso e, enfim, cooperador para que o instrumento processual seja efetivamente *de resultados* sirva aos seus propósitos de pacificação com justiça. Nesse ponto, o juiz pode – e deve – e ter postura ativa para determinar uma rodada para tentativa de composição amigável, determinar audiência de meros esclarecimentos para buscar entender especificidades de casos complexos, ter a iniciativa de convocar os advogados para saneamento compartilhado a depender do objeto da demanda, entre outras medidas que guardam íntima pertinência com o próprio deslinde material da controvérsia e não apenas com questões de garantia processual-formal. Em tais casos, especificamente em ações que buscam a revisão judicial de contratos, o poder de direção a ser exercido pelo juiz deve ser pautado por cautelas e atenção a pontos sensíveis pertinentes a esse tipo de demanda e, nesse sentido, devem considerar (com maior ou menor incidência e não necessariamente de modo cumulativo) a natureza da relação contratual, a vulnerabilidade das partes, a lógica econômica do contrato e o interesse público.

Apesar do enfoque da presente tese se inclinar a este segundo aspecto, optou-se – por sua relevância notadamente prática – por destacar também alguns pontos envolvendo o poder de direção formal do processo pelo juiz. Assim, neste capítulo serão abordados tanto poderes de direção quanto ao controle das condições da ação, da adequação da via e da petição inicial aplicadas a ações revisionais de contratos (que prescindem dos critérios limitadores ora propostos), como os poderes de direção ditos materiais (que avocam para si a relevância dos critérios limitadores ora propostos).

11.2. Controle judicial da via adequada

Como regra, a ação que pretende a revisão de contratos se processa pelo procedimento comum (art. 318, CPC) e o juiz tem o poder-dever de realizar o controle da adequação da via processual eleita pela parte autora pela aferição, de ofício – não obstante respeitadas as disposições dos arts. 9º e 10, CPC – das condições da ação, especificamente o elemento *"adequação"* do interesse de agir[561] (art. 17, CPC).

[561] O interesse de agir, enquanto condição da ação, é formado pelo binômio *necessidade-adequação*. Vale dizer, o pedido de entrega de tutela jurisdicional deve ter como premissas a impossibilidade de obtenção da tutela por outro meio que não o acesso ao Poder Judiciário (necessidade) e o provimento jurisdicional requerido deve ser hábil e útil a oferecer o bem da vida buscado pelo jurisdicionado (adequação).

Atualmente, podem ser apontados 2 (dois) erros clássicos quanto à escolha do procedimento adequado à pretensão revisional: ainda é comum na prática forense identificarmos casos em que as partes pretendem a revisão de determinado contrato por meio de ações de exigir contas e por meio de produções antecipadas de provas (e algumas, ainda, sob a o antigo rótulo das "exibições de documento").

A ação de exigir contas (antiga 'ação de prestação de contas', sob a vigência do CPC/73) é uma das espécies de ação de procedimento especial, pela qual se pretende a apresentação de *contas* daquele a quem se incumbiu a administração ou gestão de negócios, bens ou direitos, mediante especificação e aplicação de receitas e eventuais investimentos e, uma vez exibidas as contas, a apuração de saldo que poderá vir a ser confirmado com força de título executivo judicial (arts. 550 a 553, CPC). Na prática, o instrumento processual é muito utilizado como meio para se obter, especialmente de instituições financeiras, a apresentação de extratos de contas correntes, investimentos e exibição de planilhas atualizadas de débitos relacionados a contratos bancários.

Tal instrumento, contudo, se propõe a viabilizar a ciência ao contratante sobre o status de créditos e débitos, a aplicação de tarifas e encargos, a movimentação de valores e suas respectivas datas e não a revisar cláusulas contratuais para fins de abatimento de valores na apuração de eventuais saldos de crédito ou débito. O assunto, aliás, já foi acertadamente tratado pelo STJ em sede recursos especiais repetitivos e, nessa seara, fixou-se a tese da *"impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas"*[562] (agora denominada ação de exigir contas). A ação em que foi firmada a tese foi ajuizada por um banco e contou com o posicionamento no mesmo sentido pelos *amici curiae* Banco Central do Brasil e Febraban – Federação Brasileira de Bancos. Por sua força de precedente vinculante nos termos do art. 927, III, CPC, os julgadores têm o poder-dever de aplicar tal entendimento em demandas similares.

Outra via inadequada à revisão é a produção antecipada de provas visando à apresentação de contratos em juízo. A situação é corriqueira em especial em casos de negativação de devedor que alega sequer conhecer ou possuir o instrumento contratual que teria dado origem à constrição. Sob a vigência do CPC/73 era comum o ajuizamento das ações cautelares de exibição de documentos para esse fim. Com a supressão das cautelares pelo CPC/2015, a via adequada para se pretender a exibição de documentos em juízo passou a

[562] STJ, RESp nº 1.497.831-PR, Rel. Min. Isabel Gallotti, 2ª Seção, DJe 07.11.2016.

ser (i) o formato incidental, concomitante à ação dita principal, nos termos do art. 396 a 404, CPC (ii) em sede de tutela provisória de urgência em caráter antecedente, desde que presentes seus requisitos ou (iii) por meio da produção antecipada de provas, nos moldes dos arts. 381 a 383, CPC. Nas duas primeiras hipóteses, é até possível se pleitear a exibição de contratos e obter sua revisão, desde que a demanda principal, de fato, se volte a esse propósito. Na terceira hipótese, cabe ao julgador rejeitar eventuais pedidos revisionais diante da carência de interesse de agir pois a via processual, que é provida de processamento diferenciado (sequer se admite defesa ou recurso), é adequada apenas à disponibilização de determinado contrato e não sua modificação.

Se o pleito de revisão for formulado pela parte de forma intempestiva, superveniente ao próprio processamento da ação e – como não raro ocorre – após a efetiva exibição do contrato ou prestação das contas, com muito mais rigor se impõe a extinção do processo sem resolução de mérito em relação a tal pedido.

A questão que se coloca, contudo, é se cabe ao juiz, diante de uma petição inicial em que há evidente inadequação da via eleita ao propósito pretendido, determinar à parte a emenda da inicial para que, desde já, supra o vício de seu interesse de agir. Entendemos que sim, desde que antes da integração do réu na relação jurídica processual, ou depois do comparecimento do réu mas antes do saneamento, desde que com a anuência do réu (art. 329, CPC). Tal poder-dever se impõe não apenas em função da vedação às decisões-surpresa (arts. 9º e 10, CPC) ou à determinação de emenda com especificação precisa do defeito ou irregularidade a sanar (art. 321, CPC), mas decorre da própria lógica de processo cooperativo e do enaltecimento ao aproveitamento do processo.

Como se sabe, o dever de cooperação previsto como regra geral no art. 6º, CPC é extensivo ao juiz, enquanto sujeito processual. Nesse contexto, como já adiantado, a atribuição do juiz no exercício da jurisdição é a de *esclarecer* a parte em caso de antever defeitos de forma que possam impactar negativamente a tutela jurisdicional. Neste caso, se identificar a utilização de um instrumento processual inadequado face ao pedido formulado, no próprio recebimento da inicial pode (e deve) o juiz abrir um canal de comunicação e advertir o autor sobre as consequências da inadequação formal, permitindo sua sanação. E não apenas por isso. Não se pode olvidar que, mesmo antes da positivação da ideia de processo cooperativo pelo CPC/2015, nosso sistema processual já era pautado pela regra do aproveitamento dos atos processuais – regra prevista no CPC/73 e mantida no art. 283 do CPC/2015. Nada impede o

juiz, portanto, de não apenas advertir a parte autora quanto à inadequação formal do pedido, como determinar sua emenda especificamente nesse sentido e admitir o vício como sanado, contribuindo para que o processo já ajuizado tenha seu mérito analisado e ofereça às partes a tutela jurisdicional efetivamente pretendida.

Outro viés que demanda atenção na prática de nossos tribunais sob a rubrica de inadequação da via eleita é o cabimento de reconvenção para fins de cobrança de débitos pelo réu em ações revisionais de contratos.

O STJ já chegou a se posicionar do tema, e com acerto. Em ação revisional de contrato, uma agência de viagens pleiteou a revisão de preço a ser repassado à companhia aérea *Air France* em função de imprevisto atentado de 11 de setembro às 'torres gêmeas' nos EUA. A companhia aérea, por sua vez, apresentou reconvenção requerendo a condenação da agência ao pagamento do preço pactuado por passagens. O Tribunal estadual extinguiu a reconvenção por vislumbrar incompatibilidade entre o pleito principal 'declaratório' e o pleito reconvencional condenatório e o STJ, por sua vez, reformou tal entendimento, confirmando o cabimento da reconvenção para se pleitear pagamento de débito contratual em ação revisional do mesmo contrato sob o argumento da ocorrência de clara conexão – o que seria admitido não apenas na hipótese de revisão por imprevisão, mas também por invalidade[563].

A discussão a este respeito da adequação da via reconvencional para cobrança de débitos em ações revisionais tramitou, à época, em torno da conexão. Hoje, sob a vigência do CPC, qualquer dúvida a este respeito estaria, com muito mais força, suplantada. Não obstante a reconvenção tenha sido mantida para formulação de pretensão *"conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa"*, o CPC denota uma maior preocupação com a reunião de demandas e o risco de decisões conflitantes, agora não mais restritas às hipóteses de conexão e continência (art. 55, §3º, CPC). Antes mesmo da vigência do CPC 2015, a conexão para fins de reconvenção já se impunha mesmo com a distinção entre causa de pedir remota (mediata) ou próxima (imediata). Ainda que a *causa petendi* próxima seja distinta – a imprevisão ou invalidade no pleito revisional / o inadimplemento no pleito de pagamento – a causa de pedir remota (previsão contratual) é coincidente, justificando a reunião. Se antes tal justificativa já se mostrava suficiente, hoje, com mais

[563] STJ, REsp nº 647.390-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., j. 17.11.2009. O mesmo acórdão se referiu a precedente do STJ que já havia reconhecido a adequação da via reconvencional em ação de nulidade de cláusula de contrato de abertura de crédito em conta corrente, ou seja, fundado em invalidade e não em imprevisão (STJ, REsp nº 310.110-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 18.11.2002).

razão. Além da ampliação das hipóteses de reunião para julgamento conjunto sob o risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, o próprio art. 55, §2º, I do CPC nos indica, ainda que de forma análoga, o cabimento da reconvenção em demandas revisionais, na medida em que autoriza a conexão entre a execução de título extrajudicial e a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico. Se a própria execução, que enseja procedimento 'privilegiado' do ponto de vista processual, é submetida a tal reunião, muito mais se admitirá à ação de conhecimento visando cobrar o débito contratual, em benefício não apenas da uniformidade da discussão e da tutela jurisdicional, mas da própria economia processual.

11.3. Controle judicial das condições da ação

11.3.1. A legitimidade ativa na revisão por imprevisão

No exercício de seu poder-dever de saneamento e apreciação, inclusive de ofício, das condições da ação (arts. 17, 357, I e 485, VI, CPC), um questionamento pode surgir ao juiz brasileiro ao analisar a legitimidade ativa nas demandas fundadas na aplicação da teoria da imprevisão: pela redação literal do art. 478 do CC, apenas ao *devedor* da obrigação reputada excessivamente onerosa cabe ajuizar demanda?

O art. 317 do CC, também comumente invocado com esse propósito, não chega a fazer tal distinção e permite à *"parte"* – sem especificar se devedor ou credor – requerer ao juiz a correção de desproporções por motivos imprevisíveis.

De início, o questionamento nos parece de pouca relevância prática. Na praxe dos relacionamentos contratuais duradouros é quase que intuitivo imaginar que é o devedor quem movimentará o judiciário em função de uma excessiva onerosidade em seu desfavor.

A opção legislativa brasileira (que é uma reprodução da italiana), como já se viu, difere da adotada em outros sistemas que permitem a revisão judicial com fundamento na imprevisão / alteração de circunstâncias. Ordenamentos civis como o português (art. 437) e o argentino (art. 1.198) estabelecem que a formulação da demanda cabe à *parte prejudicada* pela modificação da

circunstância e ordenamentos como o alemão (§313) e o russo[564], bem como os Princípios UNIDROIT 2016, em seu art.6.2.3(3)[565], permitem a qualquer parte o pleito de intervenção judicial.

Apesar da lógica prática, a limitação legal em teoria não tem a menor razão de ser[566]. Por razões comerciais ou mesmo como medida de mitigação de possíveis danos à continuidade do contrato, o credor da obrigação, mesmo diante de uma possível vantagem pecuniária momentânea decorrente da onerosidade excessiva à sua contraparte, pode ter interesse a tutelar e vir a juízo pleitear a demanda prevista no art. 478 do CC. Aliás, o próprio art. 479 do CC confirma que o credor (referido como *réu* pelo dispositivo legal), pode pretender a modificação das condições do contrato. Assumir que a parte pode ter interesse a ser tutelado pelo Estado e não autorizar a utilização do instrumento adequado para tanto implicaria violação do acesso à justiça (art. 5º, XXV, CF e art. 3º, CPC).

A interpretação ampliativa para controle da legitimidade ativa de demandas fundadas no art. 479 do CC se impõe também em função da nova concepção de contrato já adiantada anteriormente, no sentido de que não se concebem mais relações puramente binárias e sim contratos como figura complexa, em que os contratantes são ambos, mutuamente, devedores e credores de obrigações interdependentes.

Assim, não obstante a textual limitação prevista no art. 479 do CC, é totalmente defensável, à luz da vigente concepção de contrato como estrutura complexa e em vista do inafastabilidade do acesso à justiça, a legitimidade ativa do credor de obrigação excessivamente onerosa para vir a juízo demandar pela aplicação da teoria da imprevisão.

---

[564] Cf. ALEXEI G. DOUDKO, uma vez infrutífera a fase de renegociação entre as partes, qualquer contratante pode requerer judicialmente a sua modificação ou extinção (Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, p. 503).

[565] Apesar de prever que *"a parte em desvantagem em direito de pleitear renegociações"* (item 1), estabelece que *"cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal"* (item 3).

[566] No mesmo sentido é a opinião de RUY ROSADO AGUIAR JR. (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 63) e também de PAULO KHOURI, para quem a *"melhor técnica teria adotado o legislador brasileiro se tivesse procedido como o legislador português, que (...) empregou, no art. 437 de seu Código Civil, a expressão* parte lesada (...) *deixando bem claro que o acionamento do instituto pode dar-se por iniciativa de qualquer uma das partes contratantes"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 30).

11.3.2. A legitimidade ativa na revisão por onerosidade excessiva consumerista

No exercício de seu poder-dever de promover a aferição das condições da ação e, nesta tarefa, o controle da legitimidade ativa no âmbito da relação jurídica processual, uma das questões que podem emergir em demandas revisionais de contrato de consumo com fundamento na teoria da onerosidade excessiva é se há uma limitação da legitimidade ativa ao consumidor neste tipo de demanda.

Entendemos que a revisão judicial, sob o fundamento da teoria da onerosidade excessiva, é, sim, um instrumento legal colocado à disposição tão somente do consumidor e não do fornecedor – o qual, se prejudicado por uma situação de onerosidade excessiva, ainda que em contrato regulado pelo direito consumerista, deverá valer-se das regras previstas no CC sobre o tema.

Primeiramente, porque o art. 6º, V do CDC não deixa dúvidas ao arrolar a revisão contratual entre os *"direitos básicos do consumidor"*, não contemplando sua aplicação, indistintamente, a ambas as partes contratantes. Assim, ao fornecedor, caberá a aplicação das regras gerais civis (teoria da imprevisão), sujeitando-se, portanto, à exigência dos requisitos de o fato oneroso superveniente ser *extraordinário* e *imprevisível*.

Em segundo lugar, o direcionamento legal do CDC para uma teoria diversa daquela aplicada pelo CC teve como pano de fundo exatamente a finalidade de proteger a vulnerabilidade inerente à figura da parte mais frágil em contratos de consumo. Justamente por conta da vulnerabilidade do consumidor é que o direito objetivo optou por solução autorizativa da intervenção judicial com menos requisitos que aqueles exigidos na seara comum. Não faria sentido, portanto, que um contratante não qualificado de vulnerabilidade se beneficiasse da teoria mais protetiva[567].

Por se tratar de controle das condições de ação, tal poder-dever pode ser exercido pelo juiz de ofício, independentemente de qualquer manifestação das partes envolvidas, sem prejuízo à necessária oportunidade que deve ser dada às partes de se manifestarem, especificamente, sobre a questão suscitada, nos termos do art. 10, CPC.

---

[567] Nesse mesmo sentido é a orientação de TERESA ANCONA LOPEZ (Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 31-32).

11.3.3. A legitimidade ativa na revisão por lesão

A leitura do art. 157, §2º do CC nos conduz a outro questionamento: o pleito revisional com fundamento na lesão pode ser formulado pelo autor-prejudicado ou depende apenas de pedido do réu-favorecido?

Alguns sistemas preferiram esclarecer essa questão. O art. 954 do CC argentino, por exemplo, ao tratar da lesão, estabelece que *"el accionante tiene opción para demandar la nulidade o um reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará em acción de reajuste si éste fuere oferecido por el demandado al contestar la demanda".* O art. 283(1) do CC português, de igual forma, ao tratar da modificação dos negócios usuários, estabelece que *"em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade"* e o art. 283(2) prevê que, mesmo que o autor pleiteie apenas a anulação, *"a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio"*. Em sentido contrário, o art. 1448 do CC italiano – que muito inspirou a redação brasileira – é claro ao permitir à parte lesada *"domandare la rescissione del contrato"*, cabendo à parte ré a oferta de modificação (art. 1450, CC italiano).

No Brasil, ao contrário dos sistemas civis argentino e português, a disposição não indica, diretamente, essa possibilidade de escolha pelo autor-lesado e, de todo modo, também não atribui ao lesado expressamente a restrição da ação de rescisão tal como no sistema italiano. À primeira vista, a literalidade de nosso dispositivo legal até poderia levar ao entendimento de que a revisão do negócio como excepcional à regra da anulação deveria partir apenas do réu. E há quem assim entenda. Apesar de não concordar com a disposição e sugerir conclusão diversa, TERESA ANCONA LOPEZ[568] e WLADIMIR CUNHA[569] afirma, que a intenção do art. 157, §2º do CC foi limitar o pleito revisional ao réu.

Contudo, uma leitura mais atenta indica que apenas a concordância com a redução é atribuída à *"parte favorecida"*, sendo que o *oferecimento de suplemento suficiente* pode partir, na verdade, de qualquer das partes. É essa,

---

[568] Segundo a autora, *"o nosso legislador (...) optou pela anulação e não pela redução do valor pago, para a conservação do negócio jurídico. O legislador deveria escolher entre reduzir a prestação pela equidade e conservar o negócio jurídico ou anulá-lo, pois que o contratante que se locupletou da situação e, portanto, estava de má-fé (...) não podia ser prestigiado"* (Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 39).

[569] *Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007, pp. 167-168.

aliás, a orientação que consta no Enunciado 291 da IV Jornada de Direito Civil do CJF, ao dispor que *"pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço"*.

Compartilha-se, portanto, o entendimento de que, pela redação do art. 157, §2º, CC, o lesado é parte legítima para pleitear a revisão contratual, não sendo admissível ao juiz a extinção da ação sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa sob tal fundamento.

A orientação dos Tribunais parece também encampar essa possibilidade e não rejeitar a legitimidade do autor para formular pleito revisional com fundamento na lesão do art. 157, CC. Em pesquisa realizada no site do STJ com os termos "lesão e revisão" e filtro por fundamentação no referido dispositivo legal, entre os 5 (cinco) casos identificados (vide Anexo A), um deles analisou expressamente a questão e confirmou que *"na esteira da faculdade disciplinada para o devedor no art. 157, §2º do CC/02, é possível também reconhecer à vítima a opção pelo requerimento de mera revisão do contrato, em lugar de sua anulação"*[570].

11.3.4. O interesse de agir do lesado na revisão por imprevisão

A redação dos arts. 478 e 479 do CC remete a relevantes questionamentos processuais, especialmente quanto ao preenchimento de uma das condições da ação: o interesse de agir do autor para o pleito revisional. Um deles é se poderia a contratante prejudicada requerer a revisão ou estaria ela limitada apenas ao pedido de resolução.

Quanto a este questionamento, a lei objetiva brasileira não parece ter uma redação condizente com nossa prática jurídica. Como se viu em item antecedente, há, pelo menos, 4 (quatro) diferentes sistemas que podemos apontar em termos de admissão da revisão judicial de contratos e, em alguns deles, não há nenhuma dúvida quanto ao interesse de agir das partes para pleitear, diretamente, a revisão judicial da contratação. O BGB alemão é claro ao estabelecer que o prejudicado pode requerer, diretamente, a revisão do contrato diante de alterações de circunstâncias, sendo esta solução

[570] STJ, REsp nº 1.155.200-DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Ac., Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.02.2011.

expressamente preferida à resolução[571] e outros sistemas, como o português, holandês e polonês, deixam ao contratante prejudicado a escolha de optar entre a revisão ou a resolução do contrato.

A redação brasileira, importada da Itália, optou por positivar o cabimento apenas de pedido de resolução pela parte lesada, abrindo a oportunidade de revisão judicial apenas a depender do interesse da parte favorecida.

A disposição é, hoje, objeto de grande dissenso doutrinário. De um lado, há quem defenda a total impossibilidade de se admitir o pleito revisional da parte prejudicada com fundamento na imprevisão, sob a literal disposição da lei, reconhecendo uma "exclusividade" do réu-credor quanto ao pedido revisional[572] ou, ainda, que tanto o credor ou devedor pleiteiem, de imediato, apenas a resolução[573].

Por outro lado, há aqueles que sustentam, sob a perspectiva do direito material, que o fato de os arts. 478 e 479 não fazerem expressa referência à escolha da parte lesada, a revisão ainda assim caberia diante da necessidade de respeito aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual ou mesmo da ideia de adequação contratual[574].

---

[571] HANNES RÖSLER confirma a aplicação prática da disposição legal (Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, p. 509).

[572] Nesse sentido é a opinião de JOSÉ RICARDO PEREIRA LIRA ao defender que *"a única faculdade de agir deferida ao devedor tem por objeto o pedido de resolução da avença"* e *"é defeso ao devedor pleitear ao Judiciário a modificação do valor da prestação, à vista, não apenas do disposto no artigo 478 (...) mas também (...) por força da letra do artigo 479, que concede ao credor, com exclusividade, o poder de conservar o contrato, caso decida oferecer-se para modifica-lo em condições equitativas"* (A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de 'modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor'. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 446-447, 450 e 455) e também de ALFREDO JOSÉ RODRIGUES ROCHA DE GOUVEIA (Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, p. 195).

[573] Nesse sentido, PAULO KHOURI afirma que *inicialmente, o devedor ou o credor só podem pedir resolução e, posteriormente, se a parte contra quem for dirigida a resolução quiser a modificação, o contrato poderá ser, então, modificado. Se a outra parte não se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato, este será, então, resolvido"* (*A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 122).

[574] Nesse sentido: LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS defende que *"não haver razão para excluir da parte lesada tal direito, notadamente em face da nova dogmática contratual recepcionada no CC/02"* e que o juiz pode acatar *"em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual"* (Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes

Com total razão a segunda corrente. Primeiramente, sob uma perspectiva do próprio direito material, não se pode esquecer que, a despeito da redação dos arts. 478 e 479 do CC, o art. 317 e o art. 480 do CC não fazem referência a esta restrição, de modo que, sendo o pleito fundamentado em tais dispositivos – abrangidos pela imprevisão – já não se falaria em ausência de interesse de agir do autor-lesado.

Em segundo lugar, é possível a leitura do dispositivo legal no sentido de que, se o CC autoriza ao devedor pedir a resolução do contrato (a consequência mais gravosa), por lógica, não veda a este pedir a revisão do contrato (a consequência menos gravosa). O brocardo "quem pode o mais, pode o menos" tem plena pertinência nesta seara e, também sob o ponto de vista da inafastabilidade da jurisdição, justifica a intervenção judicial.

Em terceiro lugar, é possível extrair de nossa legislação civil a orientação de que nosso sistema prefere a conservação dos negócios jurídicos ao seu rompimento, quando possível. Essa *ratio* pode ser encontrada em nosso sistema de invalidades (arts. 170, 183 e 184, CC) e tem sido, acertadamente, incorporada por nossos tribunais – inclusive, para justificar a admissão de pedidos revisionais a despeito da literalidade do art. 478, CC[575].

Em quarto lugar, é correto o argumento daqueles que sustentam o interesse do pleito revisional em caráter principal pelo fundamento da observância da boa-fé objetiva. Como vimos em itens anteriores, a boa-fé foi justamente o fundamento dos tribunais alemães para desenvolver, na prática, a intervenção judicial em contratos impactados por alteração de circunstâncias, diante da inexistência de disposição legal a respeito do tema.

Tal conclusão, aliada a uma perspectiva processual-constitucional, não pode se furtar à efetiva concreção da inafastabilidade da tutela jurisdicional

---

(Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 374 e 379) e ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, para quem *"não obstante o texto tenha se referido à resolução, para, em seguida, cogitar da oferta revisional do réu (art. 479), está implícito, pelo sistema, ter a parte direito fundamental de exigir a adequação contratual"* e que, mesmo que o réu não concorde em modificar as condições contratuais, é *"permitido ao juiz ex officio (sendo do interesse do autor a modificação da cláusula contratual) fazer a revisão judicial do contrato"* (Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*., Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 662 e 665).

[575] No STJ, já se entendeu que *"Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170"* (STJ, REsp nº 977.007-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 24.11.2009).

inscrita no art. 5º, XXXV da CF e, agora, do próprio art. 3º do CPC, no sentido de que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito".* Se a lei objetiva confere ao jurisdicionado-contratante o direito (contraposição ao dever) de se manter em relações contratuais pautadas pela boa-fé e pela sua função social – e se, como já vimos, a socialidade contratual demanda a adequação econômica e social das contratações – não há qualquer razão para se manter, sob a leitura literal dos arts. 478 e 479 do CC, a restrição ao contratante prejudicado em pleitear a revisão ao invés da resolução contratual. Cabe ao direito processual disponibilizar ao jurisdicionado o instrumento adequado para se perseguir a correção da lesão e, ao final, obter a tutela jurisdicional pertinente ao direito invocado. A todo direito é oponível uma ação e, tratando-se de via necessária e adequada a perseguir tal pretensão, está presente o necessário interesse de agir.

Respondendo-se ao primeiro questionamento, portanto, entende-se que a contratante prejudicada pode requerer a revisão contratual com fundamento na imprevisão como pedido único em demanda revisional, não implicando a leitura literal dos arts. 478 e 479 do CC qualquer ausência de interesse de agir.

11.3.5. A adequação do pleito de revisão por imprevisão pelo réu: reconvenção?

Ao prever que a resolução por onerosidade excessiva pode ser evitada *"oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato"*, o art. 479 do CC nos leva a relevante questionamento no âmbito processual: assumindo que o pleito do lesado seja de resolução e o réu proponha a revisão contratual, qual a natureza jurídica dessa manifestação processual do réu que "oferece" a modificação do contrato debatido em juízo? Contestação, reconvenção ou pedido contraposto? A pergunta é importante pois cabe ao juiz aferir, de ofício, a adequação da via empregada pelas partes para formulação de seus pedidos, tratando-se o interesse de agir de condição da ação.

Como se sabe, à luz do pedido e causa de pedir apresentados pelo autor em sua petição inicial, ao réu cabe resistir por meio de contestação, alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor – sendo esta exitosa, a tutela jurisdicional obtida será a de mera improcedência da demanda. Caso queira formular pretensão própria que não se enquadre na simples improcedência e desde que conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, o réu deverá propor reconvenção, em capítulo próprio

na contestação ou de forma avulsa se optar por não contestar (art. 343, CPC). A reconvenção tem verdadeira natureza de ação (*demanda*), é provida de autonomia em relação à demanda do autor e se sujeita às mesmas condições e pressupostos de toda e qualquer ação.

No âmbito dos JECs (art. 31, Lei nº 9.099/95), a figura da reconvenção não é admitida, sendo, contudo, permitido ao réu, na própria contestação, *"formular pedido em seu favor"*, desde que fundado nos mesmos fatos que já constituem objeto da controvérsia – o pedido contraposto. Como ensina DINAMARCO[576], não há diferença substancial ou funcional entre o pedido contraposto e a reconvenção, convergindo ambos à mesma finalidade de ampliar o objeto do processo para incluir pretensão do réu.

Fora da regra geral de tais espécies, existe a excepcional hipótese das ações dúplices – ações em relação às quais a própria lei permite que a contestação, por si só, sirva como instrumento adequado à formulação de pleito pelo réu, independentemente de reconvenção ou pedido contraposto. Nas ações dúplices, por sua natureza, a tutela jurisdicional servirá de modo efetivo e exequível aos propósitos de ambas as partes, indistinta e independentemente da posição processual de cada uma delas, sendo desnecessária a ampliação do objeto do processo por meio de uma reconvenção ou pedido contraposto. A perda por um implica ganho por outro automaticamente, e vice-versa. É o caso, por exemplo, das ações de consignação em pagamento (art. 545, §2º, CPC), da ação de desapropriação por utilidade pública (art. 20, Decreto-lei nº 3.365/1941), da ação de divisão e da demarcação de terras particulares (arts. 569 a 598, CPC), da ação de exigir contas (art. 552, CPC) e, com alguma discussão[577], as ações possessórias (art. 556, CPC).

Não nos parece que a ação fundada na imprevisão tenha natureza dúplice.

Se o autor pleitear apenas a resolução do contrato por onerosidade excessiva, a improcedência de tal pedido leva apenas à declaração negativa quanto ao rompimento da relação contratual. A consequência prática é a manutenção do contrato, nos moldes em que originalmente pactuado pelas partes. A improcedência não leva, automaticamente, à revisão contratual em favor do réu se este assim requereu em sua resposta à demanda. A negativa de tutela ao autor-devedor não implica, como se vê, provimento jurisdicional ao réu-credor além da simples manutenção do contrato.

---

[576] *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 587.

[577] A doutrina discute se a previsão do art. 556 do CPC contempla uma verdadeira hipótese de ação dúplice ou de pedido contraposto.

De todo modo, independentemente de não se tratar de ação dúplice, também não nos parece ser essencial que a formulação da proposta de revisão seja feita pelo réu pela via reconvencional como única adequada ao acolhimento de seu interesse.

Há na doutrina quem afirme ser necessária a apresentação de reconvenção do réu para exercício da proposta revisional do art. 479 do CC sob o entendimento de que haveria uma ampliação do debate judicial (e sob a premissa de que o contratante lesado apenas pode requerer a resolução e não a revisão)[578]. Em sentido contrário – e com o qual se concorda – ÊNIO ZULIANI[579] sustenta o descabimento da via reconvencional pois a própria lei material permite a *"materialização da proposta revisional"* pela própria contestação e, no mesmo sentido, FLÁVIO YARSHELL[580] defende que o pleito revisional pelo réu pode se dar pela própria contestação pois o pedido se funda nos mesmos fatos referidos na inicial, não ensejando, propriamente, uma ampliação da demanda.

11.4. Controle judicial dos requisitos da Petição Inicial

11.4.1. Especificação da *'obrigação controvertida'* e do *'valor incontroverso'*

Cabe ao juiz, de ofício e no exercício de seu poder-dever de direção do processo, realizar o controle dos pressupostos processuais e saneamento de vícios processuais (art. 139, IX, CPC) e, especificamente no recebimento da demanda, cabe ao julgador o poder-dever de verificar o preenchimento dos requisitos da petição inicial e determinar sua emenda, de forma precisa, na hipótese de não se ter preenchido tais requisitos ou a petição inicial apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito

---

[578] Cf. ALFREDO JOSÉ RODRIGUES ROCHA DE GOUVEIA. Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, p. 195.

[579] Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*, Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 653.

[580] A orientação foi defendida por FLÁVIO YARSHELL em trabalho publicado sob a vigência do CPC de 1973 e, nesse contexto, além de refutar a natureza dúplice desse tipo de ação, sustentou que a formulação de pleito revisional pelo réu poderia se dar (i) na própria contestação, na forma de pedido contraposto, nos procedimentos sumário e sumaríssimo (vigentes sob a égide do CPC 1973) e (ii) na própria contestação, independentemente de reconvenção, no procedimento ordinário (vigente sob a égide do CPC 1973) (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice"? *Estudos em homenagem à Professoria Ada Pellegrini Grinover*, Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, 1ª ed., São Paulo, DJP Editora, 2005, pp. 569 e 573).

(art. 321, CPC) – a qual, se não realizada, ensejará, aí sim, o indeferimento da inicial.

O pedido (e suas especificações) é um dos elementos essenciais da petição inicial (art. 319, IV, CPC). Se é por meio da inicial que a parte inaugura o processo, é pelo pedido que a parte indentifica e fixa os limites da demanda e, portanto, da atuação jurisdicional. O pedido é, nas palavras de CÂNDIDO DINAMARCO[581], *"a manifestação da vontade de obter do Estado-juiz um provimento jurisdicional de determinada natureza, sobre determinado bem da vida e em face de determinada pessoa"* – sendo comumente desmembrado em *imediato* (provimento jurisdicional propriamente dito) e *mediato* (o bem da vida almejado).

Nesse sentido, a *certeza* e *determinação* do pedido têm contornos especiais em ações revisionais de cláusulas contratuais. O art. 330, §§2º e 3º do CPC dispõe, particularmente para ações que tenham por objeto a *"revisão"* de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, que o autor deve discriminar na petição inicial (i) qual é exatamente a obrigação que pretende controverter, entre todas as obrigações contratuais previstas no contrato e (ii) quantificar o valor incontroverso do débito, o qual deverá continuar a ser pago no tempo e modo pactuados originalmente no contrato – ambos sob pena de inépcia da inicial e seu consequente indeferimento.

O histórico de tal determinação passou por algumas indefinições.

A previsão, em parte, já existia por força da Lei nº 10.931/2004. A referida lei teve por objetivo trazer disposições que padronizassem e tentassem promover mais segurança jurídica ao mercado imobiliário e aos contratos (especialmente bancários) praticados nesse setor. Nesse contexto, uma de suas determinações passou a ser a previsão, em seu art. 50[582], da especificação da obrigação controvertida e a quantificação do valor incontroverso do contrato envolvendo empréstimo, financiamento e alienação imobiliários, como forma de facilitar às instituições concessivas de crédito executar contratos durante eventual questionamento em juízo. A disposição, contudo, contém outras previsões processuais que não foram encampadas pelo CPC: por exemplo, o art. 50, §3º ao §5º da referida lei dispõem que, se houver concordância do réu, o autor da ação pode ter suspensa a exigibilidade da obrigação controvertida

---

[581] *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 437.

[582] "*Art. 50 - Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia"* (Lei nº 10.931/2004).

mediande depósito na própria instituição financeira credora ou outra por esta indicada, cabendo ao juiz dispensar tal depósito apenas em caso de *"relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor"*, sendo vedada a suspensão liminar da inexigibilidade da obrigação sob a alegação de compensação com valores pagos a maior sem o aludido depósito.

A ideia já havia, de certo modo, sido refletida no antigo art. 285-B do CPC/73, incorporado ao código por força da Lei nº 12.810/2013 – tal dispositivo exigia do devedor, na inicial, a obrigação controvertida e o valor incontroverso do contrato, porém se aplicava a todos os *"litígios que tenham or objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil".* A disposição, contudo, era criticada por sua inconstitucionalidade. Isso porque, a Lei nº 12.810/2013 é fruto da conversão da Medida Provisória nº 589/2012, que dispunha sobre o parcelamento de débitos junto à Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, DF e Municípios e, nesse processo de conversão no Senado, foi acolhida proposta de um senador para incluir dispositivo com a redação do art. 285-B no CPC/73. Entre as diversas críticas, contudo, destaca-se que (i) a Medida Provisória, ainda que convertida em Lei, não poderia alterar norma processual, nos termos do art. 62, §1º, I, *b* da CF, (ii) a inclusão estritamente processual não guardava pertinência com o objeto tratado pela Medida Provisória, em contrariedade ao art. 7º, II da Lei Complementar 95/98[583] e (iii) teria havido violação ao processo legislativo previsto no art. 59 da CF, com a peculiaridade de que já estava em curso a tramitação do projeto daquele que viria a ser, em 2015, o novo CPC. Independentemente de tal histórico, fato é que a discussão perdeu seu objeto com a promulgação do CPC 2015.

A recepção de tal ideia pelo atual CPC, apesar de não ter se dado de forma integral em relação ao que já se previa na Lei nº 10.931/2004, deu maior amplitude a esse novo "filtro" processual. Se, pela referida lei, a determinação era voltada apenas a negócios imobiliários e para contratos envolvendo instituições financeiras, agora, pelo menos à primeira vista, passa a ser aplicável a contratos de *"empréstimo, financiamento ou alienação de bens"* de modo geral (não apenas imobiliários) e independentemente das partes contratantes (firmados ou não com instituições financeiras).

Ou seja, é possível concluir que houve uma relevante criação legal de novo requisito processual específico para demandas que envolvam a revisão

---

583 *"Art. 7º - (...) a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão"* (Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis).

judicial de contratos. A bem da verdade, a amplitude dada pelo dispositivo, ao incluir ações que tenham por objeto a revisão de obrigações decorrentes de *"alienação de bens"* alberga a grande maioria de contratos usualmente submetidos ao Poder Judiciario para revisão, compreendendo contratos de compra e venda de bens móveis e imóveis, contratos de fornecimento, distribuição etc. e todos eles independentemente da natureza das partes envolvidas – se empresariais, se de consumo, se firmados com instituições financeiras etc.

A exigência de caráter processual é bem-vinda por sua finalidade em ações revisionais em ações de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, mas algumas ponderações são necessárias do ponto de vista do poder-dever de direção do julgador quanto a esta determinação para que não se inviabilize o acesso à justiça a contratantes em maior situação de vulnerabilidade.

Quanto ao seu aspecto positivo, destacamos seus benefícios à estabilidade do mercado (viés econômico) e à delimitação objetiva da lide (viés processual). A finalidade pretendida quando da edição da Lei nº 10.931/2004, que inspirou a atual disposição do art. 330 do CPC, havia sido responder a uma pressão do mercado para estabilização das operações (à época, apenas imobiliárias) de longa duração, de modo que a execução do contrato não pudesse ser obstada mediante pleitos pontuais de revisão. De certa forma, permitir que a operação permaneça vigente e exequível mesmo quando algum de seus pontos é disputado e controvertido em juízo – este sim, sujeito a possível suspensão –, mantém viva a economia e os negócios em curso. Sem dúvida, é uma positivação que reflete um reconhecimento da importância do agente econômico para o mercado e de que a estabilidade das operações tem sua função social.

De outro lado, do ponto de vista processual, a exigência de que as obrigações controvertidas sejam claramente apontadas traz estabilidade à demanda ao delimitar o potencial ponto de interferência judicial. A ideia está totalmente em linha com a primazia do princípio da adstrição da tutela jurisdicional ao pedido da parte, já tratado em capítulo específico neste trabalho. Além disso, tal delimitação poderá estimular que a parte contratante-devedora não se valha de ações revisionais para justificar eventuais inadimplementos, evitando-se assim práticas oportunistas e que não se coadunem com a boa-fé no uso do instrumento processual. No mais, a exigência está em linha com a determinação legal de que o pedido deve ser *certo* (art. 322, CPC) e *determinado* (art. 324, CPC) – ou seja, deve, de um

lado, ser expresso e não implícito (decorrer de forma clara e indene de dúvidas do pleito de provimento jurisdicional, seja ele em caráter principal, seja em caráter alternativo ou subsidiário) e, de outro, deve especificar claramente sua quantidade e qualidade, justamente como forma de delimitar a atuação jurisdicional.

Aliás, os contornos e especificidades do art. 330, §§2º e 3º do CPC dão, inclusive, uma diferente roupagem ao disposto no art. 322, §2º do CPC. Como se sabe, nosso novo ordenamento processual parece ter, senão abandonado ao menos flexibilizado, o critério da interpretação restritiva dos pedidos (antes preconizada pelo antigo art. 293 do CPC/73) ao introduzir a ideia de que a interpretação do pedido, pelo juiz, considerará o *"conjunto da postulação"* e observará a boa-fé (art. 322, §2º, CPC). De fato, a preocupação denota um certo aumento da margem de cognição judicial para evitar que pretensões não sejam apreciadas apenas por má formulação de pedido – problema, aliás, imputável ao advogado no exercício da técnica processual e não propriamente à parte. Contudo, em ações revisionais, tal flexibilização parece ser limitada pela necessidade de indicação clara quanto à especificação da obrigação controvertida e a quantificação do valor das prestações contratuais não controvertidas e não comportar o mesmo alcance.

Os benefícios da disposição foram destacados já pelo próprio STJ que, nessa mesma linha, confirmou que a exigência está de acordo com o processo civil moderno, na medida em que (i) a indicação da obrigação a ser revisada faz com que *"a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes"*, (ii) a indicação do valor não controvertido *"proporciona melhor compreensão da dimensão do litígio, da lesão ao direito envolvido, além de permitir a demonstração da verossimilhança do direito invocado"* e, de modo geral (iii) contribui para reforçar o papel *"institucional e social do direito contratual"*, com a *"a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos"* [584].

Como adiantado, contudo, a exigência legal deve comportar alguns temperamentos para não se inviabilizar o acesso à justiça a contratantes mais vulneráveis por meio do indeferimento da inicial sob o fundamento da inépcia, na hipótese de não atendimento aos requisitos do art. 330, §§2º e 3º, CPC. Tal temperamento pode (e deve) ocorrer por meio do nivelamento do poder-dever

[584] Nesse sentido: STJ, RESP 1.163.283-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 07.04.2015, Informativo nº 561 de 4 a 17.maio.2015.

de direção do processo pelo juiz e a natureza da contratação e vulnerabilidade das partes pode ser importante para esse nivelamento.

Isso porque, muitas vezes, é extremamente difícil a quantificação do que o código optou por chamar de *"valor incontroverso do débito"*. Aliás, neste ponto específico, um parêntesis: o termo "incontroverso" aqui não tem o sentido processual referido nos arts. 80, I, 341, 356, I, 374, III ou 523 do CPC, os quais são pertinentes a questões a respeito das quais não houve impugnação específica pela parte contrária e foram reconhecidos como ponto da lide a ensejar tutela jurisdicional. O *"incontroverso"* mencionado no art. 330, §§2º e 3º, CPC tem, na verdade, conotação extraprocessual e não endoprocessual para se referir àquelas obrigações que não estão sendo disputadas em juízo e que não serão, portanto, objeto da tutela jurisdicional revisional requerida na petição inicial.

Feito tal esclarecimento, fato é que a exigência legal de quantificação do valor das obrigações contratuais não disputadas deve ser avaliada pelo julgador com prudência e nem sempre poderá ser considerado um prossuposto intransponível da constituição válida e regular do processo de revisão de contrato.

A depender do modelo de contratação e das partes envolvidas, é possível que o contratante-devedor simplesmente não tenha condições técnicas ou mesmo acesso a determinados elementos, pelas especificidades dos critérios de cálculo empregados na contratação, de apontar qual o impacto financeiro da disputa de determinadas obrigações na contratação geral. Pode ser que o cálculo dependa de conhecimentos técnicos específicos ou mesmo de informações que são detidas apenas (ou mais facilmente detidas) pela parte contrária, que sequer foi ainda chamada a integrar a lide.

É razoável defender, portanto, que em relações de duração mantidas por meio de contratos interempresariais paritários, em que as contratantes têm estruturas mais desenvolvidas, geralmente com envolvimento de equipes financeiras, contábeis e jurídicas, todas cientes dos impactos que eventuais revisões de obrigações podem ensejar, a exigência processual se mantém firme. Ao aplicá-la, o julgador, de fato, estimula as finalidades sociais e processuais pretendidas pela disposição legal e não há prejuízo ao exercício do direito de ação e tampouco ao de defesa dos contratantes envolvidos.

Contudo, em relações de consumo ou mesmo em relações eminentemente civis mas de simples adesão em que uma das partes seja dotada de alguma espécie de vulnerabilidade ou não-paridade, por exemplo, a quantificação pode ser um ônus excessivo e indesejado à luz da busca de um

processo *justo*. Não é difícil ilustrar esse empecilho: em contratos de financiamento imobiliário, a formação do preço mensal despendido é de difícil reprodução ao público que não está inserido no mercado bancário – o valor das prestações leva em consideração diversos componentes, como o preço do bem em si, os juros aplicáveis, tarifas de avaliação do bem, tarifas de administração de contrato, seguro, entre outros componentes, todos sujeitos a critérios diferentes de reajuste no tempo. Se a revisão, neste caso, se limitar às tarifas de administração do contrato, é extremamente difícil dizer em quanto tal ponto impacta no preço de cada uma das parcelas mensais, as quais, a rigor, se mantêm exigíveis até decisão em sentido contrário.

Impedir o prosseguimendo das demandas revisionais sob o argumento de que a exigência do art. 330, §2º do CPC se aplique a todo tipo de ação revisional, indistintamente, pode, portanto, prejudicar indevidamente o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF e art. 3º, CPC).

Neste ponto, nos parece razoável defender que a indicação do valor não disputado na ação revisional (valor do contrato menos o valor da obrigação disputada) pode vir a se relacionar mais a uma fase de produção de provas do que à fase postulatória propriamente dita em alguns casos e tal conclusão justifica a importância de considerarmos a natureza da relação contratual e as características dos contratantes para valorar a exigência de indicação do valor pertinente como requisito da petição inicial.

Para tanto, pelo menos 3 (três) aspectos processuais merecem compatibilização no exercício desse poder-dever judicial.

Primeiramente, ao exigir que a parte autora, indistintamente de quem seja, cumpra a determinação do art. 330, §2º do CPC, o juiz pode contribuir com a indevida atribuição à parte de um ônus à produção de prova diabólica, situação vedada pelo art. 373, §2º, CPC.

Em segundo lugar, a parte pode requerer (e o juiz pode, inclusive, decidir de ofício) a inversão do ônus da prova a respeito de determinado fato se demonstrar a excessiva dificuldade em apresentar os cálculos ou a maior facilidade da parte contrária em apresentá-lo, nos termos do art. 373, §1º, CPC. Val lembrar, nesse mesmo sentido, que um dos direitos básicos do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, é a facilitação da defesa de seus direitos, que poderá ocorrer por diversos meios, entre os quais, a inversão do ônus da prova no processo civil quando, a critério do julgador, a alegação do consumidor for verossímil ou quando esse for hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência. Aqui, a quantificação não é propriamente um fato a ensejar comprovação como contexto da causa de pedir (que pode se

fundar na abusividade, na onerosidade excessiva etc.), mas sim de requisito e também consequência patrimonial do próprio pedido e de igual importância para o deslinde do caso concreto. Portanto, por servir também ao próposito de especificação do *quantum debeatur* e não apenas de atendimento a requisito da petição inicial, se aplicaria perfeitamente o requerimento de invenção do ônus probatório a esta finalidade.

Em terceiro e último lugar, a disposição do art. 333, §2º, CPC deve ser lida de forma coerente com a do art. 324, II e III, CPC, que excepciona a regra de que o pedido deve ser determinado, permitindo formulação de pedidos genéricos (os quais incluem pedidos sem atribuição de valor patrimonial específico) quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do fato ou ato e quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Assim, se o autor-devedor não tem ao seu alcance (ou até tem, mas de forma excessivamente onerosa) mecanismos para aferiação do valor da obrigação disputada ou se o réu-credor puder disponibilizar tais mecanismos de forma mais fácil e menos onerosa, não há porque se exigir que o autor indique o respectivo valor na inicial sob pena de inépcia e indeferimento.

Assim, em conclusão, a aplicação da exigência do art. 330, §2º do CPC como pressuposto para a constituição válida e regular do processo e recebimento da petição inicial não deve se dar indistintamente, sendo recomendado, à luz da ideia de processo justo e no âmbito do exercício do poder-dever de direção do processo pelo juiz, a valoração da natureza contratual debatida e das características das partes envolvidas e seu impacto para o atendimento de tal ônus processual.

11.4.2. Requisitos da inicial em ação revisional de aluguel

Em relação aos requisitos da inicial, o art. 68, I da Lei de Locações prevê a sujeição da ação revisional de aluguel aos arts. 276 e 282 do CPC 1973, pertinentes, respectivamente, à apresentação de rol de testemunhas, formulação de quesitos e indicação de assistente técnico na inicial (típicos de demandas antes formuladas sob o rito sumário) e aos requisitos gerais da petição inicial.

Entendemos que a referência ao primeiro requisito caiu por terra com o advento do CPC 2015. Isso porque, apesar de o art. 68 da Lei de Locações – que prevê a adoção do rito sumário para ações revisionais de aluguel – não ter sido expressamente modificado pelo CPC de 2015, o novo código processual

extinguiu o rito sumário (art. 1.046, CPC) e introduziu a figura do procedimento comum, ressalvando a previsão de procedimentos especiais (art. 318, CPC). Se a finalidade de tal disposição era conferir, em tese, mais celeridade a determinados tipos de demanda por meio da criação de *ritos* e hoje essa diferenciação não mais se sustenta, não há que subsistir a exigência da atual redação do art. 68 da Lei de Locações, nos moldes como redigido[585]. A não ser que eventual reforma legislativa adeque essa redação na Lei de Locações e mantenha tais determinações específicas, mesmo diante da extinção do rito sumário pelo CPC, não há que se exigir tais requisitos aos autores das ações revisionais de aluguel.

Vale destacar, contudo, que o CPC 2015 adota uma regra diferenciada de direito intertemporal para ações já ajuizadas pelo rito sumário, sob a vigência do CPC 1973. Ao contrário do critério do *sistema do isolamento dos atos processuais*[586] adotado pelo art. 14 do CPC, o art. 1.046, §1º do CPC adota como critério para essas ações – entre as quais podem se incluir as ações revisionais de aluguel – o *sistema das fases processuais*, ao prever que, para as ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do CPC 2015 (março/2016), prevalecerão as disposições do CPC 1973. E mais: ainda que o art. 1.046, §2º do CPC preveja que *"permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis"*, nos parece que tal disposição almeja alcançar disposições que, diretamente, disponham sobre um procedimento específico e não previsões legais que, de modo indireto, se refiram a exigências processuais de um código revogado, tal como ocorre no presente caso. Consequentemente, é razoável defender que, para ações revisionais de aluguel ajuizadas e não sentenciadas até o advento do CPC 2015 são exigíveis todos os requisitos da inicial previstos no art. 68 da Lei de Locações; para as novas ações, entende-se ser inexigível o requisito do art. 68 relacionado ao art. 276 do CPC 1973 (apresentação de rol de testemunhas, quesitos e indicação de assistente técnico) para recebimento da petição inicial.

---

[585] Ressalvando entendimento doutrinário em sentido contrário de FERNANDO FARIA MILLER (Livro Complementar – Disposições Finais e Transitórias: arts. 1.045 a 1.047. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coords. Angélica Arruda Alvim et. al., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 1226).

[586] Em termos de aplicação de direito intertemporal, é corrente a indicação de, pelo menos, 3 (três) possíveis sistemas: (i) o sistema da unidade processual, pelo qual se aplica o mesmo direito para todo o processo, em sua integralidade; (ii) o sistema das fases processuais, pelo qual o direito mais novo se aplica apenas a partir de uma determinada etapa processual e (iii) o sistema do isolamento dos atos processuais, adotado pelo art. 14 do CPC 2015, pelo qual o novo direito se aplica imediatamente a partir de sua vigência, respeitando porém, os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

E não bastasse a nova leitura proposta ao art. 68 da Lei de Locações, o próprio conteúdo da determinação legal já ensejaria discussões quanto ao impacto processual das exigências à petição inicial em ações revisionais de aluguel. A finalidade da indicação de rol de testemunhas e de assistente técnico e quesitos (intimamente ligada à pretérita escolha pelo rito sumário), na verdade, se relaciona à própria produção de provas na demanda e não a um requisito propriamente para o processamento do pleito autoral. Quando muito, sua inobservância poderia suscitar discussão quanto à perda de um direito da parte autora de requerer tais provas (testemunhal e pericial) por preclusão, mas não a inépcia da inicial e extinção do processo sem julgamento de mérito.

E ainda que se cogitasse de tal descumprimento na petição inicial, é difícil conceber que tal omissão implicaria a não realização da prova. Primeiro porque é um contrassenso se exigir do autor a indicação das provas que pretende produzir antes mesmo de saber se o réu controverterá seu pedido e, se o controverter, em que medida o faria. Apenas após a defesa é possível se aferir o interesse das partes na produção de provas, em especial as técnicas. E mais, ainda que as partes não requeiram sua produção, o juiz tem o poder-dever de determinar, de ofício, a realização de provas – e, especialmente, a produção de prova pericial, considerada pela prática jurisprudencial como inevitável para que o magistrado possa arbitrar o adequado valor locativo de um imóvel.

Já em relação aos demais requisitos da inicial, não há grandes dúvidas quanto à absorção da referência do art. 68 da Lei de Locações ao art. 282 do CPC 1973 pela nova disposição do art. 319 do CPC 2015, com suas pontuais modificações.

11.4.3. Vedação ao pedido genérico em ações revisionais de aluguel

Uma das mais expressivas especificidades a autorizar o exercício do poder revisional judicial nesta sede recai sobre a *vedação aos pedidos genéricos* em ações renovatórias de locação. Nesse sentido, o art. 68, I da Lei de Locações é claro ao prever que *"a petição inicial deverá indicar o valor do aluguel cuja fixação é pretendida"*, sendo incumbência do juiz, ao receber a inicial, que determine sua emenda caso se depare com pedido genérico (p.ex., em valor de mercado a ser apurado em perícia) e, não sendo suprida a determinação, que indefira a inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Vale dizer, há uma exigência legal de que o pedido da ação revisional –

que já é *certo,* ou seja, individualizando o objeto da revisão: o aluguel –, seja também determinado ou líquido em relação ao seu *quantum.*

A prática não revela substanciais exemplos de indeferimento da inicial pela ausência de indicação de valor cuja fixação é pretendida por meio da ação revisional, sendo corrente no expediente judiciário que a parte autora apresente, juntamente com a inicial, documentos ou mesmo pareceres com a avaliação do valor que entendem cabível para a revisão do aluguel. Contudo, a jurisprudência não tem se mostrado uniforme no tratamento da limitação do poder revisional do juiz em ações revisionais de aluguel quanto à observância do valor indicado pelo autor na petição inicial.

É possível notar essa divergência mesmo em acórdãos contemporâneos. Apesar de uma perceptível prevalência de julgados[587] em que se exige a indicação expressa do valor de revisão pleiteado pelo autor de demanda, a ser considerado como limite máximo da condenação em caso de procedência, há decisões em sentido diametralmente oposto.

Na década de 90 (em que ainda se faziam notar os efeitos inflacionários), o STJ chegou a admitir a formulação de pedidos genéricos em ações revisionais de aluguel, como mera *"estimativa"* a ser confirmada por meio de perícia à qual caberia, por sua vez, estabelecer o verdadeiro valor de mercado do aluguel e cabendo ao juiz a fixação em valor superior ao estimado com base no *princípio da equidade*[588]. Mais recentemente, há decisões do TJSP defendendo que a ação revisional *"inspira-se no princípio da equidade, cabendo ao julgador atribuir o quantum que lhe pareça mais justo, refletindo o valor de mercado"*[589] e que não haveria violação ao princípio da congruência

---

[587] Nesse sentido: TJSP, Apelação nº 1010619-37.2015.8.16.0554, Rel. Des. Fortes Barbosa, 29ª Câm. D. Privado, j. 18.10.2017; TJSP, apelação nº 0018662-41.2012.8.26.0309, Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câm. D. Privado, j. 10.07.2017.

[588] Nesse sentido: STJ, REsp nº 48.622-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T., j. 06.10.1997; *"em época de acentuada espiral inflacionária, não se deve atribuir excessivo rigor formal à estimativa do aluguel formulada na petição inicial, podendo o julgador excepcionalmente, inspirado pelo princípio da equidade, fixar o valor do preço locativo em montante superior ao reclamado"* (STJ, REsp nº 1.1339-RJ, julgamento não unânime, Rel. Min. Para Acórdão Barros Monteiro, 4ª T., j. 02.10.1990); *"não caracteriza julgamento ultra petita a fixação de aluguel na ação revisional acima do pedido, em face do juízo de equidade admitido no art. 16 da lei de luvas e da notória instabilidade do valor da moeda"* (STJ, RESP 4.223-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, 3ª T., j. 09.10.1990) e "a revisional inspira-se no princípio da equidade, por isso que ao julgador é dado atribuir o valor que lhe pareça justo" (STJ, REsp nº 6.603-CE, Rel. Des. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 02.04.1991).

[589] TJSP, Apelação nº 0048759-75.2012.8.26.0001, Rel. Des. Francisco Occhiuto Junior, 32ª Cam. D. Privado, j. 01.12.2016. No mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 0069830-33.2012.8.26.0002, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, 28ª Câm. D. Privado, j. 18.10.2016 e TJSP, Apelação nº 0107471-52.2012.8.26.0100, Rel. Des. Cristina Zucchi, 34ª Câm. D. Privado, j. 14.09.2016).

"pois o pedido essencialmente é de revisão, não passando a indicação de valor de uma simples expectativa da parte, que se formula apenas para atender determinação legal (artigo 68, I, da lei 8.245/91)"[590].

Com o devido respeito, esta última orientação não parece ser a mais adequada à própria finalidade do art. 68, I da Lei de Locações, nem tampouco à noção de processo cooperativo, além do que o princípio da equidade parece não ter o alcance pretendido a ponto de autorizar a 'livre' quantificação do pedido pelo magistrado.

Primeiramente, devemos ter sempre em mente que a lei, como regra, não contém disposições inúteis. Defender que a indicação do valor do pleito revisional serviria de mera expectativa não-vinculativa às partes e ao juiz, implicaria esvaziar totalmente a disposição do art. 68, I da Lei de Locações. Se a finalidade de tal dispositivo legal não for, de fato, a de se exigir ao autor a liquidação de seu pleito, qual seria?

Importante destacar neste ponto que, observando os ditames de um processo cooperativo, em que se exige um eficaz diálogo entre os sujeitos processuais e se veda decisões-surpresa, é dever do magistrado, ao determinar a emenda da inicial na hipótese de se deparar com um pedido genérico em ação revisional de aluguel, destacar, com fundamento no art. 68, I da Lei de Locações, o valor a ser liquidado na formulação do pedido será considerado como parâmetro máximo (teto) para a prolação de julgamento. Em relação a isso, inclusive, a jurisprudência, estranhamente, não tem se mostrado uniforme, conforme se demonstrará em capítulo pertinente a seguir sobre a definição do *quantum* revisional.

Atrelada à questão da necessária liquidação do pedido revisional pela petição inicial, não se pode deixar de abordar a exigência legal de que a contestação do réu contenha *"contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido"* (art. 68, IV, Lei de Locações).

Antes de se analisar a influência de tal liquidação para os poderes revisionais do juiz, é importante esclarecer a seguinte questão: a disposição acima implica reconhecer que a contestação em ação revisional de aluguel tem natureza dúplice, ou haveria necessidade de específica e expressa formulação de pedido reconvencional?

A doutrina não é pacífica neste aspecto. De um lado, há quem, a exemplo de LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI[591], afirme que *"nenhuma das*

[590] TJSP, Apelação nº 0004389-87.2012.8.26.0008, Rel. Des. Antonio Rigolin, 31ª Câm. D. Privado, j. 16.06.2015.

ações locatícias se enquadra no conceito de ação dúplice", de modo que haveria uma *"indispensabilidade da reconvenção para o réu que quer sair do processo com mais do que a tal declaração negativa".* Por outro lado, há quem afirme, a exemplo de ANTONIO CARLOS MARCATO[592], que a resposta do réu tem natureza dúplice, permitindo que este, em resposta, formule pleito. Na jurisprudência também há julgados em ambos os sentidos[593].

A discussão, contudo, pode ter ganho novos contornos com o advento do CPC 2015. Como já mencionado anteriormente, a Lei de Locações originalmente prevê diversas disposições de procedimento da ação revisional atreladas ao procedimento sumário, agora extinto pelo CPC 2015. O antigo art. 278 do CPC 1973 permitia ao réu, nas ações de rito sumário, *"formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial"* – o denominado *pedido contraposto.* Talvez por conta de tal permissivo se justificasse, com maior ênfase, a orientação de que a revisional de aluguel se trataria de ação dúplice.

Contudo, com a extinção do rito sumário pelo CPC 2015 e de acordo com os argumentos já defendidos acima, entende-se que a ação revisional de aluguel não tem natureza dúplice, demandando formulação de pedido reconvencional caso o réu pleiteie, em sentido inverso ao pretendido na inicial, reduzir ou majorar o valor locatício. O ar. 68, IV da Lei de Locações, aliás, ao fazer referência a uma *contraproposta* em caso de discordância quanto ao valor pleiteado na inicial, não necessariamente significa tratar-se de um pleito de natureza reconvencional. Se o autor pleiteia, p. ex., a redução do aluguel pactuado em R$20.000,00 para R$10.000,00, o réu pode, sob este fundamento, e em caráter subsidiário, protestar em sua contestação que, na hipótese de se acolher a tese de redução, o valor não seja reduzido em valor inferior a R$15.000,00 – ainda assim seria uma contraproposta em caso de discordância.

---

[591] A tutela do réu nas ações locatícias de imóvel urbano. *Processo Imobiliário: questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis*, Coord. Fabiano Carvalho; Rodrigo Barioni, São Paulo, Forense, 2011, p. 293.

[592] Segundo o autor, *"o interessado na alteração promoverá a ação revisional, sempre restando ao réu a possibilidade de igualmente pleitear a revisão, para tanto ofertando, na contestação (independentemente, pois, de reconvenção), a sua respectiva contraproposta"* (Breves considerações sobre a revisão do aluguel. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: **https://jus.com.br/artigos/3020**, publicado em julho-2002).

[593] *"a ação revisional não tem natureza dúplice, sendo inadmissível a fixação do aluguel em valor inferior ao vigente. Se o aluguel apurado por perícia é inferior ou igual ao vigente, a ação é improcedente"* (TJSP, Apelação nº 575614-00/6, Rel. Des. José Malerbi, Extinto 2º TAC, j. 26.04.2000) e, em sentido contrário, *"ante o teor controverso da fixação de honorários em se tratando de ações de caráter dúplice, como a ação revisional de alugueis"* (TJSP, Apelação nº 9184200-48.2007.8.26.0000, Rel. Des. Andrade Neto, 30ª Câm. D. Privado, j. 14.03.2012).

Contudo, tal dispositivo não autoriza que o réu, sem a formulação propriamente de um pedido reconvencional (e, consequentemente, atendendo aos requisitos de toda e qualquer inicial, inclusive recolhimento de custas), pleiteie não só a improcedência total do pleito do autor, mas o aumento do aluguel para R$25.000,00. Caso não formule o pedido reconvencional, a improcedência da ação revisional levará tão somente à manutenção do aluguel tal como pactuado.

Por outro lado, se a *contraproposta* não for feita pelo réu em caráter subsidiário em sua defesa e sim em caráter principal, sem impugnar na totalidade a pretensão do autor, tal conduta implicará reconhecimento – ao menos parcial – da procedência do pedido, ensejando julgamento de mérito nos termos do art. 487, III, *a*, CPC.

Nas ações revisionais de aluguel, portanto, os limites dos poderes decisórios do juiz em relação à atribuição da revisão locatícia deverão observar fielmente à limitação objetiva promovida pelas próprias partes em sua inicial e em sua contestação e eventual reconvenção, não devendo aumentar ou reduzir o preço locatício fora de tais parâmetros, ainda que eventual perícia garanta o amparo probatório para tanto.

11.4.4. Poder de adequar o valor da causa de ofício (art. 292, §3º, CPC)

A atribuição do valor da causa às demandas é, como se sabe, um dos requisitos da petição inicial, conforme a previsão do art. 319, V, CPC. Atualmente, por força do art. 292, §3º do CPC o juiz passa a deter, expressamente, o poder de corrigir, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que o valor atribuído pela parte *"não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor"* – regra esta também aplicável a pedidos reconvencionais.

Importante lembrar que, à parte, cabe impugnar o valor atribuído à causa pela inicial em sede de preliminar de contestação, sob pena de preclusão (art. 293, CPC), não se aplicando tal exigência na hipótese de o verdadeiro valor econômico da demanda vir a ser descoberto ao longo da tramitação do processo, quando caberia, em tese, pedido superveniente de adequação do valor da causa. Tal preclusão, contudo, à oponível apenas à parte por força do art. 293, CPC, não cabendo sua alegação ao poder-dever de adequação do valor da causa pelo juiz, exercível a qualquer tempo.

A nova disposição legal é muito bem-vinda em termos de aproveitamento do processo. Como o juiz passa a poder corrigir de ofício o valor da causa, a rigor, não se cogita mais de indeferimento da petição inicial por ausência de emenda da parte neste ponto, tal como previsto no art. 321 *caput* e parágrafo único, CPC. Haverá indeferimento da petição inicial (ou reconvenção) apenas se o juiz corrigir o valor da causa para adequá-lo e parte não recolher as custas (taxa judiciária) correspondentes a este aumento, mas não mais pela ausência de correção do valor pela parte.

A importância da atribuição de um valor da causa que reflita o montante patrimonial envolvido nas demandas é inegável. Tal quantificação é essencial para fins (i) de determinação de competência, em alguns casos; para fins de base de cálculo (ii) de sanções processuais, como p.ex., a multa por violação de deveres processuais (até 20%, cf. art. 77, §§2º, CPC), multa por não comparecimento injustificado à audiência de conciliação (até 2%, cf. art. 334, §8º, CPC) e multa por oposição de embargos protelatórios (até 2%, cf. art. 1.026, §2º, CPC), (iii) de condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais na hipótese de não ser possível mensurar o valor da condenação (entre 10% e 20%, cf. art. 85, *caput* e §4º, III, CPC), (iv) de custas processuais (p.ex., no Estado de São Paulo[594] 1% nas petições iniciais e 4% nos recursos de apelação e adesivo quando não houver condenação), entre outros.

Especificamente nas ações que envolvam a revisão de contratos, por regra, o valor da causa deverá obedecer a regra prevista no art. 292, II, CPC, segundo a qual *"na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida"*.

Como se vê, neste tema muito se aproveitam as conclusões desenvolvidas ao longo do item acima no qual se tratou da exigência, em ações revisionais de obrigações contratuais, da especificação das obrigações impugnadas e da quantificação do valor das prestações que não são disputadas no litígio. Nem sempre tal quantificação é possível, devendo tal exigência ser flexibilizada a depender da natureza do contrato e da vulnerabilidade (neste caso, técnica) das partes envolvidas.

Tal impossibilidade ou grande dificuldade de quantificação no momento inicial do processo impacta também o cumprimento do requisito de atribuição de valor à causa (art. 291, CPC). Nada obsta, contudo, que, nestes casos, se atribua à causa valor simbólico ou aproximado e, quando descoberta a correta

[594] Cf. Lei Estadual nº 11.331/2002, com redação dada pela Lei Estadual nº 15.855/2015.

extensão de seu conteúdo econômico, tal valor seja ajustado – seja a pedido da parte, seja de ofício pelo próprio juiz, observado o direito de manifestação das partes a este respeito (art. 10, CPC) – para os fins fiscais e demais propósitos jurídicos.

Ainda que tal valor econômico seja, em determinado momento, desconhecido, é razoável defender que, em ações revisionais de obrigações contratuais (ou seja, aquelas em que se pretenda a manutenção do negócio em outras bases e não a sua resolução propriamente), não deve ser exigido que se atribua à causa o valor da integralidade do contrato. Se este não é disputado em sua integralidade, mas apenas parcialmente, atribuir os ônus decorrentes de tal quantificação a maior do que o próprio valor econômico da questão controvertida implica desvantagem e ônus indevido ao sujeito processual.

Em ações fundadas na modificação superveniente de circunstâncias, a importância da formulação de pleito revisional ou rescisório e sua ordem de preferência debatida alguns capítulos acima, também tem impacto para a adequação do valor da causa. Quando se trata de pedido rescisório, o conteúdo econômico da demanda é o valor integral do contrato, ao passo que, em demandas revisionais, o valor da causa cinge-se ao valor da obrigação controvertida e, tratando-se de pedidos subsidiários, prevalecerá para fins de atribuição do valor da causa o conteúdo econômico envolvido apenas no pedido principal (art. 292, VIII, CPC).

11.5. A cláusula de renegociação e o poder-dever de promover autocomposição

A cláusula de renegociação é uma das espécies de autoadaptação contratual que podem ser previstas pelas partes. Como se adiantou no item pertinente às cláusulas de *hardship*, tal pactuação é geralmente utilizada nas hipóteses de prévia disposição sobre a conduta das partes no caso de alteração de circunstâncias. Não obstante a prática se volte mais a esta causa de revisão, nada impede que se preveja um dever de renegociação em outras hipóteses – como p. ex., antes de se invocar invalidades.

Nossa legislação não exige expressamente uma fase de renegociação (extrajudicial) entre as partes como etapa prévia obrigatória ao processo judicial que discute a alteração de circunstâncias, o tratamento de demandas envolvendo pleitos de revisão ou rescisão de contratos deve ser diferenciado a depender da existência de cláusula de renegociação e um dos efeitos de tal

diferenciação se manifesta em relação ao poder-dever do juiz de promover a autocomposição entre as partes.

Aliás, com o advento do art. 190 do CPC, com muito mais vigor, é possível que as partes estipulem a necessidade de uma fase de renegociação prévia como condição necessária e obrigatória para o ajuizamento de demanda judicial (seja entre as partes, seja por meio de conciliação ou mediação ou mediante a instituição de *dispute boards*) ou, ainda, que estipulem a própria dispensa da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC, ou ainda, prever a realização de uma audiência de conciliação ou mediação entre as partes após a estabilização dos limites objetivos da demanda ou após a conclusão da fase de produção de provas, em que ambas as partes já terão acesso aos resultados das provas e da probabilidade de acolhimento ou rejeição de seus pleitos e argumentos.

O art. 3º, §2º do CPC é categórico ao estabelecer que o *"Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos"* e o art. 139, V do CPC arrola entre as incumbências do julgador *"promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais".* O art. 334, *caput* e §4º do CPC, por sua vez, prevê que, ao receber a petição inicial, o juiz *"designará audiência de conciliação ou de mediação"*, a qual *"não será realizada"* se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse na composição e quando não se admitir a autocomposição.

Muito já se discutiu sobre a obrigatoriedade da designação de tal audiência – debate que contou com argumentos não apenas jurídicos, mas também estruturais do próprio Judiciário, diante das limitações físicas (de instalação predial) e de disposibilidade de pautas dos juízos de diversas comarcas. A despeito da interpretação que se possa dar à redação legal, nos orientamos pela sua facultatividade, não obstante haja um poder-dever de estímulo a esse cenário de composição. Esse poder-dever (em oposição à obrigatoriedade como condição ao prosseguimento do processo) não dispensa a avaliação da provável efetividade da rodada de conciliação-mediação à luz do caso concreto e da razoável duração do processo (especialmente considerando o impacto do tempo no processo, em varas que não contam com instalações e pauta apropriadas a tal determinação legal). Além disso, o processo deixa uma constante porta aberta para que as partes, caso assim desejem, se componham, não gerando, a ausência de audiência para tal finalidade, uma nulidade processual dada a ausência de prejuízo aos litigantes.

Dito isso, temos como cenários as hipóteses em que o contrato submetido à apreciação judicial (i) não tem cláusula de renegociação, (ii) tem cláusula com previsão de discussão compositiva prévia entre as partes e a parte autora da demanda comprovou ter cumprido a fase de renegociação, que restou infrutífera e (iii) tem cláusula de renegociação e a parte autora da demanda não comprovou ter mantido qualquer tratativa de renegociação com o réu.

Quando o próprio contrato não contém cláusula com a previsão de renegociação e especialmente quando não há qualquer evidência documental já acostada aos autos de que tenha havido qualquer tentativa de composição amigável entre os litigantes, é razoável defender que há, com maior intensidade, um poder-dever do magistrado de estimular esse primeiro contato das partes em um contexto de conciliação ou mediação, nos termos do que lhe incumbe o art. 139, V do CPC.

Quando o próprio contrato prevê entre as partes uma obrigação de renegociação, tal determinação não deve ser ignorada pelo juiz, que deverá considerá-la antes de decidir sobre eventual designação de rodada autocompositiva. Se na própria petição inicial o autor da demanda já confirma que a via judiciária foi inaugurada após uma fase de renegociação inexitosa entre as partes – e principalmente se essa obrigação de *meio* que é a renegociação prévia se deu perante órgãos de conciliação ou mediação ou profissionais dedicados a esse encargo, seguiu comprovadamente trâmites pactuados entre as partes e, inclusive, contou com o oferecimento de propostas de adaptação de lado a lado – não se justifica, em absoluto, a designação da audiência do art. 334 do CPC. Tal determinação afrontaria a razoável duração do processo, sua efetividade e sua eficiência (arts. 6º e 8º, CPC) ao contribuir para o indevido aumento de tempo e custo do processual com uma providência que dificilmente terá utilidade. A tutela de tais valores deve, igualmente, ser reputada como um poder-dever do juiz, de igual importância ao poder-dever de estimular a composição, a ser exercido sempre à luz de sua provável contribuição ao deslinde da controvérsia.

Se o contrato debatido entre as partes previa cláusula de renegociação prévia obrigatória e a petição inicial não contém evidências a respeito de sua ocorrência, outro cenário se apresenta.

A respeito de tal hipótese – e apesar do enfoque arbitral – CHRISTOPH BRUNNER[595] defende que, nos contratos com cláusula de renegociação

[595] Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General*

(especialmente na hipótese de *hardship*), a conclusão da fase de renegociação é uma pré-condição para o início de qualquer procedimento, judicial ou arbitral, relacionado à modificação ou rescisão do contrato. Segundo o autor, a parte não pode se recusar a participar, de boa-fé e com *fair dealing*, da fase de renegociação e de analisar os argumentos da parte contrária se assumiu contratualmente a obrigação de renegociar, ainda que não cheguem a um acordo ao final desta fase. Para ele, se a parte não cumprir a obrigação contratual de participar da fase de renegociação e, sem ela, ajuizar uma demanda judicialmente ou perante Tribunal Arbitral, o juiz ou árbitro não deverá rejeitar, de pronto, o pedido, mas sim suspender o processo por um período razoável para que as partes desenvolvam, elas próprias, a fase de renegociação.

O posicionamento até tem sua razão de ser ao privilegiar a vinculação das partes aos pactos por ela entabulados, porém merece temperamentos. Em princípio, nesse cenário, é recomendável ao juiz a designação da audiência do art. 334 do CPC, para estabelecer, possivelmente, um primeiro canal de comunicação entre as partes ou, mais ainda, diferir a designação de tal audiência, se o caso, para depois da apresentação de defesa pelo réu por reputar o momento mais oportuno. Porém, não é razoável atribuir ao juiz, de imediato e sem a oitiva do réu, o poder de exigir o cumprimento da fase de renegociação (ainda que apontada no contrato como pré-condição para o ajuizamento da demanda judicial) como pressuposto para o prosseguimento da tramitação processual. É possível que o réu, a despeito da previsão contratual, também não tenha interesse na renegociação e não queira tornar tal obrigação contratual controvertida nos autos – e se assim for, não será questão a ensejar tutela jurisdicional.

Caso o réu venha a, na defesa, suscitar como inadimplemento contratual da parte autora a obrigação de renegociar, tal poder-dever de estímulo à autocomposição se incrementa, sendo recomendável designar audiência para tal finalidade ou, mais ainda, discutir – preferencialmente em conjunto com as partes – a suspensão do processo para adoção da fase de renegociação nos moldes e prazos previstos no próprio contrato e, como sempre, pautada pela boa-fé, pela colaboração e pela vedação a atos meramente procrastinatórios e destoantes da finalidade pretendida pela cláusula contratual.

Mas pode ocorrer de não haver consenso a este respeito. Discute-se, neste ponto, se, sendo uma obrigação de fazer (ainda que de *meio* e não de

---

Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration, International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, pp. 482, 484 e 487.

resultado), a cláusula de renegociação ensejaria pedido cominatório, sujeito à fixação de *astreintes* na hipótese de mora ou descumprimento e a prazo de cumprimento[596].

A hipótese, do ponto de vista prático, não é usual. Se uma das partes não demonstrou e insiste em não demonstrar interesse na composição amigável – que pressupõe concessões mútuas e composição de vontades – o quadro litigioso está instaurado e as chances de que o cumprimento de tal obrigação resulte em algo proveitoso são improváveis. Do ponto de vista teórico, contudo, a questão é interessante.

Há um *case* antigo (1976) apontado como exemplo de tal possibilidade[597] – curiosamente perante a Corte francesa, sob um ordenamento que até bem pouco tempo atrás não admitia a revisão judicial por imprevisão. Em demanda envolvendo contrato de fornecimento com cláusula de renegociação de preço, a disputa versava sobre o desequilíbrio econômico-financeiro diante de uma quintuplicação dos preços do petróleo. A *Court d'Appel* decidiu que (i) as partes deveriam entabular a fase de renegociação contratualmente prevista, com a assistência de terceiro por elas indicado, em prazo determinado e (ii) caso a renegociação não fosse frutífera, que a disputa retornasse à apreciação da Corte para revisão do contrato. No caso, as partes alcançaram composição na fase de renegociação, porém a solução judicial remete a algumas indagações.

Tal pedido de cumprimento de obrigação de fazer (obrigação contratual de entabular fase de renegociação antes do pleito revisional) demanda especial tratamento em sede processual em função de sua relação de antecedência (e de prejudicialidade) em comparação ao pleito revisional. No exemplo acima, o Tribunal cindiu o julgamento dos pedidos em função de tal prejudicialidade – a determinação de que as partes entabulassem discussões sobre a renegociação se deu em função da ordem de cumprimento a uma cláusula contratual (até então inadimplida) e não em função de um poder diretivo de determinar uma rodada para autocomposição (não obstante fosse essa, em último grau, a finalidade). Em se tratando de apreciação a pedido da parte, a rigor, não há que se falar

---

[596] Nesse sentido: JUDITH MARTINS-COSTA (A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, abril-2010, p. 11, item 3.2) e JOSÉ EMILIO NUNES PINTO (O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias. Disponível em **http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4510**, acesso em 11.03.2018).

[597] Cf. JUDITH MARTINS-COSTA (A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, abril-2010, p. 11, item 3.2).

propriamente em um cenário de urgência a justificar um pleito de tutela provisória nos termos do art. 300 do CPC para que a outra parte seja condenada a, de imediato, entabular uma fase de renegociação. Mas até se poderia cogitar de sentença parcial para determinação do cumprimento de obrigação de fazer de entabular negociação, nas hipóteses do art. 356 do CPC.

Outro ponto de importante consideração é a da vinculação do juiz aos termos debatidos na negociação entre as partes. Em Portugal, na seara da alteração de circunstâncias prevista no art. 437 do CC português, há quem defenda[598] que, nas hipóteses em que o juiz precisar intervir na modificação de um contrato e as partes sozinhas não chegarem a um acordo, o juiz deve tentar obter a solução *mais consensual possível* ou, ao menos, considerar os interesses, propostas e contrapropostas que as partes apresentaram ao contrato, sob a premissa de que as partes conhecem o contrato e o negócio nele entabulado muito melhor do que o juiz.

Apontamos, contudo, uma discordância. Independentemente do formato (conciliação, mediação ou conversas independentes) e do fato gerador da fase de renegociação (se iniciada consensualmente ou se determinada judicialmente), é importante que o juiz, caso frustrada a composição amigável, não leve em consideração, no momento do julgamento do pleito revisional ou rescisório, as propostas que foram debatidas pelas partes naquela fase; ou, ao menos, que não o faça sem entender a lógica econômica que permeou a discussão.

A prática internacional indica que nem sempre esse cuidado é observado. Apesar de não se tratar de julgamento judicial, em disputa arbitral julgada em 1974 segundo as regras da ICC (Caso 2478) e que tratava de disputa decorrente de contrato internacional de compra e venda de petróleo de longo prazo entre uma compradora francesa e uma vendedora romena, o tribunal arbitral acabou levando em consideração questões discutidas durante a fase de renegociação. No contexto fático, as partes tentaram negociar a revisão de preço diante da depreciação da moeda francesa perante o dólar; a fase de negociação foi infrutífera e a vendedora romena decidiu resolver o contrato e romper o fornecimento de petróleo. Os árbitros, na apuração da indenização por perdas e danos à compradora francesa, apesar de concederem a indenização, a limitaram por considerar que a compradora, na fase de negociação, deveria ter ponderado o risco de ruptura do contrato e poderia ter aceitado provisoriamente uma das

[598] Cf. ANTONIO PINTO MONTEIRO e JULIO GOMES. Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, p. 332.

propostas oferecidas pela vendedora para minimizar suas perdas na hipótese de as tratativas não serem exitosas[599].

A despeito de não tratar propriamente de revisão, o caso é simbólico. A postura do julgador no momento da valoração do contexto fático a ensejar a revisão judicial de contratos deve ver com muitas reservas o cenário das discussões entre as partes em uma tentativa de autocomposição. Quando muito, a conduta deverá ser analisada à luz do inadimplemento contratual específico quanto à obrigação de renegociar (p. ex., inobservância de deveres anexos de boa-fé e lealdade) e não valorar que determinadas propostas de acordo tenham sido razoáveis ou não, a ponto de servir de parâmetro da revisão judicial. As propostas formuladas pelas partes podem, sob o viés comercial ou financeiro, contemplar variáveis que a simples situação de modificação de circunstâncias não alcança e estão fora dos limites objetivos da lide aos quais o juiz deve se ater.

Por fim, destaca-se que mesmo não havendo cláusula de renegociação no contrato submetido a revisão ou não tendo havido tentativas de composição entre as partes antes do ingresso em juízo – além as considerações acima sobre tal hipótese – a natureza jurídica do contrato e a complexidade de sua lógica econômica podem influenciar o poder-dever do juiz de estimular a autocomposição e buscar uma solução efetiva nesse sentido. Em relações massificadas, como p. ex., contratos bancários, os pleitos revisionais geralmente não dependem de uma produção de prova robusta e os próprios bancos já possuem cálculos de risco de improcedência da demanda a depender da tese alegada na petição inicial; as defesas têm um mínimo de padronização e o provisionamento do risco de perda permite que haja certa margem de negociação e transação no início do processo. Nesses casos, portanto, o juiz deve ter a sensibilidade de determinar uma rodada de tentativa de autocomposição como forma de estimular a pacificação do conflito entre partes que, muitas vezes, sequer tentaram contato prévio.

O mesmo não ocorre, p. ex., em demanda e que se pleiteia a revisão de fórmula de preço em um contrato de 20 anos de fornecimento de gases ou insumos de petróleo de uma produtora a uma indústria e que dependa de prova econômica para apuração da evolução do preço e, consequentemente, da onerosidade excessiva a impactar o custo produtivo industrial. Nesse cenário em que a natureza contratual e a lógica econômica são mais complexas, a

[599] Cf. MAURÍCIO CURVELO DE ALMEIDA PRADO (Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 2, abril-junho 2004, p. 46).

autocomposição antes da própria defesa é ineficiente e tende a prejudicar a razoável duração do processo, além de acirrar os ânimos dos litigantes – que, muito provavelmente, já buscaram anteriormente a mitigação do risco do (sempre custoso) conflito judicial. Nesse caso, a solução mais efetiva ao cumprimento do poder-dever de estimular a autocomposição previsto nos arts. 3º, §2º e 139, V do CPC não é, nem de longe, a audiência do art. 334 do CPC. O magistrado deve ter a sensibilidade de que, nesse tipo de conflito revisional, as partes tendem a aguardar a estabilização dos limites objetivos da demanda ou mesmo a conclusão da fase de produção de provas, momento em que terão acesso aos resultados das provas e da probabilidade de acolhimento ou rejeição de seus pleitos e argumentos.

Havendo, assim, um direcionamento legal de que o poder-dever diretivo de estímulo à autocomposição ocorra *a qualquer momento* e *quando possível*, o juiz deve ponderar o momento em que esta tentativa se afigura potencialmente mais efetiva e produtiva – o que pode ser feito tendo-se como parâmetro, pelo menos, as peculiaridades da prévia disposição das partes e da complexidade da natureza da relação contratual e da lógica econômica do tipo de contratação submetida a revisão.

11.6. Poder de oficiar legitimados para propositura de ação coletiva

Merece destaque a relevância da inovação legal trazida pelo art. 139, X do CPC, que passou a prever o poder-dever do juiz de *"quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados*[600] *(...) para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva".* A previsão não constava na redação original proposta pela Comissão de Juristas e foi incluída quando da apresentação do Substitutivo da Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010).

[600] O dispositivo refere-se aos legitimados previstos no rol do (i) art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, funções, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que tenha como finalidade institucional uma entre aquelas previstas no art.5º, V, b da referida lei e (ii) art.82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), quais sejam: Ministério Público, União, estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que tenham como fim institucional a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo referido Código.

Segundo NELSON NERY JR. e ROSA NERY[601], a novidade é uma medida de *auxílio* e *colaboração*, ou seja, uma atividade *"acautelatória e preventiva, destinada à boa administração da Justiça".* De fato, a medida é realmente bem-vinda e, não obstante já pudesse, a rigor, ser promovida pelo magistrado anteriormente, representa o ideal colaborativo (introduzido pelo CPC como dever entre os sujeitos no âmbito endoprocessual), também aplicável na relação entre as diversas autoridades da Administração Pública e com o objetivo de dar adequado tratamento a questões jurídicas massificadas. Frise-se que o poder de oficiar legitimados para eventual propositura de ação coletiva em nada fere o princípio da demanda e da iniciativa da parte (art. 2º do CPC), de modo que caberá aos próprios legitimados, de forma autônoma, a escolha do ajuizamento e, em caso positivo, a delimitação dos pedidos e da causa de pedir.

11.7. Poder de controle da representatividade adequada em processos 'coletivos'

O controle da representatividade adequada em processos coletivos é tema de especial complexidade e a presente tese não pretende abordá-lo com a profundidade que merece. O enfoque, neste breve item, é tão-somente a confirmação de que o poder-dever de controle do juiz quanto à representatividade adequada em processos ditos *de defesa coletiva* que envolvam a revisão de contratos deve se pautar pelos critérios limitadores, ao menos, da natureza contratual, da vulnerabilidade das partes potencialmente afetadas pela contratação, da lógica econômica e seu impacto no interesse público.

Como já se adiantou, é possível que a pretensão de revisão de contratos repercuta em relações massificadas e, a depender da quantidade de sujeitos impactados, podemos estar diante de *interesses individuais homogêneos* a justificar tutela jurisdicional em processos coletivos – ou de defesa coletiva (não se confundindo com interesse coletivo).

Como ensina SUSANA HENRIQUES DA COSTA[602], o sistema norte-americano é muito mais avançado no tema, distinguindo a legitimidade (*standing*) da representatividade adequada (*adequacy of representation*) e, para

---

[601] *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 585.

[602] O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 965.

esta última, os requisitos são aferidos da própria construção jurisprudencial. TEORI ZAVASCKI[603] complementa a ideia e destacou que, no âmbito das class actions norte-americanas, se atribui uma gama significativa de poderes ao juiz, não apenas quanto às condições de admissibilidade e representação adequada, mas também controle de pressupostos de desenvolvimento e instrução do caso – diferentemente do que ocorre em demandas individuais.

No Brasil, ao contrário, não há expressamente no texto legal uma atribuição ao juiz para que promova esse controle da representatividade adequada. A própria lei aponta quem são os *legitimados* para a defesa desses interesses a ensejar processo coletivo. Nesse sentido, o art. 82 do CDC aponta os legitimados concorrentes para defesa dos interesses e direitos dos consumidores; o art. 5º da LACP aponta os legitimados para promover ação de responsabilidade por danos ao meio-ambiente, consumidor, infração da ordem econômica, entre outros interesses e direitos. A questão é: o juiz teria o poder de acrescentar outros critérios para o controle dessa legitimação adequada além desses previstos em lei?

Nos colocamos entre aqueles[604] que defendem a existência de um poder-dever do magistrado em promover, sim, o controle da representatividade adequada, sem que tal autorização implique qualquer violação à legalidade. A conformidade desse controle ao ordenamento deve se pautar, por óbvio, pelo exercício à luz de sua finalidade. Tal controle deve buscar a maior qualidade possível da tutela jurisdicional e se pautar pela maior quantidade possível de argumentos úteis, pertinentes e relevantes a incrementar a discussão sobre um determinado tema. Tais cuidados acabam por garantir ao jurisdicionado não só uma tutela de qualidade, mas – especialmente quando se trata de endereçar o

---

603 *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

604 Nesse sentido: SUSANA HENRIQUES DA COSTA, para quem é *"imperativo o reconhecimento de poderes ao juiz para a verificação da representatividade adequada do legitimado. (...) é salutar a existência de um controle específico e voltado às circunstâncias do caso concreto"* (O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 973); MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL, segundo o qual "*o juiz não apenas pode como deve aferir a representatividade adequada, o que não viola o ordenamento jurídico em nenhuma medida"* (A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 898) e Swarai Cervone de Oliveira, que destaca a atuação do juiz deve ser mais acentuada em ações coletivas não apenas no controle da legitimidade e representatividade adequada, mas também na verificação da causa de pedir e pedido, no saneamento e na fase instrutória (*Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 52).

tema da revisão judicial de contratos como interesse individual homogêneo – uma tutela jurisdicional útil e relevante para a organização social e para a segurança e previsibilidade das relações de mercado e da ordem econômica.

Em processos que tenham por objeto interesse individual homogêneo relacionado à revisão de contratos – e geralmente isso ocorre em contratos massificados, envolvendo disposições eivadas de invalidades – destacamos 2 (duas) preocupações que devem permear a incumbência judicial de controle da representatividade adequada e que têm papel decisivo no exercício de seus poderes-deveres: (i) a prova da homogeneidade do interesse pela quantificação de sujeitos impactados pela contratação e (ii) a qualificação da natureza do interesse como individual homogêneo e não meramente individual.

O primeiro controle é eminentemente quantitativo e não está, necessariamente, relacionado aos parâmetros materiais que permeiam a contratação levada a juízo. O STJ já se pronunciou a respeito do tema. Em ação civil pública[605] ajuizada por uma associação (IPDC – Instituto de Proteção e Defesa dos Consumidores) visando à revisão de contrato de adesão de compra e venda de lotes praticado por uma imobiliária com consumidores no estado do Paraná, a entidade autora sustentou a necessidade de se coibir a prática, em tais contratos, da capitalização de juros, do uso do IGP-M como índice de correção monetária e da multa contratual no patamar de 10%, os quais representariam abusos ao consumidor no mercado imobiliário. Para tanto, contudo, a entidade anexou apenas 2 (dois) instrumentos contratuais. Com isso, o STJ entendeu que a entidade deixou de apresentar *"indícios de que a situação tutelada é pertencente a um número razoável de consumidores",* o que torna a via inadequada e ausente o interesse processual. Apesar de destacar que não haveria necessidade de, na fase de conhecimento, se individualizar cada um dos titulares do direito (o que poderia ocorrer em liquidação ou cumprimento) e não tenha especificado qual número de representantes seria reputado como *razoável*, entendeu-se ser essencial a demonstração de que *"diversos sujeitos, e não apenas um ou dois"*, sejam possivelmente lesados pelo fato de origem comum, sem o que não há *homogeneidade.*

Sem que se afaste por completo o ônus da associação-autora quanto à adequada instrução da demanda, a natureza da relação contratual de consumo e a possível vulnerabilidade informacional da parte poderiam justificar ao magistrado a determinação de que a própria imobiliária informasse em juízo a quantidade de contratos praticados no referido formato. Dentro de um processo

[605] STJ, REsp nº 823.063-PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 14.02.2012.

cooperativo, aliás, é recomendável que, diante da dúvida quanto à extensão da lesividade, o magistrado, em cumprimento ao seu *dever de informação*, avise às partes sobre a necessidade de que a prova quantitativa venha aos autos antes de qualquer decisão (arts. 9º e 10, CPC) e, inclusive, diante da maior facilidade e suficiência informacional da fornecedora (art. 373, §1º, CPC), determine a inversão do ônus da prova para que esta informe a quantidade de contratos praticados no território e, com tal informação, defina se há a quantidade *razoável* para fins da homogeneidade.

A segunda preocupação diz respeito à qualificação do interesse como individual homogêneo por sua própria natureza (e não apenas pela sua quantificação).

Sobre o tema, TEORI ZAVASCKI[606] defendeu que o MP não está legitimado a defender, irrestritamente, todos e quaisquer direitos individuais homogêneos pois, não se tratando de interesse transindividual (coletivo ou difuso), sua atuação se daria nos termos do art. 127 da CF (tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis) e não pelo art. 129, III da CF (promover ação civil pública, que tutela interesses difusos e coletivos). A prática de nossos tribunais nem sempre está atenta a tal argumento e a diferenciação é importante para fins de legitimação em demandas revisionais de contratos.

Há um exemplo clássico neste ponto: a intervenção judicial no preço de mensalidades de escolas privadas. Nossos Tribunais já enfrentaram essa questão na década de 90, quando da discussão sobre a legitimidade do MP para promover ACP visando discutir e revisar o valor das mensalidades abusivas pactuadas em contratos praticados em escolas privadas. O TJSP havia reconhecido a ilegitimidade do MP para atuar nessa esfera pois não se estaria diante de interesses homogêneos e sim diante de interesses meramente individuais, que deveriam ser perseguidos pelos pais de alunos com seus respectivos advogados. O STF[607] reformou a orientação e confirmou a legitimidade do MP para perseguir tais interesses, reconhecidos como individuais homogêneos e, pelo voto, "subespécies de interesse coletivo". Diferentemente do que ocorreu no caso acima mencionado, o STF entendeu que, se o universo de alunos e pais era indeterminado, mas determinável, bastaria a *"coleta de dados perante a instituição recorrida"* – medida que, sem dúvida, está encampada pelo poder de instrução atribuído ao próprio julgador.

---

[606] *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

[607] STF, RE 163.231-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 26.02.1997 (MP *vs.* Associação Notre Dame de Educação e Cultura).

Independentemente de tal prova, se entendeu que haveria homogeneidade por existir um *"objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu (...) e interligados pela mesma causa a uma parte contrária"*, atraindo a legitimidade pela *"relação jurídica-base"* e que o interesse, ao ser elevado por proteger o bem constitucional da educação, justificaria a legitimidade do MP.

Note-se ainda que, neste caso, a vulnerabilidade das partes impactadas pelo contrato também foi uma das razões da fundamentação, tendo o voto feito referência aao fato de que *"dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuram o MP indignados e revoltados com o aumento"*. Contudo, não nos parece que a vulnerabilidade financeira das partes seja, neste ponto, um fundamento para o controle da representatividade adequada pois esta, em específico, poderia ser tutelada via gratuidade de justiça em ação individual.

No caso das mensalidades, a natureza do interesse envolvido (relacionado ao acesso à educação) parece ter permeado as razões de decidir pela legitimidade do MP, que se justifica também por se tratar de tutela de consumo. Com acerto. Ao exercer esse controle da legitimidade, a natureza do interesse deve ser considerada pelo juiz, independentemente de ser um ponto controvertido, tratando-se de questão processual de ordem pública.

Hoje, justamente por não ser a natureza da relação levada sempre em consideração, se enfrenta certo dissenso jurisprudencial. É o caso da não uniformidade em julgamentos sobre essa legitimidade de sindicatos para propositura de ACP visando à revisão de cláusulas abusivas em contrato de cédula rural firmados entre seus filiados e instituições financeiras. Há decisões conflitantes (e contemporâneas) a este respeito, ora se reconhece a legitimidade pelo genérico reconhecimento de que se trata de "direitos individuais homogêneos"[608], ora se afasta a legitimidade por se considerar que os contratantes firmam as cédulas de crédito rural para fins de atividade agrícola em cadeia produtiva (econômica), com cláusulas diferenciadas, e, portanto, não se enquadram no conceito de consumidor exigido para a tutela por meio de processo coletivo[609].

Como se vê, ao menos a natureza da relação a ensejar a discussão sobre o interesse individual homogêneo, se mostra relevante como critério

[608] STJ, REsp nº 1.572.061, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Decisão Monocrática, DJ 19.04.2018.

[609] STJ, REsp nº 1.733.196, Rel. Min. Lázaro Guimarães, Decisão Monocrática, DJ 18.04.2018.

padronizador da tutela jurisdicional para fins de confirmação da legitimidade ativa da ação coletiva que debate a revisão de cláusulas contratuais e deve, portanto, ser observada de ofício pelo julgador.

* * *

12. PODER DE INSTRUÇÃO NA REVISÃO DE CONTRATOS

12.1. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Brasil e em outros sistemas

Como já adiantado, o aumento dos poderes do juiz especialmente no campo instrutório é uma forte marca da transição do período histórico *liberal* para o período do processo *social*. Hoje, como decorrência da finalidade pública do instrumento processual, a posição de verdadeiro sujeito cooperativo na instrução da causa se faz presente no Estado de Direito Democrático, mais vinculado ao respeito do efetivo contraditório, ao diálogo e à participação conjunta entre partes e juiz. Há muito, aliás, já se consolidou o entendimento de que um dos meios de promover a igualdade entre as partes é, como ensina BEDAQUE[610], justamente *"a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção de prova"*, o que, de modo algum, aferia a liberdade das partes ou mesmo violaria a garantia do contraditório ou a imparcialidade do magistrado.

Em termos de produção de prova, é comum a distinção entre ordenamentos processuais de *Common Law* e de *Civil Law* sob o rótulo da dicotomia entre sistemas *adversariais x inquisitoriais*, os primeiros mais atrelados ao posicionamento passivo do juiz e os segundos mais tendentes à posição ativa do juiz na condução processual.

MICHELE TARUFFO[611] é um crítico de tal distinção e, sob a correta constatação de que não existem atualmente sistemas puros de um ou outro lado, sugere a adoção da nomenclatura *"sistemas centrados nas partes"* e *"sistemas centrados no juiz"*. Segundo o autor, a escolha política entre um ou outro enfoque guarda relação com a avaliação da finalidade da prova no processo civil de cada sistema. Nessa seara, defende a existência de duas principais linhas: *(i)* os sistemas que atribuam ao processo a função de aplicar

---

[610] Segundo o autor, *"essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. (...) A visão do 'Estado-social' não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. (...) equivocada, portanto, a conclusão de que a efetiva participação do juiz na instrução do feito constitui violação do contraditório. (...) Na medida em que tal garantia constitucional caracteriza-se não apenas pela informação necessária e reação possível, mas também pelo diálogo pertinente, a iniciativa probatória oficial, por ampliar os elementos de convicção, possibilita às partes melhores condições de influir no julgamento" (Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 100 e 106).

[611] *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 107-108.

leis com base em critérios objetivos e com vistas a salvaguardar o interesse geral da justiça tendem a encarar os elementos de prova com o propósito de estabelecer a verdade dos fatos relevantes e alcançar uma das metas da justiça e *(ii)* os sistemas em que o objetivo do processo é resolver o conflito tendem a encarar a produção de prova como um meio à disposição das partes para alcançar esse objetivo.

Seguindo esta lógica, é razoável supor que se o meio de prova é o elemento material a ser utilizado para estabelecer a verdade – ou, ao menos, a *razoável probabilidade de verossimilhança* – dos fatos relevantes para a demanda, o escopo do processo é determinante para se limitar, mais ou menos, a atuação do juiz nessa esfera.

Nesta régua de poderes judiciais instrutórios mais ou menos enaltecidos, podemos destacar 3 (três) grandes categorias de sistemas, em que tal atribuição aparece de forma gradativa: *(i)* aqueles em que o juiz tem posição mais passiva e pouca participação na produção de prova no processo, *(ii)* aqueles em que o juiz exerce poderes instrutórios de ofício, porém com limitações mais definidas quanto ao alcance e a finalidade de seu poder e *(iii)* aqueles em que o juiz tem posição mais ativa na participação da produção de prova no processo e, do ponto de vista legislativo, com menos limitações previamente definidas. Tais gradações podem ou não guardar relação com a origem de *Common Law* ou *Civil Law*, apesar das tendências acima mencionadas.

Entre os sistemas da primeira categoria se destaca o sistema processual norte-americano. Relutante à maior participação do juiz na produção de provas, tal ordenamento tem um regramento pelo qual as provas continuam a depender estritamente das partes. Segundo TARUFFO e HAZARD[612], o juiz norte-americano não busca a produção de provas, estando sua atuação mais limitada a simplesmente controlar a prática das partes em trazer as evidências já produzidas – ou seja, há um enfoque mais ao seu poder de gerenciamento do que um poder instrutório propriamente dito. Os depoimentos das testemunhas, por exemplo, são tomados sob juramento no próprio escritório do advogado da parte e sem a presença do juiz (*witness statements*). Quanto à produção de provas para confirmar fatos que dependam de conhecimento técnico – e que,

[612] Segundo os autores, *"El juez americano normalmente no oferece su proprio plantamiento jurídico de la causa, y se limita unicamente a dar respuesta a las alegaciones efectuadas por las partes. No identifica posibles médios de prueba y se cine a controlar la práctica de las pruebas aportadas por las partes. No dirige el interrogatório de los testigos, ni el contrainterrogatorio. (...) El juez no sale en busca de más pruebas, si considera insuficientes las aportadas por las partes. Si las pruebas no son suficientes, resuelve em sentido desfavorable a la parte que tenía la carga de la prueba"* (*La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 105).

em outros sistemas, demandariam perícia judicial – é comum que cada parte apresente suas *expert witnesses*, que terão o mesmo tratamento de uma testemunha. Na teoria, o juiz norte-americano até tem o poder de indicar peritos de ofício; na prática, porém raramente o faz[613].

Entre os sistemas da segunda grande categoria é possível segmentá-los entre diversos subgrupos, com maior ou menor enaltecimento à atividade judicial que, ao menos do ponto de vista legislativo, goza de poderes instrutórios[614].

Na Inglaterra da década de 70, a conduta do juiz era totalmente diversa da atual, sendo comum a referência a um caso em que o juiz teve seu julgamento anulado (e, inclusive, renunciou ao cargo) por formular muitas perguntas à testemunha e, com isso, violar o *fair trial*[615]. Antes das *Civil Procedure Rules – CPRs* (1999), era comum que o juiz atuasse apenas no *trial*, não tendo sequer acesso, antes disso, às peças apresentadas pelas partes de modo a não se "contaminar" pelas alegações. Não há ainda uma atuação mais contundente que contemple, por exemplo, requerimento de prova de ofício. Contudo, houve uma aproximação com nosso sistema ao se permitir, por exemplo, *(i)* o '*power of Court to control evidence'* (*Rule* 32.1), permitindo ao juiz direcionar a natureza da prova a ser produzida em relação aos fatos, excluir provas e limitar o *cross-exammination*, *(ii)* o *'Court's power to restrict expert evidence'* (*Rule* 35.4), pelo qual nenhuma parte pode produzir provas técnicas sem a permissão do juiz e *(iii)* o '*power of obtaining further information'* (*Rule* 18.1), pelo qual o juiz pode intimar para esclarecimentos. Especificamente sobre a produção de prova técnica, o juiz não só passa a deter o poder de definir os pontos passíveis de prova técnica e a forma de sua produção, como também de valorar a adequação técnica do profissional indicado à realização dos trabalhos.

Na Espanha, a regra é no sentido de que as provas se produzirão a pedido da parte, não obstante se permita ao tribunal determinar de ofício a colheita de determinadas provas (art. 282, *Ley de Enjuiciamiento Civil*) e há um enaltecimento à conduta das partes em trazer pareceres técnicos de peritos,

---

[613] Cf. MICHELE TARUFFO (*A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 88).

[614] Cf. MICHELE TARUFFO (Admission and Presentation of Evidence. *The future of transnational civil litigation: English responses to the ALI/UNIDROIT draft principles and rules of transnational civil procedure.* Grã Bretanha – Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 165 e *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 89).

[615] Cf. BARBOSA MOREIRA. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de Direito Processual: Nona Série*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2007, p. 43.

apesar de também se permitir, na lei, que as partes solicitem ao juiz a indicação de um perito (art. 335, *Ley de Enjuiciamiento Civil).*

Na França, após um longo período de domínio das partes na instrução e marcha processual[616], o *Code de Procédure Civile* de 1975 confirmou os poderes instrutórios do juiz (o *juge de la mise en état*[617] em determinadas ações e, em outras, o próprio juiz julgador). A estes compete – sem prejuízo do ônus das partes em provar suas alegações (art. 9º, CPC francês) – o poder de ordenar de ofício todas as medidas instrutórias legalmente admissíveis (art. 10[618], CPC francês). Porém, há um enfoque para que essas decisões sobre produção de provas ocorram quando o juiz não disponha de elementos suficientes para decidir a causa (art. 144, CPC francês), sendo vedado ao juiz que ordene determinada medida instrutória a fim de compensar a falta de elementos probatórios na defesa de qualquer das partes (art. 146, parte 2, CPC francês). De todo modo, ainda há certa tendência a admitir provas orais produzidas fora da esfera judicial, por meio das *attestations* escritas (arts. 200 a 203, CPC francês), sem prejuízo da oitiva da testemunha em juízo caso o juiz entenda necessário.

Por fim, entre os sistemas da terceira grande categoria mencionada acima, destacam-se os ordenamentos processuais alemão, argentino e brasileiro. Na Alemanha, FRITZ BAUR[619] lembra que *"conceder a realização das provas está nas mãos do juiz"* e que *"a administração das provas é, ao mesmo tempo, um direito e um dever do juiz"*. No direito processual argentino, ROBERTO BERIZONCE[620] destaca que a posição ativa do juiz em relação aos seus poderes instrutórios não é incompatível com a preservação de sua imparcialidade, afinal, o juiz não sabe a quem o resultado da prova que será

---

[616] Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de Direito Processual: Nona Série*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2007, p. 47).

[617] A atuação do *juge de la mise en état* se dá antes do envio do caso ao colegiado nas demandas que tramitam perante os Tribunais de *Grande Instance* (1ª instância colegiada, destinada a causas com valor superior a 10.000 EUR e matérias pré-determinadas, como p. ex., imobiliário, família e sucessões, seguros, etc.) e para as Cortes de Apelação (2ª instância colegiada). Nos demais tipos de ação que são predominantemente orais – como p. ex., no Tribunal Comercial, no Tribunal do Trabalho e no Tribunal *D'Instance* (1º grau monocrático, geralmente para causas inferiores a 10.000 EUR e matérias menos complexas), a produção de provas se dá na presença do próprio juiz responsável pelo julgamento da causa.

[618] "*Art.10 – Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissible".*

[619] O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, vol.27, julho-setembro 1982, pp. 186-199, item 3.IV.4.

[620] El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, pp. 11-12.

produzida beneficiará e não configura um ato de abuso jurisdicional, mas sim um ato em cumprimento ao fim público do processo, que é uma decisão justa.

No Brasil, o art. 130 do CPC/73 já contemplava o amplo poder instrutório do juiz, a quem cabia, de ofício ou a requerimento da parte, *"determinar as provas necessárias à instrução do processo"* e indeferir as *"diligências inúteis ou meramente protelatórias"*. Igualmente, o art. 131 do CPC/73 já garantia não apenas o poder de determinar, como também de "livremente" apreciar a prova constante dos autos, sujeito obviamente à fundamentação com a exposição dos motivos pelos quais seu convencimento foi formado.

Tais poderes foram, com poucos ajustes de redação, mantidos pelo atual CPC. Aliás, ao longo da tramitação do projeto no âmbito da Câmara dos Deputados, o Relatório-Geral que avaliou as proposições e projetos atinentes ao tema, destacou que *"o poder geral instrutório"* do juiz já é *"consagrado há anos no Brasil"* e que *"o legislador de 1973, cujo pensamento foi reproduzido neste projeto de novo CPC, foi (...) feliz, ao prever um enunciado consagrando o poder geral de instrução probatória do juiz"*[621]. Em suma, não obstante tenham sido introduzidas relevantes alterações no âmbito da instrução probatória – como p. ex., a positivação da prova emprestada (art. 372, CPC) e o ônus dinâmico da prova (art. 373, CPC) – o poder instrutório do juiz permanece tal como já praticado. Nessa linha, o art. 370 do CPC mantém o poder do magistrado de determinar as provas necessárias *"ao julgamento do mérito"* – em substituição à finalidade mediata de *"instrução do processo"* anteriormente prevista no CPC/73 – e indeferir, fundamentadamente, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Há ainda disposições mais específicas, sobre o poder do juiz ordenar de ofício o depoimento pessoal das partes (art. 385, CPC) e a exibição de documentos ou coisas (art. 386, CPC).

Em termos de prova testemunhal, tal enaltecimento da participação judicial ganha destaque no Brasil. Tanto no sistema processual anterior, como no atual CPC (art. 153), a regra é a de que depoimentos de testemunhas sejam tomados em audiência de instrução *"perante o juiz da causa",* salvo nas hipóteses em que as testemunhas prestem depoimento antecipado (mas ainda em audiência) e nas inquirições por carta – diferindo, por exemplo, das *attestations* francesas e dos *witness statements* ingleses.

---

[621] Relatório Geral do Rel. Deputado Paulo Teixeira referente aos Projetos de Lei n.6.025/2005 e 8.046/2010, disponível em ***http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013***, acesso em 20.11.2015, p. 863.

Em termos de prova pericial, o CPC/2015 trouxe um elemento importante a modificar a "régua" da divisão de tarefas entre partes e juiz, permitindo que as partes escolham conjuntamente o perito que se incumbirá da prova pericial judicial (art. 471, CPC) ou, ainda, que tal decisão seja tomada em conjunto entre todos os sujeitos processuais (partes e juiz) em sede de saneamento compartilhado (art. 357, §3º, CPC). De todo modo, ainda permanece a tendência em se considerar o perito mais um assistente do tribunal (um auxiliar da justiça) e não das próprias partes, como ocorre com maior ênfase no sistema norte-americado por exemplo.

Ainda, no art. 371 do CPC, suprimiu-se a expressão que caracterizava como *livre* a apreciação da prova pelo juiz. Há quem defenda que a alteração *"não reprisou o denominado livre convencimento motivado"*[622] e, há também que se oriente[623] no sentido de manter a prevalência do "*princípio do livre convencimento motivado ou da sua persuasão racional"* mesmo com a nova redação. Nos parece mais acertada a segunda corrente. A supressão não retira a *liberdade* do juiz. Ao que parece, acolheu-se aqui antiga crítica doutrinária e posição praticamente uniforme da jurisprudência quanto ao fato de que a *liberdade* de apreciação da prova nunca foi totalmente *livre*, dada sua sujeição à devida e adequada fundamentação, bem como aos elementos dos autos ("livre convencimento racional e motivado do juiz"). Na verdade, a expressão *livre* da redação do art. 130 do CPC/73 servia ao propósito de afastar de nosso ordenamento a aplicação da chamada *"prova legal"* – ou, denominada por alguns de *"prova tarifada"* – pelo qual a própria lei (e não o juiz) determina o valor a ser atribuído a cada prova nos casos concretos.

Por fim, discute-se no Brasil se os poderes instrutórios do juiz não encontrariam limitação na própria regra de distribuição do ônus da prova. Sobre o tema, nos parece que não há, na verdade, uma limitação sob tal fundamento. Os poderes instrutórios do juiz visam auxiliar o próprio magistrado na formação de seu convencimento para a correta solução da lide; ao passo que as regras de ônus da prova servem ao propósito de, no julgamento da demanda e a depender dos elementos trazidos aos autos, garantir a inafastabilidade da tutela jurisdicional e afastar o *non liquet*[624].

---

[622] Nesse sentido: WILLIAM SANTOS FERREIRA. Das Provas. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim et. all. (Coords.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1000.

[623] Nesse sentido: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 645.

[624] Nesse sentido é também a orientação de DANIEL CASTRO, para quem *"os poderes instrutórios do juiz não se limitam, tampouco ficam aumentados, quaisquer que sejam as regras de distribuição do*

Ainda pertinente a este tema, também não nos parece que a iniciativa probatória do magistrado tenha natureza complementar à iniciativa das partes, no sentido de completá-la se insuficiente ao seu convencimento – como ocorre em outros sistemas, acima mencionados. Nem o art. 370 do CPC, nem qualquer outro dispositivo legal no referido código, trazem qualquer indicação nesse sentido e, ao contrário, sua interpretação confirma que o juiz tem amplos poderes nesse sentido, independentemente da suficiência das evidências já produzidas ou requeridas pelas partes. O exercício de tais poderes pelo juiz se destina a criar o amparo necessário para que a pacificação do conflito ocorra de modo justo, com a correta indicação do conjunto fático que fundamentou a tutela jurisdicional e com a oportunização para que as partes participem de tal produção[625].

Diante desse contexto, nos parece que o exercício dos poderes instrutórios de ofício atribuídos ao magistrado se manifestam (ou deveriam se manifestar) de maneira diferente a depender da natureza do litígio levado à sua apreciação, das partes envolvidas no conflito e do impacto da discussão ao interesse público. Em demandas revisionais de contratos, tais elementos – aliados à consideração da lógica econômica do contrato no mercado – deveriam ser de extrema relevância para a limitação do exercício dos poderes instrutórios do juiz. Nessa seara, alguns poderes-deveres específicos atrelados ao poder-dever geral de instrução merecem uma abordagem mais detalhada. É o que se passa a analisar.

ônus da prova, porquanto somente serão aplicadas como condição necessária a evitar-se o non liquet e de sorte a serem entendidas como regras de julgamento. A ressalva, em verdade, não guarda ligação com os poderes instrutórios, mas sim com a premissa" (*Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios doo juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito (Mestrado), São Paulo, 2010, pp. 130-131).

[625] Também nesse sentido são válidas as palavras de DANIEL CASTRO, para quem, "*a produção de determinada prova não se destina, portanto, a beneficiar ou substituir a falha de uma das partes no campo probatório, mas sim tem o condão de trazer subsídios necessários para o juiz decidir, decisão essa voltada a atingir os escopos sociais e jurídico da jurisdição"* (*Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios doo juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito (Mestrado), São Paulo, 2010, pp.143-144). Sobre o tema, MICHELE TARUFFO defende que a verdade dos fatos litigiosos não é um fim do processo (o poder instrutório do juiz não busca a verdade em si), mas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa (*A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 15, 20-21 e 23). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, por sua vez, destaca que o poder instrutório do juiz não tem por fim encontrar a verdade e sim "*proporcionar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito afirmado"* (*Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 16, 19 e 21-22).

12.2. Poder de determinar a produção de provas de ofício (art. 370, CPC)

O art. 370 do CPC estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (postura positiva) e que indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (postura negativa). A referência legal às "provas necessárias" indica, na verdade, o poder-dever de determinar quais os *meios de prova* adequados, pertinentes e necessários no caso concreto e não a *prova*, enquanto resultado fático propriamente dito[626].

Como se vê, especialmente ao estabelecer a postura positiva do juiz, a disposição legal é aberta, atribuindo ao julgador poderes gerais para determinar, ele próprio, independentemente de requerimento das partes (não obstante estas tenham que ser necessariamente ouvidas a este respeito), a produção de determinada prova de modo a permitir um adequado julgamento do próprio mérito da demanda.

Não nos parece, contudo, que o exercício de tal poder instrutório de ofício possa ser exercido de modo indistinto em todo e qualquer processo submetido ao Judiciário. Em ações que visem à revisão de contratos, a atuação mais ou menos incisiva do julgador em termos de produção de prova pode ter efeitos indesejados, excessivamente custosos e até contrários à própria dinâmica econômica da contratação. Ou seja, a interferência judicial na seara probatória pode, se não realizada de modo cauteloso, ir contra a própria finalidade para a qual o contrato foi firmado e ser impertinente ao interesse de ambas as partes e à própria solução da disputa.

Mesmo na Itália, onde os poderes instrutórios do juiz estão consolidados na legislação há décadas – apesar de se destacar o papel mais *subsidiário*[627] do juiz na iniciativa probatória –, a questão é controvertida na doutrina. GIULIANO SCARSELLI[628], por exemplo, defende que, em lides que envolvam direito privado, o juiz não deve exercer, de ofício, poderes instrutórios sem que as partes assim o queiram. Além de abordar o princípio da demanda – já analisado neste trabalho – o autor defende que: (i) a justificativa da busca de paridade e reequilíbrio entre as partes não vingaria pois as partes só podem atuar em juízo

---

[626] A língua inglesa, nesse ponto, favorece a discussão conceitual acadêmica ao diferenciar *evidence* (meio de prova) da *proof* (prova propriamente dita).

[627] Cf. PAULO ISSAMU NAGAO (*O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 107).

[628] *Poteri del Giudice e Diritti delle Parti*. Coleção Il giusto processo civile, volume 4, 2010, disponível em **www.studiolegalescarselli.com**, acesso em 15.10.2017, item 8.

por meio de advogados e, permitir o exercício de tais poderes pelo juiz, implicaria admitir que alguns advogados não exercem adequadamente seu mandato; (ii) o juiz que, de ofício, determina a instrução do processo perderia sua neutralidade e (iii) ao determinar a produção de uma prova não requerida pelas partes, o juiz violaria a razoável duração do processo e afetaria o custo do tempo do processo vislumbrado pelas partes, valorizando indevidamente a parte a quem beneficia a demora do processo.

Apesar das acertadas conclusões quanto ao custo do tempo, a orientação acima comporta diversos temperamentos.

Novamente, se destaca que não é a disponibilidade do direito material que determina um maior ou menor poder judicial para fins instrutórios. Na prática, quase sempre estamos diante direitos disponíveis (ou pelo menos, de efeitos patrimoniais disponíveis ainda que envolvendo direitos indisponíveis) em demandas revisionais de contratos, de modo que se a disponibilidade tivesse um papel relevante, nunca se falaria em produção de provas de ofício em demandas revisionais de contratos. E não é o que se vê.

Para que o juiz desempenhe esse poder instrutório de ofício que lhe é conferido pela lei processual, seus limites devem se pautar pela (i) necessidade e utilidade da produção de uma determinada prova à luz dos limites objetivos da lide e (ii) pela razoabilidade dos custos de produção da prova à luz da possibilidade das partes e de sua finalidade na demanda. Para que essas duas preocupações sejam atendidas, o poder instrutório judicial deve levar em consideração os parâmetros da natureza contratual – e de sua complexidade -, da vulnerabilidade das partes envolvidas no litígio, da lógica econômica da contratação no mercado em que ela se insere e do impacto do contrato ao interesse público.

A necessidade e a utilidade da prova são parâmetros oferecidos pelo próprio CPC, em seu art. 370, *caput* e parágrafo único e que se direcionam não apenas às partes, mas igualmente ao próprio julgador. TARUFFO[629] trata esses dois critérios conjuntamente como *relevância* e ensina que esta é um *critério* pelo qual o julgador deve admitir como elementos de prova apenas aqueles com *"conexão lógica com os fatos em litígio"* e ofereçam uma *"base cognitiva para que se estabeleça a verdade de um fato em litígio".*

A necessidade fica evidente, por exemplo, quando o juiz deve analisar um pleito revisional de contrato sem ter o instrumento contratual à sua disposição nos autos. É relativamente comum, na prática forense, que

[629] *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 36.

consumidores não anexem em suas iniciais os contratos bancários – muitas vezes firmados eletronicamente e em relação aos quais não têm fácil acesso – e, mesmo sem o instrumento, requeiram a revisão de cláusulas que reputam abusivas. Sem prejuízo de se ordenar, inicialmente, ao próprio autor que o exiba, por se tratar de documento essencial à prova do fato abusivo, na hipótese de o consumidor informar ter um difícil acesso a tal documento ou de ter formulado já um pedido ao banco sem êxito no atendimento, o juiz tem pleno poder para determinar, de ofício, tal exibição pelo próprio banco – parte que goza de maior suficiência informacional e pode, mais facilmente, providenciar a cópia da documentação necessária. A natureza mais protetiva da contratação e a vulnerabilidade informacional da parte lesada, neste caso, autorizam que esse poder se manifeste em atenção ao julgamento mais correto da demanda. Neste pedido, contudo, o juiz deve estar atento à utilidade da prova. Não há dúvida de que a exibição pura e simples do contrato está em conformidade com a utilidade pretendida na ação revisional do instrumento (pedido). Não haveria utilidade, contudo, a determinação de exibição de demonstrativos de lucro da instituição financeira ou a realização de perícia contábil para se aferir se haveria abusividade ou não na cobrança de juros de seus clientes. Tal determinação de ofício não guarda nenhuma pertinência com a própria lógica da contratação e do mercado e não se prestaria ao efeito de apurar a abusividade dos juros – além do que tais determinações em nada aproveitariam ao interesse público.

Independentemente da disponibilidade do direito debatido, se a natureza da relação contratual e sua lógica econômica são complexas e as partes não apresentam qualquer vulnerabilidade informacional a respeito das condições contratuais e seus riscos e elas próprias já determinaram que, em determinadas situações, caberá uma prova *x* ou *y*, a ser desenvolvida por um determinado profissional, menor será o poder do juiz de determinar, de ofício, uma prova diversa daquela já pactuada. Se assim o fizer, poderá correr o risco de trazer aos autos conclusões de profissionais que não estão acostumados à lógica de um mercado às vezes repleto de especificidades e que, além de não serem úteis ao correto julgamento da demanda, poderão ir de encontro com a própria boa-fé e função social da contratação que está sob sua análise, além de prejudicar o tempo do processo. Em tais situações, é mais salutar ao juiz que, de forma cooperativa, demande esclarecimentos às partes para que possa entender a situação fática sob a ótica dos próprios conhecedores do negócio, e não que ele próprio determine a produção de uma prova de ofício.

A correspondência entre a natureza do interesse tutelado na demanda e os poderes do juiz já foi tratada por SWARAI CERVONE, em trabalho sobre os poderes do juiz em ações que envolvam interesses coletivos[630]. O autor defende que o juiz deve adotar uma postura mais ativa no exercício de poderes instrutórios em ações em que haja um interesse público envolvido (especialmente ações coletivas), seja porque se está diante de um bem com maior relevância social, seja porque, em tais casos, geralmente não há risco de imparcialidade por se tratar o processo coletivo de um processo *objetivo.* Apesar de concordar que o poder instrutório de ofício do juiz não depende necessariamente da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material, o autor defende que essa distinção (ao lado da relevância do interesse) pode ser um critério para delimitar o exercício do poder instrutório. Nesse sentido, ao comparar uma ação coletiva de dano ambiental com uma ação individual de colisão de veículos, SWARAI defende que *"não pode o juiz, em casos de direitos disponíveis e pequena relevância social, colocar de lado a existência da preclusão, desprezar a regra de julgamento conforme o ônus da prova e iniciar verdadeira investigação de ofício".* Para o autor, em lides individuais há uma *"maior responsabilidade"* das partes na sua busca e produção, ao passo que, em ações coletivas, os esquemas processuais não podem ser rígidos, de modo a "*propiciar ao juiz boa margem de liberdade na gestão do processo"* – o que inclui a determinação de produção de provas de ofício.

A necessidade e utilidade da prova, contudo, não são os únicos critérios. É possível que a produção de uma determinada prova seja até necessária ao correto julgamento da demanda e útil para a aferição da adequada revisão, porém, não se mostre razoável em função de ser extremamente custosa – ou às partes, por aspectos financeiros, ou ao próprio processo, pelo tempo que demandará em prejuízo da razoável duração do processo.

Quanto ao seu primeiro aspecto, o *custo* da prova, além de sua necessidade e utilidade, deve ser considerado pelo julgador à luz da preocupação especialmente do parâmetro da *vulnerabilidade* da parte litigante em juízo. Primeiro porque, pela redação do art. 82, §1º do CPC, caberá ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício – ônus este que poderá sobrecarregar, em excesso, um dos litigantes em detrimento do outro, quando nenhum deles vislumbrou o risco de realização de tal prova. Em segundo, o custo da prova deve ser cuidadosamente valorado pelo juiz por sua íntima relação com a 'paridade de armas' que é almejada na

[630] *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito (Dissertação), São Paulo, 2007, pp. 61, 63, 87-89.

seara processual. A doutrina, neste ponto, exige certo cuidado do julgador e tal prudência, a exemplo de ROQUE KOMATSU[631] que lembra que *"o juiz não deve suprir deficiência probatória em que uma das partes incorreu"*, mas apenas *"assegurar que sejam iguais as oportunidades".*

Quanto ao seu segundo aspecto, a avaliação do custo da prova determinada de ofício pelo julgador deve considerar sua pertinência face ao temo do processo. Essa preocupação com o tempo do processo foi, inclusive, positivada nos EUA. A Rule 403 das *Federal Rules* of Evidence dos EUA[632] garante ao juiz o poder de excluir a produção de provas que, mesmo relevantes, levem a um *"atraso injustificado"* ou à *"perda de tempo"* no processo. Também o art. 147 do CPC francês é bastante claro ao estabelecer que o juiz deve limitar a escolha do meio de prova àqueles que são *"suficientes para a solução do litígio"* e optar por aqueles que sejam *"mais simples e menos onerosos".* A importância do custo da prova também já foi destacada por TARUFFO[633], para quem a escolha do meio de prova deve avaliar sua pertinência para *"evitar perda de tempo e dinheiro"*.

Nesse sentido, já mencionamos anteriormente o exemplo do caso *Volkswagen* na Alemanda do pós-guerra, em que o Tribunal insistiu na solução da revisão contratual e, para tanto, foi necessária longa e complexa prova contábil que envolveu todo o custo industrial de uma fábrica para apuração do preço de apenas 2 (dois) automóveis. Não é isso, certamente, que se espera de um processo civil cooperativo, de resultados justos e em tempo razoável.

12.3. Poder de determinar comparecimento da parte (art. 139, VIII, CPC)

Como já disse PIERO CALAMANDREI[634], invocando um antigo provérbio veneziano, para vencer uma demanda não basta apenas ter razão; é preciso ter razão, saber expô-la, encontrar quem a compreenda. A necessidade de que o juiz compreenda o litígio trazido à análise do Judiciário é, talvez, o principal e

---

631 Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 708-709.

632 Rule 403 - The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence (As amended Apr. 26, 2011).

633 *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 48.

634 Il Processo come Giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I, Padova, CEDAM, 1950, p. 25.

mais importante desafio da tutela jurisdicional justa quando esta envolve a revisão de contratos. Esse desafio é claro na medida em que o juiz é um profissional que domina a técnica jurídica mas é, a rigor (e com razão de ser), um leigo em negócios e, enquanto tal, precisa de esclarecimentos para que possa promover o correto julgamento da controvérsia.

O CPC inovou ao incluir entre os poderes-deveres gerais do juiz, no inciso VII do art. 139, *"determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso"*. A redação é bastante similar à prevista no art. 342 do CPC/73[635], que estava inserida dentro do capítulo destinado ao depoimento pessoal das partes. Contudo, trata-se aqui de nova figura que não se confunde com o depoimento pessoal das partes – meio de prova regulamentado em apartado, nos arts. 385 a 388 do CPC – e que, diferentemente deste, não implica a consequência de confissão. Para TERESA ARRUDA ALVIM[636], a nova figura tanto não guarda relação com o depoimento pessoal que deve ser tomado em uma *"audiência informal"*, separada do momento da audiência de instrução.

A medida não é nova no direito processual estrangeiro. No sistema processual alemão, REINHARD GREGER e RONALDO KOCHEM[637] comentam que o poder do juiz de determinar o comparecimento pessoal das partes, previsto no §141, I, 1 da ZPO alemã, *"não deve servir ao esclarecimento do juízo (Amtsaufklärung), embora essa compreensão equivocada seja comum, mas sim, ao melhor entendimento dos argumentos das partes"*, sendo esta a posição que mais se coaduna à efetivação do dever do cooperação positivado em tal sistema. Na França, o *Code de Procédure Civile*, em seu art. 8º[638], também permite ao juiz convocar as partes a comparecer em juízo e fornecer esclarecimentos fáticos necessários à solução da lide. De igual forma se orienta o sistema italiano (art. 117[639]).

No Brasil, o entendimento tem sido no sentido de que a finalidade da inquirição serve a "*aclarar pontos do processo que ele* [juiz] *repute*

---

635 "Art. 342, CPC de 1973 – *O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa"*.

636 *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 265-266.

637 Cooperação como Princípio Processual, *Revista de Processo*, vol.206, abril-2012, p.123, item 4.

638 Na íntegra, o art.8º do Código processual francês estabelece que *"Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige".*

639 O art. 117 do *Codice di Procedura Civile* estabelece que *"il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberalemente sui fatti della causa".*

importantes para a decisão da causa"[640]. De fato, este parece ter sido o objetivo da nova disposição, clara em vincular a inquirição a esclarecimentos *"sobre os fatos da causa"* e pode – e deve – ser utilizada pelos magistrados para melhor compreender as questões fáticas muitas vezes complexas que permeiam as demandas judiciais, notadamente aquelas que envolvam a revisão de contratos e demandem o conhecimento da lógica econômica como pressuposto para uma decisão correta e adequada ao funcionamento doo mercado.

Um dos questionamentos geralmente levantados pela doutrina sobre o tema é sobre o momento de sua produção: se os esclarecimentos seriam cabíveis apenas após a produção de outras provas, como complementares e sobre pontos ainda pendentes ou duvidosos ou se não haveria qualquer exigência em relação ao seu momento processual. Entende-se aqui, contudo, que a questão parece já ter sido respondida pelo próprio dispositivo, bastante claro em permitir o exercício de tal poder-dever pelo magistrado *"a qualquer tempo"*.

O exercício de tal poder judicial de determinar o comparecimento da(s) partes(s) para esclarecimentos, sem que a convocação tenha os mesmos efeitos de um depoimento pessoal (e possível confissão) pode ser de extrema relevância em demandas que envolvam revisão de contratos – principalmente em casos de contratos complexos e em contratos que tenham impacto em uma coletividade.

12.4. Prova técnica para a revisão contratual: cooperação e convenções

A análise da interferência do Estado em relações contratuais por um viés da orientação dos estudiosos de *Law and Economics* – de aplicação da teoria econômica ao direito – sempre rende interessantes discussões e a produção de provas em demandas que envolvam revisão judicial de contratos é exatamente uma delas.

Expoente da Escola de Chicago, RICHARD POSNER[641] é um de seus principais autores, defendendo a eficiência da circulação de recursos e sua influência no mundo jurídico. Segundo o autor, em áreas como antitruste, direito contratual, direito financeiro, propriedade intelectual, direito ambiental,

---

[640] Nesse sentido: NELSON NERY JR. e ROSA NERY (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 585).

[641] *How judges think*, Cambridge – Massachusetts, Harvard Press, 2008, p. 77.

responsabilidade civil por danos, entre outras, os tribunais têm adotado uma abordagem econômica à solução de tais casos, mas não suficientemente aplicáveis aos casos sem a necessidade de considerar suas consequências sociais. Para ele, questões como, por exemplo, se um fornecedor pode ou não proibir seus distribuidores de reduzir preços de revenda definidos pelo primeiro, não podem ser respondidas por técnicas legalistas e não devem ser respondidas por uma *intuição não instruída*; mas poderiam ser respondidas de forma objetiva por *"judges armed with basic economic skills and insights"*.

De modo adequado e direto, MICHELE TARUFFO[642] destaca a importância dos bons peritos – que tragam aos autos uma "ciência boa" – para os corretos julgamentos e defende que *"se o juiz servir-se de um perito em um ramo no qual não existem conhecimentos científicos confiáveis, correrá o risco de se ver difundindo conhecimentos psudocientíficos cuja confiabilidade não supera aquela das ilações que alguns extraem da leitura da borra de café"*.

De fato, o juiz, em casos mais complexos (*hard cases*) e a fim de evitar trabalhos que não estejam no mesmo nível de complexidade têm o poder-dever de estimular uma indicação conjunta pelas partes, as quais podem ter acesso a profissionais mais qualificados para aquele determinado mercado em que atuam, mas que precisem desse "impulso" para que se componham quanto a uma indicação conjunta. Tal como já mencionado anteriormente – em item pertinente ao negócio jurídico processual e as cláusulas de *hardship* – o juiz cooperativo e de boa-fé tem o poder-dever de estimular esse esclarecimento necessário ao correto julgamento da lide, demandar que as partes apresentem informações técnicas e, inclusive, convocar audiência com os patronos para que, em saneamento compartilhado, sejam conjuntamente fixados os pontos controvertidos e deferidas provas técnica importantes e adequadas, facultando às partes, expressamente, que indiquem profissionais para assumir o encargo se necessário for.

Nesse ponto as convenções processuais ganham uma importante atribuição. É sabido que a regra do *pacta sunt servanda* e o princípio da relatividade contratual têm seu alcance também a esta figura, no sentido de que os pactos vinculam as partes – e apenas as partes. De todo modo, assim como com a evolução da teoria contratual passou-se a admitir cientificamente que, inobstante a relatividade, os pactos podem produzir efeitos em relação a terceiros e à sociedade de modo geral. O tema ganha contornos especiais quando estamos diante da pactuação de uma convenção processual pois sendo

[642] *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 322.

o juiz um terceiro ao ajuste, estaria vinculado às disposições das partes sobre determinados aspectos do processo?

ANTONIO DO PASSO CABRAL[643] defende que o juiz não é parte em convenções processuais pois carece ele de liberdade (ao menos a mesma liberdade conferida às partes) e que o juiz se vincula às convenções processuais válidas porque tem o dever de aplicar a norma convencional (e não apenas a *norma legislada)*. Apesar de não ser parte, ele pode, segundo o autor, *participar*, seja incentivando às partes ao juste, seja fiscalizando mediante o controle de sua validade e, nessa participação, é essencial que a condução da prova seja feita de modo conjunto e inclusive, o juiz tenha a iniciativa, se julgar pertinente, de formular questões técnicas a peritos indicados pelas partes, mesmo que a perícia não seja, por acordo de vontades, produzida por um profissional indicado pelo juiz[644].

Antes do CPC, Leonardo Greco[645] também já defendida que um aumento do poder das partes não deveria ser interpretado como *"uma tendência de privatização da relação processual"* mas apenas o reflexo de uma aceitação de que as partes são destinatárias dessa prestação jurisdicional e portanto habilitada a tomar certas decisões em relação ao seu rumo.

Se destaca não apenas a iniciativa do juiz nessa condução da produção probatória, mas também sua gerência quanto à inversão do ônus de produção dessa prova. O art. 373, §1º do CPC não deixa qualquer dúvida de que cabe ao juiz esse poder, inclusive de ofício e sempre de forma fundamentada, de atribuir ônus da prova de modo diferente da regra geral nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O permissivo guarda íntima relação com o critério da vulnerabilidade, que, como se adiantou, pode dizer respeito à defensabilidade dos sujeitos em diversos aspectos – informacionais, econômicos, técnicos etc.

---

643 *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*, Tese de Livre-Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 238.

644 O Ministro LUIZ FUX, em apresentação sobre Direito e Desenvolvimento, destacou que a figura das convenções processuais e a possibilidade de fixação de um calendário processual pelas partes foi uma das medidas adotadas pelo CPC como foco na análise econômica do direito e destacou o acerto do entendimento doutrinário que defende que um sistema processual eficiente tem influência nos investimentos de um país (Law and development: the role of the judiciary in Brazil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 77, julho-setembro 2017, pp. 15-21, item 2).

645 Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 290-291.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR[646], ao tratar de discussões em sede de defesa da concorrência, destaca a importância desse tratamento do ônus da prova. O autor traz a experiência dos sistemas alemão e norte-americano a este respeito. No sistema alemão, a Corte Suprema tende a utilizar o conceito de mercado comparativo para avaliar o dano ocorrido em mercado com infração às normas concorrenciais, comparando-o a mercados sob regime de livre concorrência – eles não buscam uma certeza rigorosa na quantificação do dano, mas sim uma aproximação, uma média. Segundo o autor, nos EUA, a Suprema Corte tem adotado em demandas sobre direito antitruste, com base na comum *assimetria de informações* entre as partes envolvidas, uma tendência à prevalência da presunção de responsabilidade do réu-cartelizador pelo efeito danoso na distribuição do ônus da prova em favor do autor-prejudicado. Isso porque, o que se pretende punir não é o dano em si (daí a desnecessidade de sua prova efetiva quanto à sua ocorrência e extensão), mas a capacidade do ato em produzir os danos tutelados pela lei.

A questão ganha contornos importantes quando estamos diante de demandas revisionais. A depender da natureza da relação e da vulnerabilidade dos envolvidos, é praticamente impossível ao lesado, em algumas situações, demonstrar que a lógica econômica sofreu algum impacto indesejado e que esse impacto reflete no próprio interesse público de manutenção equilibrada das relações sociais.

A ideia de que os sujeitos processuais possam, cooperativamente e eivados de boa-fé, discutir a pertinência da produção da prova técnica essencial ao correto julgamento da demanda revisional está em total consonância com o parâmetro limitador de consideração da lógica econômica e do interesse público em demandas revisionais e tem por objetivo estimular que a tutela jurisdicional seja a mais adequada, segura e efetiva aos agentes do mercado e que sirva de parâmetro para pacificação e estabilidade econômica.

* * *

[646] Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. *Tratado de Direito Comercial: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*, vol. 6, Fábio Ulhoa Coelho (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 426-427.

13. A SENTENÇA NA AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS

13.1. A sentença revisional e sua natureza

A sentença é, por definição do art. 203, §1º do CPC o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Entre estas, nos interessa a análise das sentenças que resolvem o mérito da demanda, propriamente dito, acolhendo ou rejeitando o pedido formulado na ação ou na reconvenção (art. 487, I, CPC), especificamente para revisar ou não cláusulas contratuais.

Para esse tipo específico de demanda, discute-se qual seria a natureza jurídica da sentença, entre suas diversas espécies. A classificação mais usual das sentenças diz respeito à sua segregação conforme o tipo de pedido que é formulado pelas partes. Sob tal critério, é comum a classificação das sentenças em (i) *declaratórias* (também chamadas *meramente declaratórias* pois, na realidade, todas as sentenças têm função declarativa) – que confirmam a existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, ou seja, *declaram certezas*; (ii) *constitutivas* – que criam, modificam ou extinguem uma relação ou situação jurídica; (iii) *condenatórias* – que impõem uma ação ou omissão à parte demandada; (iv) *mandamentais* – que contêm uma ordem de ação ou omissão ao réu, sob pena de desobediência e consequentes responsabilidades; e há ainda que aponte as (v) *executivas lato senso*[647] – que, além da condenação, gozam de aptidão de satisfazer o credor independentemente de nova demanda de execução.

Sob tal classificação, a causa da revisão judicial é de extrema relevância para o enquadramento da natureza da sentença entre tais modalidades e, consequentemente, para a geração de efeitos da determinação judicial no tempo.

Ao reconhecer abusividades e declarar, portanto, invalidades, a sentença tem natureza declaratória em relação à abusividade sofrida e, em relação ao futuro (caso se esteja diante da modificação de relação contratual em curso), o

[647] Defendendo a existência de tal natureza: TERESA ARRUDA ALVIM (*Nulidades do Processo e da Sentença*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 81).

conteúdo revisado confere natureza constitutiva da 'nova' relação jurídica que deve ser observada pelas partes.

As sentenças que promovem a revisão de uma dada relação contratual com fundamento na modificação das circunstâncias (revisão judicial em sentido estrito) têm natureza constitutiva na medida em que além de incluir uma declaração (de desequilíbrio, de excesso, de invalidade, de defeito, de desproporção etc), cria, modifica ou extingue – em parte – uma reção jurídica, constituindo uma nova em seu lugar.

Há na doutrina, contudo, uma discussão sobre se as sentenças revisionais de contratos pertenciariam à controversa classificação de *sentença determinativa* (ou *dispositiva*)[648]. O conceito, contudo, não é harmônico, sendo possível apontar, ao menos, 2 (duas) ideias centrais que já foram empregadas para caracterizá-la: a ideia de discricionariedade judicial e de julgamento por equidade e a ideia de modificação de relações 'de duração'.

Entre os primeiros, na Itália, PIERO CALAMANDREI distinguia a sentença determinativa das demais espécies de sentença pelo fato de o juiz, naqueles casos, não levar em conta a estrita vontade da lei, mas a avaliação de uma situação de fato com base em critérios de oportunidade e conveniência e, de forma similar, CHIOVENDA a conceituava a partir da ideia de poder discricionário do juiz[649]. Carnelutti, de igual forma, distinguia o *processo d'accertamento costitutivo* (aquele em que o juiz aplica, de forma automática, a norma escrita) do *processo dispositivo* (aquele em que o juiz tem uma maior autonomia dada pela própria norma escrita) – e, consequentemente, a natureza das respectivas sentenças. SERGIO COSTA[650], na década de 1930, caracterizava a sentença determinativa como aquela proferida em situações em que a norma escrita não prevê, diretamente, uma obrigação ou direito do interessado, mas

---

[648] Essa não foi a única tentativa de diferenciar a natureza da intervenção judicial em contratos das demais. Sob a ótica do direito civil francês, SAMIR TANAGHO, na década de 1960, se ocupou do tema da revisão judicial de contratos sob o enfoque do que foi por ele intitulada *"obrigação judiciária"*. Em seu texto, foi desenvolvida a ideia – com forte influência do direito romano – de que, ao revisar uma obrigação contratual, o juiz faz nascer uma nova obrigação (julgamento como fonte de obrigação) e, havendo substituição de uma obrigação por outra, se trataria de uma espécie de *novação necessária* ou *novação judiciária*[648]. Tal orientação, contudo, não se mostra pertinente para este trabalho pois a tentativa buscou, na verdade, uma qualificação da obrigação surgida no âmbito jurisidiconal na seara civil e não propriamente uma qualificação processual da sentença (*De l'obligation judiciaire: etude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, Paris, 1965, pp. 80-81, 85).

[649] Cf. CARMEN LÍGIA NERY (*Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 63 e 65).

[650] *Le sentenze civili com la clausola rebus sic stantibus*. Siena, Circolo Giuridico della R. Università, 1930, pp. 15 e 32.

atribui ao juiz o poder de estatuí-los e estipular sua consequência jurídica e sugeria o uso da expressão *"sentença com cláusula rebus sic stantibus"* para essas situações (p. ex., redução de cláusula penal quando a obrigação por parcialmente cumprida). Segundo o autor, contudo, apesar de a discricionariedade e a sentença determinativa se entrelaçarem, a primeira não seria uma condição necessária à segunda – vale dizer, há essa identidade quando a lei remete ao juiz a determinação do objeto e seus efeitos segundo as circunstâncias do caso, mas não haveria quando a lei remete ao juiz apenas as consequências jurídicas (há discricionariedade sem necessariamente uma sentença determinativa) e quando a lei remete ao juiz a determinação do objeto mas lhe dá critérios precisos para sua inferência (não há discricionariedade, mas há sentença determinativa).

Ao tratar do tema, ENRICO LIEBMAN[651] critica algumas afirmações dessa corrente. Ao considerar as sentenças determinativas ou dispositivas como aquelas em que o juiz *"decide segundo as circunstâncias ou segundo a equidade, e está revestido em certa medida de um pode discricionário"*, o autor destaca o perigo de se sustentar essa diferenciação na medida em que poderia levar à errônea conclusão de uma atenuação da autoridade da coisa julgada. Para LIEBMAN, todas as sentenças, na verdade, contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* e o que muda, em tais casos, é apenas o fato de a relação jurídica ser continuativa – situação que em nada difere das sentenças constitutivas, que também produzem uma modificação em uma dada situação jurídica. DINAMARCO[652], no mesmo sentido, destaca que as sentenças determinativas são aquelas que *"decidem por equidade"*, mas lembra que estas nada têm *"de peculiar pelo aspecto processual"*.

Mais recentemente, CARMEN LÍGIA NERY[653] apresentou contundentes críticas ao instituto e defendeu que o conceito clássico de sentença determinativa (fundado na discricionariedade) seria incompatível com o Estado Democrático de Direito na medida em que o juiz, ao agir como *integrador*, *"não está totalmente amarrado aos limites formais da regra da congruência"*. O civilista RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS[654], na mesma linha, destacou que a

---

[651] Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 26-28.

[652] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 219.

[653] *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 67, 89 e 178.

[654] *Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017, pp. 99 e 172-173.

sentença determinativa seria *"capaz de gerar insegurança jurídica"* pois criaria novas condições contratuais, muitas vezes, de ofício pelo juiz.

As conclusões, contudo, nos parecem austeras em excesso. Primeiramente, porque, como já se defendeu, a limitação do princípio da demanda e do princípio da congruência são de extrema relevância em ações revisionais – inclusive quando estamos diante de questões que, do ponto de vista material, gozam de natureza de 'ordem pública'. E também como já se defendeu em item pertinente, o presente trabalho confirma a existência de um campo de discricionariedade judicial em hipóteses previstas pelo próprio legislador e defende que, neste campo, não há espaço para arbitrariedades e amplas criações, dada a limitação da atividade jurisdicional à adequação e utilidade (conveniência e oportunidade) da medida entre os 'indiferentes' à sua disposição. Mas se de um lado se defende aqui a existência (ainda que excepcional) de um poder discricionário, por outro, não é o exercício de tal poder que altera a natureza de uma sentença que, como as demais sentenças constitutivas, se prestará à modificação uma situação jurídica. Não é o fundamento e sim o resultado da modificação que determina a natureza da tutela jurisdicional.

Assim, concorda-se com a posição de que as sentenças 'declarativas' ou 'dispositivas' se incluem na classificação do que concebemos sentença 'constitutiva'[655].

O fato de um provimento jurisdicional se dar de modo mais ou menos *discricionário* ou *criativo*, seja fundado em regras específicas e pontuais, seja fundado na apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios, não afeta sua condição como provimento jurisidicional ou mesmo a autoridade da coisa julgada[656]. A maior 'amplitude' e 'abertura' conferida ao legislador é feita para se garantir maior maleabilidade no método de pacificação social e busca uma adaptação do direito à evolução sempre constante e rápida dos conflitos e da sociedade de modo geral. Pensar dessa forma implicaria retirar a autoridade que qualifica a jurisdição e, em último grau, feriria seu escopo de garantir paz, segurança e confiabilidade aos jurisdicionados.

---

[655] Nesse mesmo sentido: NELSON BORGES (*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil (com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 642).

[656] Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, em comentário à obra de LIEBMAN, *"a carga de poder discricionário contido na sentença determinativa não altera a função exercida pelo juiz no processo"* (Notas à obra de ENRICO TULLIO LIEBMAN. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 35).

Além disso, não podemos confundir a natureza do provimento jurisdicional com a sua eficácia para situações passadas ou futuras. Neste ponto, importante desconstituir a alegação de que o art. 505, I do CPC reconheceria a introdução das sentenças determinativas no ordenamento brasileiro e revelaria uma hipótese de *mitigação* da força da coisa julgada – argumento por vezes invocado para se defender a natureza de sentenças proferidas ações revisionais de contratos de duração prolongada no tempo[657].

O art. 505, I do CPC excepciona a regra de vedação a novas decisões judiciais sobre questões já decididas relativas à mesma lide se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito – hipótese em que a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído na sentença. Segundo CRUZ E TUCCI[658], o novo CPC *"perdeu a oportunidade de eliminar (...) uma regra legal absolutamente desnecessária, que conspira contra a boa técnica processual".* A este respeito, é importante que se constate que tal dispositivo legal em nada afasta ou mitiga a autoridade da coisa julgada (forma e material) de sentenças que versem sobre a modificação de relações jurídicas continuativas – e não afetam, de modo algum, as consequências dessa coisa julgada, como p. ex., o cabimento de ação rescisória[659]. Ao contrário, a leitura do dispositivo conduz ao entendimento de que, mantido o estado de fato e de direito da relação, nenhum juiz decidirá novamente as questões decididas relativas à mesma lide e que eventual novo pleito revisional apenas se justifica na hipótese de superveniênciaa da modificação do estado das coisas. Ou seja, a causa de pedir será totalmente distinta da ação anterior, não havendo completa identidade entre os elementos da ação[660].

---

[657] O dispositivo legal é geralmente invocado em ações de alimentos, em ações de guarda de menores e em ações de condenação a pagamento de benefício previdenciário.

[658] *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*, v. 8, Luiz Guilherme Marinoni et al. (Coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.

[659] Nesse sentido, FLÁVIO YARSHELL confirma que *"não parece correto excluir o cabimento da ação rescisória"* se os vícios apontados pelo art. 966 do CPC (antigo art. 485 do CPC/73) não configurarem modificação do "estado de fato ou de direito" a que alude o art. 505, I do CPC (antigo art. 471, I do CPC/73) (*Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 174).

[660] A mesma crítica é aplicável ao art. 15 da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), que dispõe que *"a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificaão da situação financeira dos interessados"*.

13.2. Os efeitos da sentença revisional e poder judicial de sua modulação

A confirmação da natureza da sentença revisional de contratos como constitutiva é essencial para se analisar a sua eficácia. Nesse sentido, a regra é que as sentenças declaratórias e condenatórias produzam efeitos de forma retroativa ao período discutido na demanda (*ex tunc*) e as sentenças constitutivas, mandamentais e executivas lato sensu produzam efeitos apenas a partir do pronunciamento judicial (*ex nunc*).

A distinção é importante em ações revisionais de contrato para a definição do momento a partir do qual a modificação implementada pelo juiz surtirá efeitos na relação jurídica e tal definição dependerá, em especial, da causa do pleito revisional.

Nosso Código Civil, em seu art. 478, ao dispor sobre a hipótese de resolução (e não especificamente a revisão) contratual com fundamento na imprevisão, prevê expressamente que os efeitos da sentença que resolver o contrato *"retroagirão à data de citação"* [661]. Não obstante a previsão se refira apenas à resolução e não à revisão e se trate de entença de natureza constitutiva, é plausível a aplicação do mesmo entendimento para fins de produção de efeitos. Assim, uma vez confirmada a revisão judicial por meio de sentença ou acórdão não mais provido, processualmente, de efeito suspensivo é possível o cumprimento provisório da tutela jurisdicional com produção de efeitos a partir da citação; e, em definitivo, após o trânsito em julgado[662].

Quanto às invalidades como causa de revisão judicial de contratos, o CC traz importantes disposições que afetam a esfera processual de eficácia das sentenças revisionais. O art. 177 do CC é claro ao estabelecer que a anulabilidade *"não tem efeito antes de julgada por sentença"* – não obstante

---

[661] Há quem discuta a pertinência dessa disposição. Nesse sentido, ÊNIO ZULIANI defende que *"restringir o campo de incidência da sentença para excluir as prestações vencidas antes da citação, seria o mesmo que negar efeito prático ao instituto"* pois as partes apenas tomariam ciência do sacrifício quando tentassem cumprir a obrigação (Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*., Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, p. 665). Sobre tal ponto, identificamos que há algumas decisões revisionais de contratos que optaram por permitir a eficácia da revisão a partir do ajuizamento da ação e não propriamente a citação (por exemplo: TJSP, AI 9003790-73.1999.8.26.0000, Rel. Des. Nestor Duarte, j. 06.10.1999 e TJSP, AI 9001964-12.1999.8.26.0000, Rel. Des. Nestor Duarte, j. 27.10.1999).

[662] NELSON BORGES, ao analisar ações revisionais fundadas na teoria da imprevisão, destaca que a sentença é constitutiva e, como regra, portanto, tem efeitos *ex nunc*, só produzindo efeitos com o seu trânsito em julgado. Na verdade, porém, é possível que produza efeitos antes do trânsito em julgado, mediante o cumprimento provisório de sentença.

A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil (com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 642.

não faça referência aqui ao status processual da sentença, entende-se aqui como aquela sentença não mais sujeita a efeito suspensivo (a ensejar cumprimento provisório) e aquela transitada em julgado (a ensejar cumprimento definitivo). Não obstante, é comum que se afirme que a desconstituição do ato anulável se dá com efeitos retroativos (ex tunc). HEITOR SICA[663] confirma os efeitos do reconhecimento judicial da nulidade operam *ex tunc* pois o ato está viciado desde seu nascimento e segundo RUY ROSADO DE AGUIAR JR., isso ocorreria pois a *"sua passagem para o plano da eficácia foi apenas provisória"*[664].

Em relação ao passado, a causa da revisão judicial, portanto, importa à delimitação de efeitos. Para a sua prospecção ao futuro, a constituição de uma 'nova' ('modificada') relação jurídica tem traços de identidade, independentemente da causa. Com essa perspectiva, contudo, é importante que se tenha em mente a necessidade de a sentença definir, tal como se as partes o tivessem definido em contrato, todos os elementos necessários à execução da obrigação contratual, sem lacunas e sem condicionantes. Nesse ponto a sentença brasileira deve, por imposição do legislador processual, ser certa – ela pode resolver uma relação jurídica condicional, mas não pode ser uma sentença condicional.

Ainda em relação aos efeitos, destaca-se o fato de que, em demandas de defesa coletivo que tenham por objeto direitos individuais homogêneos relacionados a pedidos revisionais de contratos que se apliquem a uma homogeneidade de pessoas, seus efeitos se espraiam a essa coletividade de interessados e, uma vez procedente a demanda, os indivíduos terão que promover demanda autônoma de cumprimento, em nome próprio, para que possam, além de endereçar as questões individuais relativas a cada relação contratual em si, obter, em seu favor, os efeitos da tutela jurisdicional revisional. Segundo TEORI ZAVASCKI[665], a sentença, neste caso, confere tutela de conteúdo genérico, com juízo limitado ao âmbito da homogeneidade do direito, cabendo aos individuais seu respectovo cumprimento.

Por fim, a retroatividade dos efeitos das sentenças, contudo, não afeta, a rigor, a exigibilidade das prestações contratuais pactuadas entre as partes. Durante a fase de renegociação extrajudicial e mesmo durante a tramitação da ação judicial em que se discute a modificação contratual, é premissa a

---

[663] Contribuição ao estudo da Teoria das Nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no Direito Processual Civil. *Impactos Processuais do Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 186.

[664] *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004, p. 67.

[665] *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

continuidade e exigibilidade do contrato em todos os seus termos, salvo decisão em sede de tutela provisória de urgência ou da evidência, sob pena de configuração de mora e/ou inadimplemento contratual e independentemente do motivo da pretensão de revisão.

Nesse sentido, a 2ª Seção do STJ tem o entendimento sumulado (Súmula 380) no sentido de que *"A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor"*. Não obstante todos os 7 (sete) julgados que tenham dado origem a tal orientação se refiram a ações revisionais de contratos bancários fundados na tese de abusividade de cláusulas contratuais, a orientação se encaixa também às demais hipóteses de revisão judicial de contratos em sentido lato – compreendendo a revisão por modificação superveniente de circunstâncias e por anulabilidades.

O próprio CPC contém regra específica a esse respeito especialente ao tratar da exigibilidade dos títulos executivos extrajudiciais e em seu art. 784, §1º, estabelece que a propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo – entre as quais as revisionais lato senso – não inibe o credor de promover-lhe a execução.

13.3. A importância da motivação em demandas revisionais de contratos

A fundamentação dos julgamentos emitidos pelo Poder Judiciário, como se sabe, é uma garantia processual-constitucional (art. 93, IX, CF) e condição essencial das sentenças e acórdãos (art. 489, II, CPC). Com a nova sistemática processual brasileira *cooperativa*, a fundamentação ganhou requintes de extrema relevância: o §1º do art. 489 do CPC passou a enumerar diversas situações em que as decisões judiciais não serão consideradas como fundamentadas. A fundamentação, portanto, deve ser *adequada* – ou seja, suficiente (abordar todas as questões hábeis a alterar a conclusão do julgado), clara (não obscura), completa (sem omissões sobre pedidos ou questões relevantes ao julgamento), coerente (não contraditória) e pautada por premissas corretas (sem equívocos ou erros materiais).

A motivação clara, suficiente e adequada é essencial para o atingimento dos escopos da jurisdição. Com total acerto, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON[666] destaca que a motivação tem uma função *extraprocessual* que consiste em tornar possível o controle externo, pela opinião pública e sociedade

[666] (Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. *Direito Processual Constitucional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 181-182).

em geral, sobre a correção da decisão judicial; e uma função *endoprocessual*, ao persuadir as partes da justiça da decisão, reforçar a autoridade da decisão tomada, desestimular a impugnação da parte sucumbente e, caso haja impugnação, permitir a individuação dos erros de tal decisão.

Nesse contexto, especificamente em ações revisionais de contratos, o enfrentamento, pelas decisões, sentenças e acórdãos, de todos os critérios limitadores do poder revisional do juiz ora propostos deve estar demonstrado de forma adequada (clara, completa, coerente, suficiente e asentada em premissas corretas), sob pena de não se alcançar, ao final, a decisão de mérito justa e efetiva preconizada pelo art. 6º do CPC. A fundamentação adequada é importante, neste tipo de demanda, não apenas por se tratar de garantia processual dos próprios litigantes, mas igualmente em função do interesse público que, muitas vezes, permeia a judicialização de contratos. Especialmente em contratos massificados ou mesmo em contratos não massificados mas cuja cláusula seja de aplicação ampla em segmentos, o mercado está sempre atento à movimentação judicial – mesmo em demandas meramente individuais. Como já se defendeu ao longo deste trabalho, as ações revisionais de contratos são verdadeiros instrumentos, senão de regulação, ao menos de parametrização do comportamento dos agentes econômicos e é exatamente por conta dessa capacidade (e autoridade) de ditar condutas que se justifica o cumprimento, pelo juiz, de uma adequada fundamentação das bases que amparam o julgamento. É a fundamentação que traz clareza ao mercado sobre o enquadramento de suas condutas e sua conformidade aos olhos da justiça.

Significa dizer que o jurisdicionado deve conhecer e compreender não apenas as razões pelas quais o julgador aceitou modificar os termos da contratação originalmente pactuada pelas partes (poder de decisão quanto à hipótese de cabimento da revisão), mas também por qual razão um determinado *quantum* ou *dosagem* na revisão foram adotados em detrimento de outros (poder de decisão quanto à dosagem da revisão). E considerando que o dever de fundamentação não se limita apenas ao julgamento do conflito propriamente dito, também os provimentos judiciais praticados em exercício do poder de direção do processo e dos poderes instrutórios deverão seguir a mesma orientação.

Sabe-se que o volume de processos e a taxa de congestionamento de nossos tribunais são grandes inimigos da realização do dever de fundamentação adequada ou, quando assim não for, da razoável duração do processo. Sem prejuízo das justificativas para tanto, a verdade é que, na prática forense atual,

é possível identificar problemas de fundamentação adequada, especialmente em ações revisionais de contratos massificados.

Em termos de poder de decisão quanto à hipótese de cabimento da revisão judicial, não se pode admitir, à luz do art. 93, IX, CF e do art. 489, §1º do CPC que se julgue procedente ou improcedente uma demanda revisional pois presentes ou ausentes os requisitos legais da imprevisão e porque um determinado fato é ou não extraordinário, ou porque uma cláusula se reputa abusiva à luz do microssistema de proteção ao consumidor ou ainda porque a cláusula penal se mostra excessiva à luz do caso concreto. Como se sabe, a mera reprodução de atos normativos, conceitos jurídicos indeterminados, precedentes, súmulas, entre outros fundamentos, não se prestam a fundamentar um provimento judicial sem que se explique a sua relação com a causa ou com a questão decidida e com as peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso, com sua expressa identificação. Uma forma de se promover essa adequada fundamentação é observar, de forma explícita na decisão, a análise de cada um dos 4 (quatro) critérios limitadores da atuação judicial: a natureza / tipo contratual e suas disposições legais, a vulnerabilidade das partes impactadas pelo contrato, a lógica econômica do contrato em seu mercado e a sua conformidade ao interesse público.

O mesmo deve ocorrer com o exercício do poder decisório a respeito da dosagem da revisão quando confirmado tratar-se de hipótese de cabimento da intervenção judicial. Talvez o mais simbólico exemplo nesse sentido seja a revisão do limite percentual de retenção de valores pagos em compromissos de compra e venda rompidos antecipadamente e que sejam regulados pela legislação consumerista. Em sede de recurso especial repetitivo, nos termos do antigo art. 543-C do CPC/1973, o STJ firmou a tese de que, em contratos submetidos ao CDC (e *cf.* seu art. 53), a restituição de valores pagos pela aquisição de imóvel deve ocorrer de forma imediata na hipótese de rompimento contratual. Apesar de tornar a devolução imediata obrigatória, a tese se limitou a dizer que tal devolução poderia ser *parcial* (e não integral) caso o comprador-consumidor tenha dado causa ao desfazimento do negócio[667], sem especificar o *quantum* reputado razoável.

O que se vê, quanto ao exercício dessa dosagem no poder decisório em demandas dessa natureza, são inúmeros julgados nos mais diversos sentidos e sem a adequada referência sobre quais as razões que levaram a uma redução maior ou menor da porcentagem de retenção. Em casos de rompimento

[667] STJ, REsp Repetitivo nº 1.300.418-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 13.11.2013.

antecipado de compromissos de compra e venda sujeitos ao CDC com pleito de revisão de cláusula penal (retenção de valores pagos), identificamos diferentes dosagens aplicadas pelo STJ: 50%[668], 25%[669], 20%[670], 15%[671] e 10%[672] sobre os valores pagos pelos consumidores e alguns casos ainda inadmitem os recursos diante das vedações das Súmulas nn. 5 e 7 do STJ, desde que as multas tenham sido aplicadas no patamar de 10% a 25%[673].

Entre tais resultados exemplificativos, raros são os acórdãos que fazem referência ao fundamento que justifica a dosagem revisional indicada. Muitos se fundamentam apenas na premissa de que a orientação do Tribunal havia sido firmada nesse sentido e transcrevem excertos de julgados que, igualmente, não especificam o racional que, de fato, fundamentaria o limite da revisão contratual referendada. Outros fizeram referência genérica apenas à *razoabilidade* como critério de aferição do *quantum*, sem especificar os parâmetros utilizados para essa análise. Em linhas gerais, poucas decisões buscaram demonstrar ao jurisdicionado a racionalidade que deve pautar o julgamento por equidade.

O questionamento quanto aos elementos econômicos que pautariam o exercício desse poder decisório chegou a ser (timidamente) discutido no STJ em julgamento ocorrido em 2002, quando se discutiu que o percentual *"dependerá se houve comprovação dos custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância etc"*, diferenciando-se tais

---

668 STJ, REsp nº 247.615-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, j. 16.12.2003 e REsp nº 1.067.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrihi, 3ª T., j. 16.04.2009.

669 Nesse sentido: STJ, REsp nº 907.856-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 19.06.2008; AgInt no REsp nº 1.562.575-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 17.10.2017; REsp nº 1.300.418-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 13.11.2013, REsp 332.947-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.10.2006.

670 Nesse sentido: STJ, AgInt nos ED no AREsp nº 989.906-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 3ª T., j. 24.10.2017 (reconhecendo como razoável, contudo, a porcentagem de 10% a 20%, com fundamento em precedentes anteriores da Corte Superior).

671 Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp nº 1.180.352-DF, Rel. Min. Lázaro Guimarães, 4ª T., j. 20.02.2018, REsp nº 330.017-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 13.11.2001.

672 Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp nº 1.068.171-DF, Rel. Min. Lázaro Guimarães, 4ª T., j. 05.12.2017; REsp nº 907.856-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 19.06.2008 (neste caso, considerou-se que *"o percentual de 10% sobre esse quantum destoa* da orientação jurisprudencial desta Corte, que, em hipóteses análogas, tem determinado a retenção de 25%", no entanto, sem prejuízo da apuração, em liquidação, da indenização pela ocupação do imóvel); AgInt no REsp nº 1.688.214, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 06.03.2018 (julgado considerou que a multa penal em 10% *"se mostra razoável, máxime ante a valorização e a possibilidade de renegociação do bem imóvel"*, contudo, sem enfrentar porque a renegociação – que, em princípio, não foi convertida em valor patrimonial, levaria a essa redução nesse patamar); REsp nº 284.157-AL, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 01.03.2001, entre outros.

673 Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp nº 1.098.957-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., 27.02.2018, AgInt no REsp nº 1.635.794-DF, Rel. Min. Lázaro Guimarães, 4ª T., j. 19.10.2017.

despesas, da própria depreciação do uso do bem (se for o caso)[674]. Aliás, é curioso que dois dos julgados que, excepcionalmente, mais desenvolveram fundamentação quanto aos critérios de fixação do *quantum* revisional (ambos de lavra da Min. Nancy Andrighi), tenham se orientado pela maior porcentagem identificada (50%) – economicamente, a mais "prejudicial" ao consumidor. Nestes casos, foi referendada como dosagem adequada para a revisão de cláusula penal prevista em contrato o patamar de 50% de retenção sobre os valores pagos, considerando-se uma pré-definição contratual estimada e praticada pelo mercado: cerca de 18% do preço com custos e despesas tributários, administrativos, de corretagem, publicidade e promocionais (despesas de comercialização do bem) e 1% do preço total corrigido pelo uso e fruição do imóvel[675] - tais critérios chegaram a ser também replicados em acórdão que reputou razoável a retenção de 25%[676].

Por certo, não são decisões pulverizadas, inconstantes e sem fundamentação que promoverão a pacificação jurídica e social a que o processo civil se presta.

Como já defendeu LUÍS ROBERTO BARROSO[677], se o juiz é *"coparticipante do processo de criação, tem que demonstrar a trajetória intelectual que percorreu e por que aquela solução que produziu é constitucionalmente adequada e convencer o auditório, ao qual a sua decisão se destina, que aquela era a melhor solução"*.

Com total acerto. É justamente esse esclarecimento ao jurisdicionado da trajetória processual e das razões de seu deslinde, dentro da estrutura de um processo dialogal e sem surpresas, que permite a realização do modelo que defendemos de exercício dos poderes-deveres jurisdicionais voltado à *confiança*[678], promovido dentro da ideia de processo-constitucional e pautado pelo objetivo de criar um ambiente de segurança que favoreça a pacificação, transmita credibilidade e, em último grau, confirme a autoridade da jurisdição como método justo e efetivo de solução de conflitos.

---

[674] STJ, Embargos de Divergência em REsp nº 59.870-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 2ª Seção, j. 10.04.2002.

[675] STJ, REsp nº 247.615-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, j. 16.12.2003 e REsp nº 1.067.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrihi, 3ª T., j. 16.04.2009.

[676] STJ, REsp 332.947-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.10.2006.

[677] Casos difíceis e a criação judicial do Direito. *Seminário Teoria da Decisão Judicial*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários (Série Cadernos no CEJ, 30), 2014, p. 21.

[678] Segundo TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., a confiança é uma "*forma de criar segurança* [em relações éticas] *apesar dos riscos"* (Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, jul-set. 2016, pp. 391-404, item 2).

* * *

14. CONCLUSÃO

A tese ora apresentada se propôs a enfrentar pontuais questionamentos sobre a revisão judicial de relações contratuais e a defender a utilização de quatro critérios limitadores do exercício dos poderes-deveres do juiz em demandas dessa natureza.

Quanto ao próprio objeto do tema, assumiu-se a revisão judicial de contratos (em sentido lato) como a modificação (substituição, supressão ou adição) de um dos elementos do conteúdo pactuado pelas partes integrantes de determinada relação contratual por força de provimento jurisdicional do Estado-juiz, no âmbito de uma ação judicial, iniciada mediante provocação das partes contratantes ou demais legitimados. Nesse gênero, se apontou, pelo menos, 3 (três) espécies, classificadas conforme a causa da pretensão revisional: (i) por alteração de circunstâncias (revisão judicial em sentido estrito), (ii) por nulidade e (iii) por anulabilidade.

Concluiu-se que, no Brasil, é admitida a intervenção estatal por meio do agente *juiz* em relações contratuais, permitindo-se a modificação judicial de obrigações pactuadas pelos contratantes em determinadas hipóteses previstas em lei ou por vontade das partes. Segregando-se o exercício dos poderes-deveres do juiz em poderes de decisão, de direção e de instrução (excluindo-se os poderes de execução) e pautando-se pelas diferentes causas da pretensão revisional (alteração de circunstâncias e invalidades), identificou-se que não há, a rigor, um padrão no exercício desses poderes em demandas revisionais e, diante disso, foi apresentada uma sistematização de critérios condutores da atuação jurisdicional.

Para que tal sistematização fosse possível, foram fixados como pontos de partida as constatações de que *(i)* contrato é o instrumento regulador de relações jurídicas por meio do qual as partes, visando a alguma espécie de bem-estar, pactuam alocação de riscos e responsabilidades, em exercício de sua liberdade e autonomia, mas de acordo com as limitações impostas pela boa-fé e pela função social; *(ii)* o direito processual é ciência autônoma mas interdependente ao direito material e, como instrumento, deve atuar de acordo com seus escopos, ligados ao direito substancial, *(iii)* o juiz é legitimado a intervir em relações contratuais – apesar de oscilações históricas quanto ao cabimento e à extensão dessa intervenção –, à luz, hoje, de um sistema tendende mais à conservação dos negócios jurídicos do que à sua extinção; *(iv)* nem sempre os critérios para tal modificação de ajustes contratuais pela via judicial são claramente dispostos pelo legislador, cabendo à ciência processual

delimitar o exercício dos poderes do juiz no âmbito de tais ações revisionais, de modo a evitar abusos ou distorções e fazer do processo um veículo efetivo à concretização de direitos de forma segura, adequada e em tempo razoável (enfim, *justa*) e *(v)* especialmente em ações revisionais de contratos, há campo para a discricionariedade do juiz no exercício de alguns de seus poderes-deveres, o que, de modo algum, se confunde com arbitrariedade – ao contrário, a discricionariedade pressupõe a legalidade e as noções de conveniência e oportunidade típicas do direito administrativo podem ser adaptadas sob o binômio *adequação* (enquadramento à circunstância) e *utilidade* (aptidão ao propósito), para que os escopos processuais sejam perfeitamente atendidos.

Propõe-se, assim, que, em demandas revisionais de contratos em sentido lato, o juiz, no exercício de seus poderes-deveres de decisão e instrução processual – e, em parte, de seus poderes de direção – deverá observar *(i) a natureza da relação contratual e tipo contratual e as disposições legais específicas a eles aplicáveis; (ii) a vulnerabilidade dos contratantes envolvidos e dos sujeitos impactados pelos efeitos do contrato; (iii) a lógica econômica da contratação debatida em juízo, considerando-se o mercado em que ela insere; e (iv) o impacto do contrato ao interesse público.*

Entendeu-se que os pilares da *legalidade*, *vulnerabilidade*, *racionalidade econômica* e *socialidade*, quando conjuntamente observados e praticados em tempo razoável à complexidade da demanda, levarão ao resultado da *decisão de mérito justa e efetiva* (art. 6º, CPC), coerente com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e, portanto, do que vislumbramos como processo-constitucional, sempre a serviço de seus escopos jurídico, social e político e que, observados tais critérios limitadores, a revisão judicial de contratos não implica violação à autonomia da vontade, à liberdade contratual e ao princípio do *pacta sunt servanda* – os quais, aliás, nunca foram absolutos.

Tal fórmula – organizada com base em dispositivos já positivados em nosso ordenamento – visa criar um ambiente de segurança que favoreça a pacificação, transmita credibilidade e confirme a autoridade da jurisdição como método de solução de conflitos.

Sem se descurar da prática – que, especialmente no âmbito processual, se mostra primordial à prova da tese científica – buscou-se, ainda, aplicar os critérios propostos em diversas situações que, à luz do direito material e considerando a segregação por espécie de poderes-deveres aplicáveis, ensejam a revisão judicial de contratos e, com isso, demonstrar a viabilidade (e, mais ainda, a necessidade) da proposição. O trabalho, com este propósito, buscou explorar a aplicação dos quatro critérios limitadores propostos tanto aos

poderes de decisão (seja quanto à hipótese de cabimento, seja quanto à dosagem da revisão) nas situações de direito material mais usuais, como a hipótese de imprevisão, de aplicação da teoria da base objetiva, de cláusula de *hardship*, de lesão e de abusividades contratuais, como aos poderes de instrução, que também guardam íntima relação com o deslinde material da controvérsia. Em relação ao exercício dos poderes de direção do proesso, concluiu-se que os critérios limitadores propostos pela tese não se aplicam quando estamos diante de poderes de direção estritamente formais, relacionados à verificação dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, mas podem ser de extrema utilidade para conduzir os poderes de direção materiaos, relacionados à adequação da marca processual às peculiaridades da demanda.

Ao final, apesar do enfoque processual trilhado, a tese ora proposta chega à mesma conclusão manifestada por BAUMAN na citação que inaugura o trabalho: a pacificação social está intimamente relacionada à confiança naqueles que exercem o poder. Os critérios ora apresentados servem justamente a esse propósito na medida em que propõem que o Poder Judiciário, por meio do juiz cooperativo e no âmbito do exercício de seus poderes-deveres na intervenção em relações contratuais, ofereça a mais efetiva, segura e justa tutela jurisdicional de modo a estimular essa *confiança* pacificadora.

* * *

15. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os Negócios Processuais, *Coleção Grandes temas do Novo CPC: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol.1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, pp.281-302.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil: Da extinção do Contrato (arts.472 a 480)*, vol.VI, Tomo II, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2011.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 2004.

_____. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 531-563.

ALEXANDER, Gregory S. The limits of freedom of contracts in the age of laissez-faire constitucionalism. *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Coord. F. H. Buckley), Durham / London, Duke University Press, 1999, pp.103-118.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa; ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações (Arts.421 a 578)*, Vol.V, Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 143-154.

ANDRADE, Ronaldo Alves de; ASSIS, Araken; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações (Arts.421 a 578)*, Vol.V, Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ANDRIGHI, Nancy. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de Contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*, Vol. IX; Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Vera Andrighi (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), Rio de Janeiro, Forense, 2008.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, São Paulo, Atlas, 2006.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007.

ARAÚJO, Justino Magno. *Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2016.

_____. Os Poderes do juiz no processo Civil Moderno (Visão Crítica). *Revista de Processo*, vol.32, outubro-dezembro 1983, pp.94-106.

ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações (Arts.421 a 578)*, Vol.V, Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, pp.393-423, junho-2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 11-35.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 8ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2007.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de Engenharia e Construção. *Construção Civil e Direito*, São Paulo, Lex Magister, 2011.

BAROCELLI, Sérgio Sebastián. Towards the construction of 'hypervulnerable consumers' category. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113-2017, setembro-outubro 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Casos difíceis e a criação judicial do Direito. *Seminário Teoria da Decisão Judicial*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários (Série Cadernos no CEJ, 30), 2014, pp. 15-27.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, vol.27, julho-setembro 1982, pp.186-199.

BECK, Andrew. Contract. *New Zealand Law Review*, 2010, disponível em Hein Online, pp. 215-227.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*, Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, Coord. Luiz Guilherme Marinoni et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*, Coimbra, Almedina, 2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, pp. 03-18.

_____. Recientes Tendencias en la posición del juez. *Revista de Processo*, vol.96, outubro-dezembro 1999, pp.125-149.

BERTRAN, Maria Paula Costa. *Análise econômica como critério orientador de decisão judicial, aplicações e limites, estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 2006.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Milão, 1953 / *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Campinas, Servanda, 2008.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, pp. 18-29, mar. 1992.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. A tutela do réu nas ações locatícias de imóvel urbano. *Processo Imobiliário: questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis*, Coord. Fabiano Carvalho; Rodrigo Barioni, São Paulo, Forense, 2011.

BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil (com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo, Malheiros, 2002.

Brasil. Câmara dos Deputados. Relatório Geral do Rel. Deputado Paulo Teixeira referente aos Projetos de Lei n.6.025/2005 e 8.046/2010, disponível em ***http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/ 54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer -do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013***, acesso em 02.06.2016.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Procedimentos normativos e controle da regulação econômica no Brasil. *Regulação e Desenvolvimento*. Coord. Calixto Salomão Filho, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 231-262.

BRUNNER, Christoph. Chapter 5: Hardship (Change of Circumstances): Fundamental Change of the Equilibrium of the Contract, Section 13: Legal Effects of Hardship. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, volume 18, Kluwer Law International, 2008, pp.479-512.

BUENO, Cássio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 23-37.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo.* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese), São Paulo, 2015.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia, *Civil Procedure Review*, v.3, n.3: 3-35, agosto-dezembro, 2012.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal – Faculty Scholarship Series*, volume 70, Março-1961, n. 4, pp. 499-553.

CALAMANDREI, Piero. Il Processo come Giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, volume V, parte I, Padova, CEDAM, 1950.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*, Trad. Hermes Zaneti Jr., vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. Apresentação à obra de SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA. *Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. ix-x.

CARVALHO, Fabiano. Capítulo I – Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz: arts. 139 a 143. *Código de Processo Civil Anotado.* Coords. José Rogério Cruz e Tucci et all. LMJ Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 2016.

CARVALHO, Juliane Erthal de. *Empreitada por Preço Global: a uniformização de entendimento do TCU*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados, Curitiba, nº 79, setembro-2013, disponível em **http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=79&artigo=1086&l=pt**, acesso em 30.11.2015.

CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual: teoria e prática*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios doo juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito (Mestrado), São Paulo, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile*. Napoli, Saggi Collana, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

CLARK, Giovani; COSTA, Wander Henrique de Almeida. A Propriedade Privada dos Bens de Produção e a Regulação. *Intervenção do Estado e Autonomia Privada: integração e sistematização.* Org. Antonio Carlos Diniz Murta. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013, pp. 213-226.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil,* 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del 'giusto processo'. *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia,* Tomo I, Milão, Giuffrè, 2005, pp. 347-400.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012.

COSTA, Sérgio. *Le sentenze civili com la clausola rebus sic stantibus*. Siena, Circolo Giuridico della R. Università, 1930.

COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 953-978.

COSTA, Wander Henrique de Almeida; CLARK, Giovani. A Propriedade Privada dos Bens de Produção e a Regulação. *Intervenção do Estado e Autonomia Privada: integração e sistematização.* Org. Antonio Carlos Diniz Murta. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013, pp. 213-226.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Criatividade judicial do direito, *VLEX*, Id. Lex VLEX-678895549, disponível em: **http://vlex.com/vid/criatividade-judicial-do-direito-678895549**, pp. 31-179.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos Contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2007.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 107-114.

CRISTINA, Susana Luísa Lopes. *O Poder do juiz adequar o processo: o princípio da adequação formal e os poderes do juiz*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. O princípio da função social e o contrato de seguro: algumas implicações práticas à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, pp.141-158, outubro-dezembro 2016.

DAHINTEN, Bernardo Franke; DAHINTEN, Augusto Franke. O princípio da função social e o contrato de seguro: algumas implicações práticas à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, pp.141-158, outubro-dezembro 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996.

DAWSON, John P. Judicial Revision of Frustraded Contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, n. 5, novembro-1983, disponível em Hein Online, pp. 1039-1098.

DELGADO, José Augusto. Poderes, Deveres e Responsabilidades do Juiz. Revista Forense, Brasília, DF, v.84, nº 301, p. 335-346, jan./mar. de 1988. Disponível em: **http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9390**, acesso em 25.01.2018.

DEZALAY, Ives; e TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.* Org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 29-80.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

_____. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 181-190.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 323-389.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol.198, agosto-2011, p.213.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 14ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017.

_____. *Vocabulário do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro*, 3º vol., 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

DONNINI, Rogério Ferraz. Contratos Empresariais e a Cláusulas Rebus Sic Stantibus, *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças* (Coords. Gilberto Bruschi et. al.), Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp.801-813.

DOUDKO, Alexei G. Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, *Uniform Law Review*, agosto-2000, volume 5, issue n. 3, disponível em Hein Online, pp. 485-509.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DURBAS, Maciej; e KOS, Rafal. *The arbitrator's (perceived) power to revise a contract vs the power of the public policy clause*, 2014, disponibilizado em **https://www.kkg.pl/publikacje/** , acesso em 20.10.2017.

DUKE, Bruna Lyra. A Revisão dos Contratos e a Teoria da Imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. *Revista*

Portuguesa de Direito do Consumo - RPDC, n. 51, setembro-2007, pp. 151-166.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, julho-setembro 2017, pp. 79-122.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Navarra (Espanha), Thomson Civitas, 2000.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; e POSNER, Richard A.. *The Behavior of Federal Judges: a theoretical & empirical study of rational choice*, Cambridge – Massachusetts; London – England, Harvard University Press, 2013.

FARIA, José Eduardo. Introdução. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.* São Paulo, Malheiros, 2015.

_____. Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. Org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros, pp. 127-160.

_____. *Poder e legitimidade*: *uma introdução à política do direito.* São Paulo, Perspectiva, 1978.

FARUQUE, Abdullah al. Possible Role of Arbitration in the Adaptation of Petroleum Contracts by Third Parties, *Asian International Arbitration Journal*, volume 2, number 2, 2006, pp.151-162.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 85-2013, pp. 15-23, janeiro-fevereiro 2013. Traduzido por Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertoncello.

FELITTE, Beatriz Valente. *Flexibilização da Forma dos Atos Processuais das Partes no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. Atuação do juiz brasileiro na intervenção em políticas públicas: o controle jurisdicional na ordem econômica e financeira. *Revista de Processo*, ano 42, v. 264, fevereiro 2017, p. 343-344.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de Direito Público RDP* 47-48/261 jul.-dez./1978. Republicado em *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 6, maio 2011, pp. 785-802.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, n.21, março/abril/maio-1994, disponível em ***http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931***, acesso em 20.05.2015.

_____. Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, jul-set. 2016, pp.391-404, item 2.

_____. Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. *Tratado de Direito Comercial: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*, vol. 6, Fábio Ulhoa Coelho (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 404-428.

FERREIRA, William Santos. Das Provas. *In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. TERESA ARRUDA ALVIM et. al. (Coords.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Cláusula Rebus sic Stantibus: teoria da imprevisão, *Revista dos Tribunais*, vol. 845, p. 725-750, março-2006.

FIGUEIREDO, Deborah Cavalcanti. *O equilíbrio entre a ampliação dos poderes instrutórios do juiz para a busca da verdade no processo civil moderno e as regras de distribuição do ônus probatório*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, Carlos Alberto de Salles (Coord.), Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo, RT, 2004.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume IX (arts. 485-508)*. Coord. José Roberto Ferreira Gouvêa et al., São paulo, Saraiva, 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. Interpretação dos Negócios Empresariais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 77-155.

_____; e GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo, Malheiros, 2005.

_____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

FRANTZ, Laura Coradini. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *Modelos de Direito Privado.* Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 215-248.

FUX, Luiz. Law and development: the role of the judiciary in Brazil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 77, julho-setembro 2017, pp. 15-21.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008.

GAL, Michal S. Harmful remedies: optimal reformation of anticompetitive contracts. *Cardozo Law Review*, volume 22, 2000, disponível em Hein Online, pp. 91-132.

GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina e jurisprudência.* Rio de Janeiro, AIDE, 2004.

GIL, Fábio. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. Tese – Orient. Prof. Dra. Rachel Sztajn. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: Lesão e Cláusula de Hardship*, Curitiba, Juruá, 2008.

GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos Built to Suit: novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

GOMES, Julio; e MONTEIRO, Antonio Pinto. Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, pp. 319-332.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

GOUVEIA, Alfredo José Rodrigues Rocha de. Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Suplemento V, Lisboa, 1958, pp. 179-202.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Dicionário jurídico Noronha: inglês-português, português-inglês*, 6ª ed., São Paulo, Observador Legal, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

_____; e FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo, Malheiros, 2005.

_____. Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, janeiro-1982, pp. 177-183.

GRECO, Leonardo. Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 290-304.

GREGER, Reinhard; e KOCHEM, Ronaldo. Cooperação como Princípio Processual, *Revista de Processo*, vol.206, abril-2012, p.123.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Notas à obra de Enrico Tullio Liebman. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 3ª ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

HAZARD JR., Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 53-70.

HORN, Norbert. Adaptation and Modification of Contracts in view of a change of circumstances, *Tel Aviv University Studies in Law*, nº 11, 1992, disponível em Hein Online, pp. 137-150.

HOUAISS, Antonio; e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

HUJO, Philip. *Force majeure et Imprévision: une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais e le droit allemand*, disponível em ***http://www.grin.com/fr/e-book/85222/force-majeure-et-imprevision***, acesso em 20.06.2015.

JUSTO, António dos Santos. A administração da justiça no direito romano. *Seminário Internacional: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 71-93.

KOCHEM, Ronaldo; e GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual, *Revista de Processo*, vol. 206, abril-2012, p. 123.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código de consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo, Atlas, 2006.

KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao*

Professor Kazuo Watanabe. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 687-731.

KOS, Rafal; e DURBAS, Maciej. *The arbitrator's (perceived) power to revise a contract vs the power of the public policy clause*, 2014, disponibilizado em **https://www.kkg.pl/publikacje/** , acesso em 20.10.2017.

LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Fabrício et al. (Coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 251-258.

LANDES, William M.; EPSTEIN, Lee; e POSNER, Richard A.. *The Behavior of Federal Judges: a theoretical & empirical study of rational choice*, Cambridge – Massachusetts; London – England, Harvard University Press, 2013.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

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, p. 12-24, jan./mar. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

LIMA. Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Seção III – Do aluguel. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. Org. Luiz Antonio Scavone Junior et. al., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

LIRA, José Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de 'modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor'. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coords.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 425-455.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2016.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a Discricionariedade Judicial. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Coord. José Miguel Garcia Medina et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 94-98.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – Série GVLaw*. Wanderley Fernandes (Coord.), São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 03-74.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. *Direito Processual Constitucional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 177-196.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Tese de concurso público para provimento de cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

_____. Breves considerações sobre a revisão do aluguel. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, Disponível em: **https://jus.com.br/artigos/3020**, publicado em julho-2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Floriano Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 191-198.

MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano e Soares. *Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015.

_____. *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo, Marcial Pons, 2015.

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, abril-2010, p. 11 e seguintes.

_____. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, outubro/dezembro 1992, pp. 140-172.

_____. As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro. *Modelos de Direito Privado*. Org. Judith Martins-Costa, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 249-256.

_____. *Comentários ao novo Código Civil.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 5, t. 2.

_____. Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva Onerosidade Superveniente.

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Revista dos Tribunais, vol. 55/2012, p. 321, janeiro-2012.

_____; e NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, 2015, nº 1, pp. 1247-1299.

MATTOS NETO, Antonio José de. A Cláusula Rebus Sic Stantibus e a Cláusula de Escala Móvel. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, Revista dos Tribunais, vol.1, p.1101, outubro-2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

MILLER, Fernando Faria. Livro Complementar – Disposições Finais e Transitórias: arts. 1.045 a 1.047. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coords. Angélica Arruda Alvim et. al., São Paulo, Saraiva, 2016.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 1993.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro, *Revista do Advogado: O Novo Código de Processo Civil*, ano XXXV, nº 126, maio-2015, São Paulo, AASP, pp.47-52.

MONTEIRO, Antonio Pinto; GOMES, Julio. Rebus sic stantibus – hardship clauses in Portuguese Law. *European Review of Private Law*, n. 3, 1998, Kluwer International, Holanda, pp. 319-332.

MORAES, Renato José. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*, São Paulo, Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 87-98.

_____. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de Direito Processual: Nona Série*. Rio de Janeiro, Saraiva, 2007.

_____. O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, vol.41, p.7, janeiro-1986.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz, *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 22, 2003, pp. 58-72.

_____. Regras de Experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, 261/15, Rio de Janeiro, Forense, janeiro-março, 1978.

NAGAO, Paulo Issamu. *O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*, São Paulo, Malheiros, 2016.

NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR., Nelson. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*. *Revista de Direito Privado*, vol. 60, outubro-dezembro 2014, pp. 237-254.

_____; e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

_____. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos Processuais, Atos Jurídicos Processuais Simples, Negócio Jurídico Processual (Unilateral e Bilateral), Transação. *Revista de Direito Privado*, vol. 64, pp. 261-274, outubro-dezembro/2015.

_____ e NERY JR., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

_____. e NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Geraldo Serrano. *Teoria da Imprevisão e Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Liber, 1956, capítulo III, item 14, versão e-book disponível em **http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/teoriarebus.html**, acesso em 05.11.2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Risco econômico e receita pública nas Parcerias Público-Privadas. *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti* (Coords. Pedro Manoel Abreu e Pedro Miranda de Oliveira), 1ª ed., 2ª tiragem, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; e MARTINS-COSTA, Judith. Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, 2015, nº 1, pp. 1247-1299.

NOGUEIRA, Paulo Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*, Salvador, Jus Podivm, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Apresentação. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, Trad. Hermes Zaneti Jr., vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

_____. Escopo Jurídico do Processo. *Revista de Processo*, vol. 203/2012, pp. 305-317, Janeiro-2012.

_____. *Poderes do juiz e visão Cooperativa do Processo*. Site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em ***http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf***, acesso em 25.11.2015.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *Contratos privados: das noções à prática judicial*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2015.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes de juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009.

PASCHOAL, Maximilian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 883-914.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, outubro-dezembro/2010, disponível em **www.direitodoestado.com.br/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-CALMON-DE-PASSOS.pdf**, acesso em 15.10.2017.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. O Direito romano e as regras de direito europeu dos contratos que determinam o preço a pagar pela prestação com um valor muito diferente do inicial: para uma revisão do paradigma normativo do código civil português. *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual.* Coord. Jorge Miranda, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

_____. *O futuro da justiça*, São Paulo, IASP, 2015.

PINTO, José Emilio Nunes. O mecanismo multi-etapas de solução de controvérsias. Disponível em **http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4510**, acesso em 11.03.2018.

POLIDO, Walter. Contratos de seguros: quando eles se tornam ineficazes para os segurados-consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, pp. 377-413, setembro-outubro 2017.

POSNER, Richard Allen. *How judges think*, Cambridge – Massachusetts, Harvard Press, 2008.

_____; EPSTEIN, Lee; e LANDES, William M. *The Behavior of Federal Judges: a theoretical & empirical study of rational choice*, Cambridge – Massachusetts; London – England, Harvard University Press, 2013.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 2, abril-junho 2004, pp. 32-60.

PUELINCKX, Alphons. Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: a comparative study in English, French, German and Japanese Law. *Journal of International Arbitration*, 1986, disponível em Hein Online, pp. 47-66.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. *Revisão judicial dos contratos: o instituto da lesão e nos novos rumos do direito obrigacional brasileiro,* Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo, 2002.

_____. Teoria da Imprevisão e Novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, vol.830/2004, pp.11-26, dezembro-2004.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, São Paulo, J. de Oliveira, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e análise econômica do contrato*, São Paulo, Almedina, 2017.

REICHELT, Luis Alberto. O sistema dos direitos fundamentais processuais densificado pelo novo CPC e a necessária superação da Súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 110, março-abril 2017, pp. 459.472.

RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie Génerale de Droit et Jurisprudence, 1949.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contratos de Adesão e cláusulas abusivas. *Teoria Geral dos Contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, pp. 352-360.

ROCHER, Peter. French Contract Law Reform. *Business Law International*, International Bar Association, vol.17, n.1, janeiro-2016, pp.59-72.

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

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Código Civil Comentado*, 3ª Ed., Barueri, Manole, Min. Cezar Peluso (Coord.), 2009, pp. 456-643.

RÖSLER, Hannes. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law* 3-2007, Kluwer International BV, disponível em Hein Online, pp. 483-513.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp.786-818.

_____. Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 39-77.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, 9ªed., Padova, CEDAM, 1981.

SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del Giudice e Diritti delle Parti*. Coleção Il giusto processo civile, volume 4, 2010, disponível em **www.studiolegalescarselli.com**, acesso em 15.10.2017.

SICA, Heitor. Contribuição ao estudo da Teoria das Nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no Direito Processual Civil. *Impactos Processuais do Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 183-201.

SIDOU, José Maria Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus, dos efeitos da fiança e empresa individual de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SIEBURGH, Carla. The principle of Social Conformity: society as a third party on the law of contract. *The future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn – Holanda, Kluwer Law International, 2007, pp. 115-131.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo, Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2014.

_____. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, abril 2002, pp. 23-50.

SIMÃO, José Fernando. *A resilição contratual III*, disponível em **http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_resiliacao_03.htm**, acesso em 20.06.2015.

_____. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz – parte 2*. Disponível em **http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Cl%C3%A1usula%20penal%20e%20redu%C3%A7%C3%A3o%20de%20of%C3%ADcio%20pelo%20juiz%20-%20Parte%202.&id=203**, acesso em 2 de outubro de 2017.

SURGIK, Aloísio. Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz de direito romano e na atualidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, volume 20, n. 0, 1981, pp. 19-37.

TANAGO, Samir. *De l'obligation judiciaire: etude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence. Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, Paris, 1965.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, vol. 2, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto (La prueba), 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014.

_____. Admission and Presentation of Evidence. *The future of transnational civil litigation: English responses to the ALI/UNIDROIT draft principles and rules of transnational civil procedure.* Grã Bretanha – Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 161-173.

_____. General Report. Abuse of Procedural Rights: comparative standards of procedural fairness. *In: Abuse of Procedural Rights: comparative standards of procedural fairness.* (Coord. Michele Taruffo), The Hague / Lonon / Boston, Kluwer Law International, 1998, pp.03-29.

_____. Il fatto e l'interpretazione. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 207, jul./dez. 2010.

_____; e HAZARD JR., Geoffrey C. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba, IBEJ, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos práticos do Contrato de Empreitada no Regime Turnkey. *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol. 2, pp. 231-252, novembro-2011.

_____. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol.2, p.337, novembro-2011.

_____. Requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro, *Soluções Práticas – Tepedino*, Revista dos Tribunais, vol.2, pp.547-570, novembro-2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro, AIDE, 2001.

TRAKMAN, Leon. Pluralism in Contract Law, *Buffalo Law Revue*, volume 58, Dezembro-2010, n. 5, disponível em Hein Online, pp. 1031-1093.

TREBILCOCK, Michael. J.. *The limits of freedom of contract*, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1997.

TRUBEK, David M; e DEZALAY, Ives. A Reestruturação Global e o Direito. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.* Org. José Eduardo Faria. São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 29-80.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*, v. 8, Luiz Guilherme Marinoni et al. (Coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.

VILLAR, Mauro de Salles; e HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

WAISBERG, Ivo. Trespasse. *Tratado de Direito Comercial*, vol. 6, Coord. Fabio Ulhoa Coelho, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 84-97.

WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o Solidarismo Contratual. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 21, julho-setembro 2003, pp. 14-47.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O juiz como 'administrador' do processo. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Carlos Alberto de Salles (Coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 733-737.

_____. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 15-21.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005.

_____; Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Coleção Grandes temas do Novo CPCP: Negócios Processuais*, (Coord. Fredie Didier Jr.), vol.1, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2016, pp. 75-92.

_____. Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice"? *Estudos em homenagem à Professoria Ada Pellegrini Grinover*, Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, 1ª ed., São Paulo, DJP Editora, 2005, pp. 563-574.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*, São Paulo, Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Teoria Geral dos Contratos*, Coords. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 649-668.

* * *

16. FONTES DE LEGISLAÇÃO E NORMAS ESTRANGEIRAS

Cláusula Hardship ICC 2003: **www.iccwbo.org/publication**

Convenção de Viena das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias ("CISG"): **https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf**

Federal Rules dos EUA: **http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure**

Frustrated Contracts Act (Inglaterra): **http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/3**

Legislação alemã traduzida para inglês: **https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html**

Legislação argentina: **www.servicios.infoleg.gob.ar**

Legislação belga: **http://www.ejustice.just.fgov.be**

Legislação espanhola: **www.boe.es/legislacion**

Legislação francesa: **www.legifrance.gouv.fr**

Legislação holandesa: **http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm**

Legislação portuguesa: **www.dre.pt**

Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais 2016 (*International Institute for the Unification of Private Law*): **https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016**

* * *

ANEXO A - "Teoria da Imprevisão e Revisão - STJ"

Em pesquisa jurisprudencial no site **www.stj.jus.br** em 31.01.2018 com os filtros "teoria da imprevisão" e "revisão" e com limitação temporal entre 01.01.2010 e 31.01.2018, foram identificados 23 (vinte e três) resultados, sendo que 22 (vinte e dois) se revelam úteis à pesquisa e 1 (um) não foi possível identificar o objeto específico do pleito e seus fundamentos[679].

Constatações:

- Naturezas de relações contratuais identificadas: (i) contratos civis: 2 casos, (ii) contratos empresariais diversos: 8 casos, (iii) contratos administrativos: 5 casos, (iv) contratos de consumo: 1 caso e (v) contratos de locação: 6 casos.
- Pautando-se pelos parâmetros propostos pela tese, a incidência expressa nos julgados foi de: (i) natureza / tipo contratual e disposições legais pertinentes – 16 vezes, (ii) vulnerabilidade dos sujeitos – 3 vezes, (iii) lógica econômica do contrato no mercado – 7 vezes e (iv) impacto ao interesse público – 2 vezes.
- Quantos parâmetros são utilizados pelos julgados: (i) 1 parâmetro: 16 casos, (ii) 2 parâmetros: 5 casos, (iii) 3 parâmetros: 1 caso e (iv) 4 parâmetros: 0 casos.
- Hipóteses de cabimento de revisão: 1 caso de contrato de serviços jurídicos de advogado, 1 caso de contrato de leasing e 4 casos de revisão de aluguel de imóvel.
- Critério da dosagem nas hipóteses em que cabimento foi reconhecido: (i) proveito econômico obtido pelo contratante (1 caso), (ii) valor de mercado do imóvel (4 casos) e (iii) 50%-50% em decisão 'salomônica' (1 caso).

	Identificação	**Natureza**	**Causa da imprevisão**	**Foi hipótese de cabimento da revisão? Qual o fundamento / enfoque?**	**Em caso positivo, qual a dosagem?**
1	RESP 1.632.842 RS, Rel. Min. Paulo Sanseverino, 3ª T,	Contrato O&M em Telefonia (revisão de preço)	Aumento do número de furtos de cabos de telefonia	**Não**. Evento não foi considerado *"futuro e incerto"* e *"alteração afetou a ambos os*	N/A

[679] No caso AgRg no ARESP nº 100.669-MS, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 19.06.2012, há referência apenas à discussão sobre a teoria da imprevisão e a impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório em sede especial, sem especificação do contexto contratual e fundamentos da demanda.

	j. 12.09.2017 *(Pampa vs BrT)*			*contratantes".*	
2	RESP 1.595.018 RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.08.2016	ACP Contrato de Concessão de Transporte Coletivo Municipal (revisão de obrigação de fazer e prazo)	Aumento de custo pela necessidade de reconfiguração dos ônibus para assentos preferenciais	**Não**. O *"impacto econômico-financeiro (...) não se sustenta, visto que sequer foi juntada (...) planilha de cálculos de receitas e despesas"* e que o desequilíbrio "*não justifica o afastamento do dever de observância das obrigações constitucionais, infraconstitucionais e contratuais impostas às concessionárias"*	N/A
3	AI no ED no ARESP 956.687 PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T, j. 07.02.2017 *(BrT vs Rodonorte)*	Contrato de Permissão de Uso Remunerado de Faixa de Domínio (revisão de preço)	Preço unilateral e excessivo	**Não.** Empresa *"conta com profissionais capazes de assessorá-la (...) e evitar celebração de pactos que venham a lhe causar prejuízos".*	N/A
4	RESP 1.045.951 MA, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 09.03.2017 *(Saint'Louis Transportes vs Scania Adm. Consórcios)*	Contrato de Consórcio para aquisição de ônibus (revisão de preço e prazo de pagamento)	Defeito superveniente no produto	**Não.** Não houve *"acontecimento extraordinário e imprevisível capaz de tornar a prestação (...) excessivamente onerosa para uma das partes e acarretar vantagem extrema à outra"*, sendo tratado como risco do negócio.	N/A
5	AgInt no RESP 1.514.093 CE, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 25.10.2016	Contrato de Financiamento habitacional (revisão de preço e prazo de pagamento)	Diminuição de renda familiar (base objetiva do negócio e não imprevisão)	**Não.** *"a perda do emprego é evento previsível e não enseja a quebra da base objetiva do contrato"*. Não configuração de fato extraordinário.	N/A
6	AgRg no RESP 1.518.605 MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 07.04.2016	Contrato de Compra e Venda de Fertilizantes (revisão de preço)	Indexação ao Dólar	**Não.** *"não envolvendo relação de consumo, o contrato objeto do pedido de revisão, mas sim paritário" (...)* "*a variação ocorrida no valor da moeda americada ao final do ano de 2008 (...) 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".*	N/A
7	AgInt nos ED no ARESP 784.056 SP, Rel. Min.	Contrato de Compra e Venda de Safra	Excessiva variação de preço do produto	**Não.** Além de considerar que se trata de produto com cotação em bolsa de valores (risco inerente),	N/A

	Marco Aurélio Belizze, 3ª T., j. 15.09.2016	futura de Soja (revisão de preço)		concluiu que *"a variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não evidencia acontecimento extraordinário e imprevisível apto a propiciar a revisão da obrigação com alteração das bases contratuais".*	
8	AgRg no ARESP 834.637 DF, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 3ª T., j. 10.05.2016		Excessiva variação de preço do produto (estiagem / chuva)	**Não.** *"nos contratos agrícolas, o risco é inerente ao negócio, de forma que eventos como seca, pragas ou estiagem (...) não são considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários que autorizem a adoção da teoria da imprevisão".*	N/A
9	RESP nº 849.228-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.08.2010		Excessiva variação de preço do produto (aumento de cerca de 50% no preço pactuado)	**Não.** A soja *"possui cotação em bolsa de valores e a flutuação, até mesmo diária, do preço é inerente ao negócio"* e "*não se verifica sequer a onerosidade excessiva. Muito pelo contrário, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas do preço do produto. (...) não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo (...), mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro".*	N/A
10	AgRg no ARESP 155.702 MS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 16.05.2013	Contrato de Compra e venda de insumos agrícolas	Intempéries Climáticas	**Não.** Intempéries climáticas não ensejam a aplicação da teoria da imprevisão.	N/A
11	RESP 1.321.614 SP, Rel. para Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 16.12.2014 *(Javier Costa vs General Eletric*	Contrato de Compra e Venda de Equipamento Médico (entre médico e fabricante)	Indexação ao US$ e Maxidesvalorização do R$	**Não.** *"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*	N/A

	Company)			*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"*	
12	RESP 1.454.777 MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 17.11.2015 *(Dilmar Carvalho vs. Luiz Carlos Marques)*	Contrato de Honorários Advocatícios (revisão de preço)	Desproporcional resultado da aplicação da porcentagem após atualização monetária e juros	**Sim.** Relator havia afastado o cabimento da revisão por se tratar de expressão da autonomia privada e por não estarem presentes os requisitos da teoria da imprevisão. Voto foi revertido, prevalecendo que: *"porque decorrentes de avença estritamente particular, o advogado e o contratante estão livres para estabelecer o valor que considerarem adequado e justo como remuneração. (...) o controle pelo Judiciário do quantum avençado ocorrerá apenas de forma excepcional, nas hipóteses em que se verificar algum vício de vontade ou forem inobservados os princípios da razoabilidade e da boa-fé contratual. O caso em análise, todavia, é singular, na medida em que o conteúdo atribuído à causa, após sofrer atualização monetária e incidência de juros, veio a superar, de maneira expressiva, o quantum da condenação, o que permitiria ao advogado obter a título de honorários contratuais mais de 2/3 do benefício patrimonial reconhecido em prol de seu cliente, gerando um indesejável desequilíbrio na relação, por produzir um resultado que se distancia da própria finalidade desse tipo de contratação".*	Valor de R$1.003.736,80 foi reduzido, por equidade, para R$220.953,33 nas instâncias originárias. No STJ optou-se por revisão, substituindo a base de cálculo "valor da causa" pelo "proveito econômico efetivamente obtido"
13	AgRg no RESP 1.458.391 SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T.,	Contrato Administrativo	Aumento de preço de insumos da construção (art. 65, II, d, Lei 8.666/93)	**Não.** Não rechaçou a ocorrência da alta dos insumos, mas deixou de considerá-la excepcional para fins de aplicação da teoria da imprevisão	N/A

	j. 21.08.2014			consignada no referido dispositivo legal, pois, *"é admissível a revisão dos contratos, 'embora excepcionalmente e com boa dose de prudência'"*	
14	AgRg no ARESP 471.572 PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 27.05.2014		Desequilíbrio Econômico-Financeiro (Construção)	**Não.** Foi afastada a ocorrência do desequilíbrio financeiro diante de ajustes celebrados entre as partes	N/A
15	AgRg no RESP 957.999-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 22.06.2010.		Aumento de salário proveniente de dissídio coletivo (reequilíbrio econômico-financeiro)	**Não.** *"eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo – ainda mais quando o contrato administrativo já havia findado – não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta a incidência do art. 65, inc. II, d, da Lei 8666/93".*	N/A
16	AgInt no RESP 1.543.466 SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 27.06.2017	Contrato de Locação de Imóvel	Revisão de preço pelo art. 19, Lei de Locações (3 anos)	**Sim.** Ajuste previsto em lei.	Prova técnica
17	RESP 1.566.231 PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 01.03.2016			**Sim**. *"a ação revisional de aluguel, por sua natureza, possui campo de cognição restrito, reclamando provas eminentemente técnicas, visto que não abre espaço para discussão de natureza fática"*	Prova técnica
18	RESP 1.411.420-DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 19.05.2015			**Sim**. *"Na revisional, as acessões realizadas pelo locatário não devem ser consideradas no cálculo do novo valor do aluguel, para um mesmo contrato"*	Prova técnica
19	RESP 1.300.831 PR, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.03.2014 *(Shell vs. General Engenharia de Obras)*			**Não.** *"A intervenção do Poder Judiciário na relação locatícia, à luz da teoria da imprevisão, exige a demonstração da alteração das bases econômicas iniciais do contrato, de modo a não se prestar ao mero propósito de redução do valor locativo, livremente ajustado ao tempo da celebração, solapando os alicerces do pactuado, pois*	N/A

				significaria ingerência indevida na autonomia das partes que, ao considerarem as circunstâncias vigentes à época da realização do negócio - as quais permaneceram inalteradas -, elegeram o valor do aluguel e seu fator de atualização (...) Hipótese em que sobressai o propósito meramente econômico da locatária de obter a redução do valor locativo originariamente pactuado para R$ 3.000,00, sem qualquer respaldo em imprevista mudança da base negocial, o que refoge da finalidade da ação de revisão do aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91, traduzindo evidente ausência de interesse processual da parte (...) o manejo de demanda judicial, buscando alterar elemento essencial do contrato, sem qualquer justificativa plausível (à luz da teoria da imprevisão), a não ser a vontade de reduzir os custos (...) constitui vedado comportamento contraditório (...), revelando flagrante inobservância da cláusula geral da boa-fé objetiva".	
20	AgRg no ARESP 184.299 DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 27.11.2012			**Sim.** Previsão legal.	Prova técnica
21	AgRg no RESP 1.206.723 MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17.05.2012 *(Companhia Brasileira de Distribuição vs Comardi Comercial Ltda.)*			**Não.** "*O art. 19 da Lei 8.245/91, ao regular a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado, consagrou a adoção da teoria da imprevisão no âmbito do Direito Locatício, oferecendo às partes contratantes um instrumento jurídico para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato; no caso sub judice, porém, a*	N/A

				Revisional não objetiva o restabelecimento do equilíbrio econômico inicial do contrato, mas reflete pretensão de obter a alteração do critério de determinação do valor do aluguel, distanciando-se dos parâmetros originais, por isso que refoge aos limites do art. 19 da Lei 8.245/91, dai não haver legítimo interesse jurídico"; e *"Na situação sub examin e, o preço do aluguel compunha um elemento essencial do ajuste, justificando, no contexto complexo do negócio jurídico, a sua desvinculação das cotações de mercado. (...) a postura da locatária ao pleitear a redução do valor pactuado, sem relevante alteração superveniente da conjuntura econômica, reflete comportamento contraditório e injurídico".*	
22	ED no RESP nº 742.717-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 08.11.2011 *(João Negrelli vs. Sudameris Arrendamento Mercantil S/A)*	Contrato de Arrendamento Mercantil (Leasing)	Maxidesvalorização do Real frente ao Dólar em 1999	**Sim**. *"nos contratos de arrendamento mercantil firmados anteriormente e vigentes no ano de 1999, dada a maxidesvalorização do real frente ao dólar, indexador para a correção monetária dos referidos contratos, aplica-se a teoria da imprevisão a permitir a revisão do critério de atualização"*	50%-50% "*cabe a ambas partes arcar com as consequênci as advindas dos fatos imprevistos, determinand o que se dê pela metade da variação o reajuste monetário"*

* * *

ANEXO B - “Revisão por Lesão - STJ”

Em pesquisa jurisprudencial no site **www.stj.jus.br** em 31.01.2018 com os filtros “lesão”, “contrato” e “art. 157, CC”, sem limitação temporal, foram identificados 5 (cinco) resultados:

	Identificação	**Natureza**	**Objeto**	**Foi hipótese de cabimento da revisão? Qual o fundamento / enfoque?**	**Em caso positivo, qual a dosagem?**
1	REsp nº 1.384.480-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 09.05.2017.	Consumo	Anulação de Quitação em Termo de Acordo Extrajudicial entre vítimas de acidente automobilístico e empresa de transporte + Indenização	**Não, lesão afastada.** Tribunal considerou que (i) indenização seria maior se houvesse ação judicial diante da jurisprudência, (ii) não houve intermediação de advogados, (iii) vítimas eram de baixa renda, (iv) porém, *“não se pode desconsiderar que, com o acordo celebrado, os recorrentes que firmaram as referidas transações receberam aquelas somas em dinheiro imediatamente, evitando anos de discussão judicial e, mais do que isso, a incerteza quanto ao êxito de eventual ação”.*	Valor foi mantido em R$10.000,00 sem revisão judicial.
2	REsp º 1.183.315 – ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.12.2015	Consumo	Anulação de Quitação em Termo de Acordo Extrajudicial entre vítimas de acidente automobilístico e empresa de transporte + Indenização	**Sim, lesão confirmada.** Tribunal considerou (i) a idade da vítima, (ii) a celebração do contrato em momento grave de saúde, (iii) a celebração sem assistência de advogado e (iv) que *“quando o acordo extrajudicial é, em tese, prejudicial à parte hipossuficiente em desvantagem excessiva, as portas do Judiciário não podem permanecer fechadas, sob o risco de perpetuar a desproporcionalidade entre o dano e o seu ressarcimento”.*	Valor de R$40.000,00 foi majorado (necessidade de liquidação).
3	REsp nº 1.155.200 – DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.02.2011	Civil	Revisão de Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios entre pessoa física e advogado (Honorários)	**Sim, lesão confirmada** (parcial).Tribunal considerou (i) baixa instrução da lesada (instrução escolar primária), (ii) necessidade econômica da lesada no momento da contratação, (iii) alto valor do preço, (iv) apesaar de o serviço ter sido prestado por 10 anos (duração da ação), a causa não era complexa e um valor menor remuneraria o trabalho do advogado e (v) de todo modo, advogado assumiu um risco (receberia apenas no êxito) e deve ser remunerado. *Tribunal entendeu que *"na esteira da faculdade disciplinada para o devedor no art. 157, §2º do CC/02, é possível também reconhecer também à vítima a opção pelo requerimento de mera revisão do contrato, em lugar de sua anulação".*	Honorários ad exitum de 50% do benefício econômico foram reduzidos para 30% do benefício (montante superior ao pedido do autor, de redução para 20%).

4	REsp nº 1.117.137-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 17.06.2010	Empresarial	Revisão de Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios entre pessoa jurídica e advogado (Honorários)	**Não, lesão afastada.** Tribunal entendeu que (i) contratante é empresa com capital social de R$4 milhões e "certamente está habituada a celebrar contratos de elevado valor", (ii) o fato de contratantes não serem advogados não implica inexperiência, (iii) é necessária a incidência de correção monetária para comparar valores para fins de desproporção e (iv) percentual praticado é praxe em reclamações trabalhistas.	Honorários de 25% (10% do valor da causa inicial + 15% do êxito) foram mantidos.
5	REsp nº 434.687 – RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 16.09.2004	Civil	Anulação de escritura pública de promessa de compra e venda de imóvel luxuoso entre pessoas físicas (ajuizada pelos vendedores)	**Lesão confirmada, mas com anulação total e sem revisão.** Tribunal considerou que (i) a perícia resultou em um valor real do imóvel 4x maior do que o valor constante da escritura e (ii) proprietários tinham idade avançada.	Negócio anulado, com a restituição do bem e devolução do valor pago.

* * *

ANEXO C - “Hardship - TJSP”

Em pesquisa jurisprudencial no site **www.tjsp.jus.br** com o filtro “hardship” no conteúdo e com filtro de limitação temporal compreendendo os anos de 2015 até 2017, foram identificados apenas 7 (sete) resultados, sendo que:

- em 5 (cinco) a referência é apenas contextual para justificar aspectos atuais de relações obrigacionais e a interferência judicial em relações contratuais, não havendo pertinência com o caso concreto;
- em apenas 1 (um) caso o litígio se debruçava sobre cláusula que previa repactuação de preços mediante renegociação entre as partes e, neste, se entendeu que a simples renegociação se dirigia às partes, não havendo obrigatoriedade de revisão judicial na hipótese de tal renegociação não ter ocorrido entre as próprias partes.
- em 1 (um) caso, se entendeu que a regulamentação legal e por resolução de órgão da Administração Pública agiria como uma cláusula de hardship para cálculo do preço de energia elétrica, não se tratando propriamente de fixação de critérios por meio de concessões mútuas entre contratantes em âmbito de liberdade contratual.

	Caso	**Data de Julgamento**	**Objeto**	**Conclusão da Decisão**
1	Apelação nº 0173182-72.2010.8.26.0100, TJSP, 35ª Câm. D. Privado, Rel. Des. Gilberto Leme	13.11.2017	Ressarcimento de valores pagos a título de EES (Encargos de Serviços de Sistema) pelo fornecimento de energia elétrica em relação interempresarial	Entendeu-se que o art. 28 da Lei nº 10.848/2004 e a Resolução CNPE (Conselho Nacional de Política Energética) nº 008/07 incluem uma cláusula de hardship para fins de cálculo de preço de energia elétrica
2	AI nº 2081140-32.2017.8.26.0000, TJSP, 23ª Câm. D. Privado, Rel. Des.	30.08.2017	Tutela de urgência para inverter ordem de resgate de prestações em ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário entre Instituição Bancária e pessoa física	Faz referência à cláusula de hardship em contratos de comércio internacional para sustentar a admissão da revisão judicial de contratos e conclui que não é *“razoável atribuir à parte que não exerce profissionalmente a atividade ligada ao crédito, a de ter a previsão sobre*

	Sebastião Flávio			*adversidades futuras que alterem a capacidade de cumprimento do contrato tal como originariamente foi ajustado. Se as instituições financeiras detêm o conhecimento sobre os fenômenos econômicos e dispõem ou devem dispor de corpo técnico para prognósticos, estes não devem ser somente em relação à obrigação de pagamento dos recursos captados no mercado investidor, mas cumpre que avaliem as condições futuras dos mutuários. Assim, não é descartado um dever de cuidado para com o mutuário, dever esse anexo ao contrato de financiamento de interesse social".*
3	Apelação nº 1070096-29.2014.8.26.0100, TJSP, 29ª Câm. D. Privado, Rel. Des. Fortes Barbosa	05.07.2017	Ação de busca e apreensão de impressora objeto de contrato internacional de compra e venda com reserva de domínio em relação interempresarial por inadimplemento. Réu alegou supervalorização do iene japonês em relação ao Dólar e ao Real (onerosidade excessiva) e possibilidade de revisão.	Constatou-se expressamente que não foi incluída cláusula de hardship ou de revisão consensual e programada do contrato. Afastou a quebra da base negocial considerando que (i) não houve alteração fundamental das condições do ambiente econômico – considerando contratação com empresa alemã na moeda japonesa, (ii) não houve enriquecimento da parte contrária com a desvalorização do real ou com a alteração da conjuntura econômica brasileira e (iii) variações da taxa de câmbio são previsíveis.
4	Apelação nº 1103741-79.2013.8.26.0100, TJSP, 1ª Câm. Res. D. Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro	08.09.2016	Ação de cobrança de multa contratual por resilição unilateral antecipada. Réu alegou resolução pela redução abrupta e expressiva das margens de comercialização devido à "crise do vidro" (setor automotivo).	Constatou expressamente que as partes poderiam ter convencionado cláusulas de hardship, caso quisessem, *"estipulando desde logo a conduta a ser tomada caso houvesse desequilíbrio por fato superveniente ao contrato",* mas não o fizeram e afastou a presença dos requisitos da onerosidade excessiva.
5	AI nº 2267191-25.2015.8.26.0000, TJSP, 23ª Câm. D. Privado, Rel. Des. Sebastião Flávio	30.03.2016	Tutela de Urgência em Ação de Revisão de valor das prestações de Contrato de Financiamento Imobiliário em razão de desemprego de mutuário	Independentemente do reconhecimento do caráter social do contrato de financiamento imobiliário e de considerar que foi implicitamente reconhecido no art. 317 do CC a cláusula internacional de hardship, considerou o desemprego fato previsível e não alterou a posição jurídica da instituição financeira em relação à obrigação. Reconheceu que *"uma intervenção do juiz na economia do contrato pode desequilibrar a relação econômica estabelecida".*
6	AI nº 2002832-16.2016.8.26.0000, TJSP, 23ª Câm. D. Privado, Rel. Des. Sebastião Flávio	16.03.2016	Tutela de urgência para suspensão de leilão extrajudicial de imóvel em ação de indenização envolvendo cédula de crédito bancário entre banco e EPP e com fundamento em onerosidade excessiva decorrente de capitalização de juros.	Apesar de não haver relação com o caso concreto, reconheceu a *"existência no direito brasileiro da cláusula que, no direito internacional, é denominada hardship, ou seja, pela qual é dado parte prejudicada exercer a faculdade de suspensão do contrato para renegociar as condições originais que vieram a se tornar gravosas em razão da mudança da situação de fato reinante ao tempo da celebração do negócio"* e, nesse contexto, a admissão de *"arbitramento judicial nas crises*

				contratuais".
7	Apelação nº 0019844-27.2010.8.26.0602, TJSP, 20ª Câm. D. Privado, Rel. Des. Alberto Gosson	11.05.2015	Ação de cobrança decorrente de contrato de fornecimento de materiais recicláveis, em que se discutiu alteração de preço do kg do material reciclável, em relação interempresarial.	O contrato previa cláusula de hardship (revisão de preços a cada 180 dias mediante negociação entre as partes). O tribunal manteve a sentença de primeiro grau, tendo transcrito diversos de seus trechos. A sentença de primeiro grau, com fundamentação mais desenvolvida, concluiu que *"a cláusula em tela se dirige às partes e não à autoridade judicial como se obrigatória fosse a revisão judicial do negócio jurídico por força de tal disposição contratual. Não se pode, pois, aqui acolher, sem elementos mínimos a esse respeito, a nova fixação do preço, por ordem judicial, em R$0,01, como postulado. Assim agir seria lesão frontal à segurança contratual e à autonomia negocial entre empresas presumivelmente em igualdade de condições técnicas de adequadamente prever seus interesses e distribuir seus riscos".*

* * *

ANEXO D - “Equidade e Cláusula Penal - STJ”

Em pesquisa jurisprudencial no site **www.tjsp.jus.br** com os filtros “cláusula penal” e “redução” e “equidade” no conteúdo e sem filtro de limitação temporal, foram identificados 7 (sete) resultados.

Ref.	Objeto	Cabimento da redução	Dosagem
REsp nº 1.463.677-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.08.2017	Ilegalidade de cláusula penal moratória que estabeleceu a quantia de 7,5 arrobas de boi por mês pela inadimplência de obrigação (entrega de 15 touros), que totalizada 405 arrobas de boi	**Sim.** “sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes [contratantes], já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa” “a cláusula penal deve ser proporcional ao dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada, não podendo, sob essa ótica, traduzir valores ou penas exorbitantes”	do confronto entre o valor da cláusula penal moratória contratada (7,5 arrobas de boi por mês de inadimplência) e a obrigação principal que se buscava garantir (405 arrobas de boi), não se extrai qualquer desproporcionalidade ou excesso, razão pela qual não merece reparo o acórdão estadual. Convém anotar que, passados quase dezessete anos da inadimplência contratual, não é surpresa o significativo montante que, atualmente, representa a multa firmada entre as partes”, pautando-se pelos *“princípios da boa-fé, da função social e da equivalência”*
REsp nº 1.466.177-SP, Re. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20.06.2017	Cobrança de cláusula penal de R$1 milhão por rescisão antecipada de contrato de prestação de serviços (realização de programa televisivo de variedades e entretenimento) com alegação de cumprimento parcial da obrigação (TV Ômega vs. Latino Produções Artísticas) – contrato com prazo de 1 ano rompido com 6 meses	**Sim.** Idem ao mencionado acima.	Foi mantida condenação do Tribunal de 50% da multa diante do cumprimento de 50% do prazo contratual. “No que diz respeito aos ganhos financeiros previstos na contratação, caracterizadores da "obrigação principal" limitadora do valor da cláusula penal, verifica-se a existência de parâmetros distintos para a emissora de televisão e para o artista” (para a emissora se estabeleceu que a receita seria advinda da propaganda e para o artista, seria variável conforme a audiência – de R$15 mil a R$30mil). “Consoante notório, os ganhos financeiros auferidos pelos artistas - especialmente aqueles cujas imagens aparecem na televisão - não se resumem às remunerações expressamente previstas nos contratos celebrados com as

			emissoras. É que o direito de imagem e conexos desse profissionais costumam ser valiosos, conferindo aos empregadores grandes lucros com sua exibição, realização de merchandising de variados bens de consumo, comercialização de intervalos publicitários, entre outros. Daí se extrai a justificativa para que a indenização arbitrada para o caso de rompimento imotivado do presente contrato tenha sido de expressiva monta. É que as eventuais perdas e danos da emissora também foram utilizadas como parâmetro caso o artista rescindisse a avença. Desse modo, a assessoria jurídica da ré com certeza avaliou o fato de que a limitação da cláusula penal à obrigação remuneratória não cobriria os custos arcados, nem tampouco os ganhos eventualmente perdidos com a rescisão antecipada"
REsp nº 1.362.084-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 16.05.2017 Net Rio Ltda vs. MPSP	ACP sobre multa integral ao consumidor em cláusula de fidelização de 12 meses em contrato de serviços de telecomunicação (como o serviço de TV a cabo) quando consumidor opta pela rescisão antecipada e injustificada do contrato	**Sim.** "A referida preocupação [art. 412] reverbera, com maior intensidade, em se tratando do chamado contrato de adesão, ou seja, aquele cujas cláusulas tenham sido estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor). Fundamento no art. 51, §1º, III.	Multa proporcional ao período restante dos contratos com fidelização "Os preços e as condições de remuneração das operadoras, no tocante aos serviços indicados nos itens (i) e (ii), devem ser compatíveis com as práticas usuais de mercado e com os custos de operação, de modo a atender as finalidades a que se destinam (§ 7º do artigo 23 da Lei 8.977/95)". "Em relação à forma de cálculo da multa a ser cobrada em caso de resilição antecipada dos contratos com fidelização, verifica-se que a ANATEL, em 07 de março de 2014, expediu a Resolução 632, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, passando a dar tratamento diferenciado ao tema (Art. 58. Rescindido o Contrato de Prestação de Serviço antes do final do prazo de permanência, a Prestadora pode exigir o valor da multa estipulada no Contrato de Permanência, a qual deve ser proporcional ao valor do benefício e ao tempo restante para o término do prazo de permanência.)
AgRg no ARESp nº	Cláusula penal por rescisão de	**Sim.** "ocorrido o parcial cumprimento da obrigação, é	"o Tribunal a quo, realizando a apreciação equitativa, conforme

592.075-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 05.03.2015. Globo Comunicações e Participações vs. Rodrigo Faro	contrato de prestação de serviços artísticos e redução diante de cumprimento parcial (multa correspondente ao valor total do contrato – R$648.946,75)	dever do juiz reduzir o valor da cláusula penal a fim de manter o equilíbrio da relação contratual e evitar o enriquecimento sem causa. Além disso, o magistrado, ao reduzir o valor da pena deverá observar o princípio da equidade, levando em consideração a boa-fé objetiva, a natureza e a finalidade do negócio, o grau de culpa do devedor, as vantagens decorrentes do inadimplemento, etc.”	determinado pela legislação civil acima explicada, considerou a natureza e a finalidade do negócio e a forma de cumprimento do contrato, tendo concluído pelo arbitramento da cláusula penal em 80% (oitenta por cento) do valor do contratado” [“os apelados prestaram serviços de forma eficiente e sem reclamações por 20% (vinte por cento) do período total estipulado no contrato”].
RESp nº 1.186.789-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20.03.2014. TV Globo Ltda.vs. Celso de Freitas	Cláusula penal por violação de cláusula de exclusividade em contrato de prestação de serviço de apresentador (âncora) de telejornal (multa de R$1.200.500,00 pactuada)	**Sim.** “a redução da cláusula penal prevista no art. 413 do Código Civil é preceito de ordem pública” “Aliás, mesmo na vigência do art. 924 do Código Civil de 1916, já se encontravam precedentes desta Corte relativizando o princípio do pacta sunt servanda, de modo a permitir ao juiz a redução da pena convencional, mesmo diante de inderrogabilidade convencionada pelas partes”	Diante do exposto, tenho que correta a redução da cláusula penal em 50%, visto que o critério adotado pelo Código Civil de 2002 é o da equidade, não havendo falar em percentual de dias cumpridos do contrato, como pretende a recorrente Multimídia. No caso, as rés informaram à autora TV Globo sobre a rescisão contratual em 16/4/2004, quando os compromissos profissionais assumidos perante outra emissora de televisão já estavam integralmente consolidados. No dia 18/4/2004, o jornalista Celso de Freitas compareceu para trabalhar na emissora concorrente, a despeito de suas responsabilidades profissionais em relação à TV Globo, com quem manteve relação amistosa por quase trinta anos. Inegável a amplitude do prejuízo para a autora. Aliás, entender de modo contrário, reduzindo a cláusula penal de forma proporcional ao número de dias cumpridos da relação obrigacional, acarretaria justamente extirpar uma das funções da cláusula penal, qual seja, a coercitiva, estimulando rupturas contratuais abruptas em busca da melhor oferta do concorrente e induzindo a prática da concorrência desleal.
AgRg no AI nº 660.801, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., j. 17.05.2005 Bolognesi Engenharia Ltda. Vs. Tatiane	Cláusula penal por inadimplemento de obrigações em compromisso de compra e venda de imóvel (consumidor)	**Sim.** A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, desta Corte, é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e o	“Esta Câmara, em casos semelhantes, tem arbitrado, com base nos princípios da eqüidade e da boa-fé, e buscando vedar o enriquecimento ilícito da promitente vendedora, o valor da multa em percentual de até 10% sobre o montante efetivamente pago. No caso dos autos, a respeitável sentença arbitrou-a em 20% sobre o valor pago à empresa apelada, não havendo recurso da

Cheirolt		enriquecimento sem causa do promitente-vendedor.	promitente compradora” “Seria extremamente desarrazoado e desproporcional ao caso, daí, injurídico, fazê-la pagar, a título de multa pela iniciativa no rompimento do compromisso, a importância equivalente a 20% do valor total do contrato (R$ 24.500,00 - fl. 14). Proporcionar-se-ia o enriquecimento ilícito da promitente vendedora que, em vista do desfazimento do negócio, retém uma importância a título de penalidade compensatória, recebe de volta o próprio objeto negociado, que, no caso, já foi inclusive revendido a terceiro, sem qualquer prejuízo comercial”
RESp nº 48.176-7-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., j. 12.12.1995 Esso Brasileira de Petróleo vs. Auto Posto Flor do Bairro Ltda.	Cláusula penal por conta de inadimplemento diante de negativa de instalação de documentos.	**Sim.** “É dado ao juiz reduzi-la, entretanto, ainda não se tenha iniciado a execução do contrato, quando se evidencie enorme desproporção entre um e outro, em manifesta afronta às exigências da justiça”.	“não se exigirá seja demonstrado que o valor dos prejuízos guarda correspondência com o da multa, o que implicaria sua inutilidade”

* * *