

A PANDEMIA DO COVID-19 E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS

MILTON FLÁVIO DE A. C. LAUTENSCHLÄGER

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP

Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (triênio 2019-2021)

Sócio de Queiroz e Lautenschläger Advogados

INTRODUÇÃO

A pandemia¹ relacionada ao novo Coronavírus (COVID-19) trouxe e trará profundos reflexos sociais e econômicos em todo o mundo. O desaparecimento repentino de um grande número de vidas, as longas convalescenças, as medidas de isolamento social com enorme impacto nas indústrias, nas empresas prestadoras de serviços, nos comércios, nos empregos, nos trabalhos informais, no mercado econômico e financeiro de um modo geral, são apenas alguns dos mais evidentes efeitos desta catástrofe sanitária, com repercussão direta nas relações jurídicas de direito privado e, mais especificamente, nos contratos celebrados antes de seu advento.

Sob o império de um evento fortuito de monta imprevista e imprevisível, com consequências igualmente imprevistas e imprevisíveis, é certo que inúmeros contratos previamente firmados terão as suas condições negociais originais completamente desfiguradas, trazendo riscos evidentes à manutenção do quanto avençado.

Nestas circunstâncias, o desafio de tentar reequilibrar a equação obrigacional é medida que se impõe, de modo que a primeira e mais importante recomendação para os contratantes é que, imbuídos de boa-fé, negociem as modificações necessárias para a preservação do contrato ou, na absoluta impossibilidade de fazê-lo, a sua extinção consensual.

¹ Assim classificada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer modificação ou extinção contratual deve ser bilateral, sob pena de restarem configurados o inadimplemento e o respectivo direito, à parte lesada, de fazer uso de todo o instrumental judiciário para obrigar à outra a cumpri-lo, ou a indenizar por perdas e danos (art. 389 do Código Civil).

Ocorre que o próprio Código Civil brasileiro limita o princípio da intangibilidade dos contratos às escusativas de responsabilidade por caso fortuito ou força maior. De acordo com o artigo 393 de nosso *Codex*, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Assim, comprovada a relação de causa e efeito entre o inadimplemento e determinado evento cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (parágrafo único do art. 393 do Código Civil), configurada restará a excludente de responsabilidade do devedor inadimplente².

Há, ainda, uma segunda hipótese de relativização do princípio da intangibilidade dos contratos em virtude de acontecimentos extraordinários. Cuida-se da chamada teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão consiste na possibilidade de se requerer o desfazimento ou a revisão forçada do contrato quando, em virtude de eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente

² Para que o caso fortuito e a força maior possam se apresentar como circunstâncias excludentes de responsabilidade, devem eles estar gravados pelo requisito objetivo da inevitabilidade e pelo requisito subjetivo da total ausência de culpa na produção do acontecimento. A propósito, leciona **Caio Mário da Silva Pereira**: “Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante para liberar o devedor, porém aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar, por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento, e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a construir uma barreira intransponível à execução da obrigação. ... Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado.” (**Instituições de Direito Civil**, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 245)

onerosa, analisadas as condições de fato existentes no momento de sua formação (cláusula *rebus sic stantibus*).

A introdução da teoria da imprevisão no direito positivo brasileiro ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que elevou o equilíbrio do contrato à condição de princípio da relação de consumo. A Lei 8.088/90 dispõe: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Já o Código Civil de 2002 dedicou uma seção, composta de três artigos, à resolução dos contratos por onerosidade excessiva. São eles: o artigo 478 (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”); o artigo 479 (“A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”); e o artigo 480 (“Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”).

A redação do artigo 478, em especial, tem sido bastante criticada, pela doutrina nacional, por não priorizar a conservação do contrato através da sua revisão. Vale dizer, a teoria da imprevisão deveria representar, antes, um pressuposto para a revisão contratual e não para a resolução do contrato, o que se recomenda apenas excepcionalmente.

O requisito da “extrema vantagem” para o outro contratante também é alvo de críticas, uma vez que, em regra, os fatos extraordinários e imprevisíveis tornam inviável a prestação para ambas as partes, sem que disso decorra vantagem a uma delas, como sucede em caso de guerra, revoluções e pandemias.

Essas dificuldades relacionadas à interpretação do mencionado artigo 478 estimularam doutrinadores a defenderem a revisão ou a extinção dos contratos por fato superveniente apoiados, exclusivamente, nos princípios da função social, da boa-fé, da equivalência material das prestações contratuais e do equilíbrio contratual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior observa, nesse sentido, que as cláusulas gerais, quando tratadas de modo conveniente e amplo no Código Civil, permitem ao intérprete “encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra”. Sendo assim, prossegue ele, “o que não se ajustar a tais soluções será examinado à luz da regra específica da onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil)”³.

Especificamente para a hipótese de dívidas pecuniárias, a revisão contratual pode se dar com fundamento no artigo 317 do Código Civil, que estabelece: “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”.

Cumprе registrar, ainda, que o art. 479 do Código Civil autoriza a parte, contra a qual for pleiteada a resolução, a opor-se à mesma, sob o argumento de que lhe é mais vantajoso manter o contrato, mediante a modificação equitativa das suas condições originais.

Com estas brevíssimas notas introdutórias, buscamos evidenciar que os profundos desequilíbrios contratuais causados pela pandemia do COVID-19 poderão ser superados de duas maneiras: através da livre negociação entre as partes - o que reputamos deva ser, sempre, a primeira opção dos contratantes - ou, na sua impossibilidade, através de um processo judicial (ou arbitral) no qual se discutirá,

³ Segundo o Autor, “a ideia de ser essa norma usada apenas subsidiariamente decorre do seu enunciado por demais restritivo” (**AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 148).

inevitavelmente, as escusativas de responsabilidade, a onerosidade excessiva, a hipótese do artigo 317 do Código Civil, ou a aplicação dos princípios da função social, da boa-fé, da equivalência material das prestações contratuais e do equilíbrio contratual.

Como se denota, a hipótese de uma solução judicial (ou arbitral) imporá ao magistrado (ou ao árbitro) uma tarefa ampla, complexa e de grande responsabilidade. A ele caberá decidir, por exemplo, se em determinado caso concreto há ou não nexos de causalidade entre a pandemia e o descumprimento contratual; se dela decorreu onerosidade excessiva com extrema vantagem para uma das partes; se é caso de inadimplemento contratual absoluto, relativo ou antecipado; se é necessária a aplicação da teoria do adimplemento substancial; se é hipótese de modificação ou extinção do contrato; se a eventual resolução pode ser evitada com uma oferta do réu que modifique equitativamente as condições do contrato etc.

Em função de toda a problemática aqui resumida, não se tenha dúvida, haverá uma extraordinária demanda por atuação judicial no âmbito dos negócios jurídicos. Consequentemente, muito se discutirá sobre os limites da “intervenção judicial” nos contratos.

Eis o tema deste artigo.

1. AS “FONTES” DO REGULAMENTO CONTRATUAL E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

As partes determinam o regulamento ou o conteúdo contratual com o fito de definir o arranjo recíproco que envolverá os seus interesses através do vínculo jurídico contratualmente estabelecido. O regulamento ou conteúdo contratual, portanto, fixa e determina a operação econômica e os compromissos jurídicos assumidos pelos contratantes.

Em um sistema capitalista, fundado no princípio da *liberdade da iniciativa privada*, é natural e lógico que, sob o ponto de vista do conteúdo negocial, vigore o *princípio da liberdade privada de determinação do regulamento contratual*. De uma

forma geral, os particulares têm *autonomia*⁴, isto é, são livres para se obrigar, segundo as suas próprias conveniências. Logo, a *livre iniciativa das partes*, manifestada através de uma declaração de vontade, constitui o mais autêntico e amplo território dos contratos.

Sucede que a liberdade contratual não é ilimitada. São muitas as *restrições* ao livre poder de determinar o conteúdo do regulamento contratual. A própria liberdade de escolher a celebração ou não de um determinado contrato possui limites que se concretizam na presença de verdadeiras “obrigações de contratar”, impostas por lei a sujeitos que se encontrem em determinadas circunstâncias (de monopólio, por exemplo).

Esses limites e restrições à autonomia contratual dos particulares não derivam apenas da lei, isto é, das normas que operam diretamente sobre o regulamento contratual. Muitas vezes, os limites e restrições decorrem de *decisões judiciais* ou de *atos das autoridades administrativas*. Se uma determinada cláusula contratual tem os seus efeitos restringidos por intermédio de decisão judicial, por exemplo, resta evidente a atuação direta do magistrado como *agente inibidor da liberdade contratual*, ainda que tal atuação tenha por fundamento remoto o arcabouço legal vigente. Afinal, ao limitar os efeitos de uma determinada cláusula contratual, o juiz o faz a despeito do entendimento individual dos contratantes. Da mesma forma, se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) limita as condições de um determinado negócio jurídico em nome da livre concorrência, cuida-se de restrição imposta ao regulamento contratual livremente entabulado pelas partes, perpetrada por autoridade administrativa legitimamente constituída para tal fim.

⁴ “Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significa liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu património” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128).

Portanto, as normas legais, as decisões judiciais e os atos das autoridades administrativas, juntamente com a vontade das partes - que exprime o poder de autonomia -, são “os agentes típicos das limitações impostas à liberdade contratual dos particulares”⁵, isto é, são as *fontes do regulamento contratual*, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias e em diferentes medidas, *concorrer*.

E como se dá tal *concurso das fontes do regulamento contratual*?

Embora a declaração de vontade das partes deva ser considerada como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual⁶, entre o dogma da vontade e a tutela da autonomia privada não há coincidência necessária. Muitas vezes, ao contrário, a lógica do negócio levado a cabo pelas partes só poderá ser protegida através da limitação da vontade declarada.

A *operatividade* de todas as fontes de determinação (limitação) do conteúdo do contrato, diversas da declaração de vontade das partes (*fontes heterônomas*, portanto), pressupõe a *intervenção combinada da lei e do juiz*. Significa dizer que, de um lado, estão as hipóteses em que a *norma* intervém pontual e precisamente na determinação do regulamento contratual (embora necessariamente *ativada* pelo magistrado ou por autoridade administrativa), com o fito de exprimir a escolha do legislador e, portanto, reduzir ao mínimo a discricionariedade do órgão julgador. São *casos fáceis*, resolvidos com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida, aceita pela comunidade. Do outro lado estão as hipóteses nas quais a determinação do regulamento contratual se dá através da aplicação de regras formuladas de modo genérico, recheadas de conceitos indeterminados, conferindo ao *juiz* (ou à autoridade administrativa, em alguns casos) o exercício de um poder amplo de valoração autônoma⁷. São *casos difíceis*, que não permitem deduzir da lei a solução de

⁵ ROPPO, Enzo, *O contrato*, cit., p. 140.

⁶ “O princípio da autonomia privada (embora acolhido no nosso ordenamento, como se viu, em termos não absolutos e ilimitados) implica que a vontade das partes deve considerar-se como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual” (ROPPO, Enzo, *O contrato*, cit., p. 142).

⁷ Ver: ROPPO, Enzo, *O contrato*, cit., p. 166-167.

modo simples, seja em função de dificuldades relacionadas à norma aplicável, seja em virtude de sua interpretação.

Se as *determinações voluntárias* do regulamento contratual exprimem sempre os poderes e interesses da autonomia privada (ressalvados os casos de vício da vontade), as fontes “*heterônomas*” do regulamento contratual (as leis, as decisões judiciais e os atos da autoridade administrativa) podem, diferentemente, operar de acordo com as seguintes variantes:

a) *valorações legais contrastantes* com a autonomia privada: hipótese em que determinada norma (ativada pelo juiz ou por autoridade administrativa) intervém pontual e precisamente no regulamento contratual, em sentido diverso daquele livremente acordado pelos contratantes;

b) *valorações legais homogêneas e instrumentais* da autonomia privada: hipótese em que determinada norma (ativada pelo juiz ou por autoridade administrativa) intervém pontual e precisamente no regulamento contratual, ratificando o quanto livremente acordado pelos contratantes;

c) *valorações judiciais contrastantes* com a autonomia privada: casos difíceis, decididos pelo juiz em sentido diverso daquele livremente acordado pelos contratantes; e

d) *valorações judiciais homogêneas e instrumentais* da autonomia privada⁸: casos difíceis, decididos pelo juiz de modo a preservar o quanto livremente acordado pelos contratantes.

Consoante será demonstrado mais adiante, tais variantes são importantes às ponderações acerca dos limites da intervenção judicial nos contratos.

2. A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA CONTRATUAL

⁸ ROPPO, Enzo, *O contrato*, cit., p. 168.

A depender da sua natureza, a *atuação judicial em matéria contratual* (intervenção judicial “lato sensu”) pode ser classificada como um *simples instrumento de intervenção legal* ou, diversamente, como uma verdadeira *intervenção judicial* (intervenção judicial “stricto sensu”).

Na maioria das situações cotidianas, as divergências contratuais levadas à apreciação do Poder Judiciário são de *fácil solução*, resolvidas com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida, aceita pela comunidade.

Em um caso fácil, o magistrado deve delimitar os fatos, identificar a norma ou o conjunto de premissas jurídicas válidas - que permitam formular um enunciado normativo geral - e determinar o sentido dessas premissas jurídicas. Feito isso, deve o juiz solucionar o caso pela via da dedução. Nestas hipóteses, portanto, ao magistrado cabe apenas ativar a solução que se encontra precisamente expressa na lei, ou seja, a ele cabe uma *atuação judicial instrumental da intervenção legal*.

Os *casos difíceis*, por outro lado, constituem exceção à regra. São casos nos quais se detectam *dificuldades no elemento normativo*, no *fático* ou na própria *dedução* de uma norma válida⁹, cuja solução reclama a aplicação de regras formuladas de modo genérico, repletas de conceitos indeterminados, sugerindo ou mesmo impondo ao juiz o exercício de um *poder amplo de valoração autônoma*. Nestas situações complexas, a fonte imediata de determinação do regulamento contratual é a *atividade valorativa do magistrado* e não a lei. Cuida-se, pois, de uma *verdadeira intervenção judicial* (intervenção judicial “stricto sensu”).

Embora não seja a regra, o Código Civil brasileiro prescreve alguns artigos que tratam especificamente da intervenção judicial nos contratos. São eles: o artigo 413, que prevê a possibilidade de redução equitativa da multa em caso de cumprimento

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial – Fundamentos de Direito*. Tradução de Bruno Miragem, Notas da tradução de Cláudia Lima Marques. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158-159.

parcial da obrigação; o artigo 473, que prevê a possibilidade de o juiz intervir para manter o contrato em caso de rescisão unilateral, havida quando uma das partes tenha efetuado substanciais investimentos em decorrência da respectiva celebração; o artigo 572, que trata da possibilidade do juiz reduzir o valor da indenização em casos de locação; e o artigo 581, que cuida da possibilidade de o juiz reduzir o prazo do comodato, na hipótese de necessidade imprevista e urgente.

Por se tratar de intervenções judiciais expressamente previstas em lei, as mesmas devem ser chamadas de *intervenções judiciais típicas*. Ao lado delas, encontram-se as *intervenções judiciais atípicas*, isto é, aquelas que, embora fundadas na lei, em princípios ou no próprio regulamento contratual, neles não se encontram expressamente previstas.

Diferenciar as simples *atuações judiciais* das *intervenções judiciais*, e classificá-las como de baixa ou alta complexidade, justas ou injustas, típicas ou atípicas etc., tem clara utilidade didática, mas, além do caráter pedagógico, tais diferenças e classificações são importantes para compreender os limites da intervenção judicial em matéria contratual.

3. OS LIMITES E MODALIDADES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS

Reveladas as circunstâncias que autorizam a intervenção judicial no âmbito contratual, é fundamental compreender quais são os limites desta intervenção e como ela se dá.

No que toca às fronteiras da intervenção judicial nos contratos, cuidaremos especificamente dos limites chamados *principiológicos*. Afinal, como visto, a necessidade de intervenção judicial em matéria contratual está restrita aos casos complexos, justamente aqueles resolvidos por intermédio da ponderação de princípios recepcionados por nosso ordenamento jurídico.

3.1. OS LIMITES PRINCIPIOLÓGICOS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS

Dentre os princípios introduzidos pelo Código Civil de 2002 que orientam o comportamento dos magistrados na realização do direito sistematizado destaca-se o princípio da *operabilidade*, ou da *concretude*, essencialmente um princípio da hermenêutica filosófica e jurídica, “que leva o intérprete não à função limitadora de aplicar o direito, mas à de construir a norma jurídica adequada ao caso concreto e específico”¹⁰. Ao se deparar com uma divergência de alta complexidade, é com fundamento no princípio da operabilidade ou da concretude que o juiz, inserido num ambiente contratual, buscará construir a melhor solução, segundo os preceitos do ordenamento jurídico vigente.

Todavia, se na qualidade de verdadeiros tutores do magistrado, os princípios são garantia e estímulo à produção judicial, noutro sentido, são também princípios que limitam ou enquadram a atividade judicial intervencionista¹¹.

A doutrina mais recente costuma classificar os princípios que limitam a intervenção judicial nos contratos em: (i) *princípios gerais*, que servem de norte a todas as relações privadas, indiscriminadamente; (ii) *princípios específicos*, que se prestam a conferir maior segurança aos magistrados no momento de decidir; e (iii) *princípios auxiliares*, que cumprem uma função colaborativa da atividade jurisdicional¹².

Relativamente aos limites principiológicos gerais, é certo que o balizamento, a orientação mais importante para o magistrado será sempre a *tutela da*

¹⁰ Nesse sentido, ler: **AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro.** In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

¹¹ O artigo 1º do Código de Ética da Magistratura Nacional dispõe: “O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteados pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e da capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”.

¹² V. **BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

*dignidade da pessoa humana*¹³. Seja qual for o modo pelo qual se apresente o contrato, o magistrado, quando chamado a intervir, deve averiguar, desde logo, se há ofensa ao valor fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição Federal^{14,15}

Juntamente com a tutela da dignidade da pessoa humana, os princípios da *eticidade*¹⁶ e da *socialidade* também devem instruir a intervenção judicial nos contratos de uma forma geral.

A eticidade, segundo Miguel Reale¹⁷, confere maior poder ao juiz na tarefa de encontrar a solução *mais justa e equitativa* para o caso concreto¹⁸.

¹³ O artigo 3º do Código de Ética da Magistratura Nacional é expresso nesse sentido: “A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas”.

¹⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 161-162.

¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre os contratos do Sistema Financeiro da Habitação, em magnífico julgado que considera o valor da dignidade humana como critério orientador da decisão, assim como a lealdade, confiança, entre outros balizamentos que serão aqui estudados, caminha na direção aqui sustentada: “Ementa: Direito civil. Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial *versus* Cláusulas de reajuste pelos índices aplicados a poupança livre. 1- Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato. 2 - Há de ser considerada sem eficácia e efetividade contratual a cláusula que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, consequentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial. 3 - Recurso provido. Decisão: por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso e no mérito, dar provimento” (STJ – Resp 1996/0001473-6 – j. 29-4-1996 – Rel. Min. José Delgado).

¹⁶ Ao aprovar e editar o Código de Ética da Magistratura Nacional, o Conselho Nacional de Justiça o fez, dentre outras razões: “Considerando que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também a função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais”.

¹⁷ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. RT, São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 28.

¹⁸ “REsp - Civil - Locação - Revisional - Acordo das partes - O princípio *pacta sunt servanda* deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula *rebus sic stantibus* cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou o prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente.” Decisão: por unanimidade, negar provimento ao recurso” (STJ - RMS: 7399 MS 1996/0042843-3, Relator:

A *socialidade*, por seu turno, abre caminho para que sejam levados em consideração valores sociais e coletivos capazes de atuar sobre os valores individuais¹⁹. Significa dizer que, no desempenho de seu mister, o magistrado deve ponderar se os valores individuais negociados afrontam ou não os valores sociais ou coletivos.

Além dos limites principiológicos gerais e predominantemente abstratos, o juiz deve pautar-se por alguns limites específicos e concretos, destinados, precipuamente, a tornar mais segura a sua atuação.

O primeiro destes limites é a *objetividade*. O magistrado deve, sempre que possível, buscar elementos, argumentos e parâmetros objetivos para fundamentar a sua decisão sobre o destino de determinada cláusula ou contrato²⁰. Vale dizer: se a tarefa do juiz é analisar sobre a revisão, a resolução ou a melhor interpretação de determinado dispositivo ou contrato, então que encontre, sempre que possível, elementos, argumentos ou parâmetros os mais objetivos a justificar uma ou outra decisão²¹.

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 24/11/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.04.1997 p. 11172).

¹⁹ Nesse sentido, chama atenção julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre contrato de comissão mercantil, no seguinte sentido: “Ementa: Civil - Ação cautelar e principal - Contrato de comissão mercantil - Depósito de parcelas - Julgamento simultâneo. 1. A liberdade contratual pode sofrer restrições por parte do Estado, em face da supremacia do interesse público, de modo a que seja preservado o equilíbrio da ordem econômica e social da coletividade, evitando, dessa forma, a ocorrência de exageros que resultem em prejuízo à sociedade. 2. Não se pode acobertar, sob o manto da liberdade de contratar, situações que propiciem a ocorrência de crimes contra a ordem econômica, máxime em se tratando de uma empresa de economia mista, que se vincula aos princípios gerais do direito público. 3. Apelação provida. Unânime.” (TJ-DF - AC: 20010110709554 DF, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Data de Julgamento: 05/05/2003, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 01/10/2003 Pág. : 59).

²⁰ Nesse sentido, o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece: “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

²¹ **Paulo Luiz Netto Lôbo**, a esse propósito, diz: “O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente” (**Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 42, p. 187-195, abr./jun., 2002, p. 192).

Ao lado da objetividade, não deve o magistrado olvidar o princípio da *autonomia privada*, o qual, embora relativizado, nunca deixará de apresentar ponderável influência sobre as decisões judiciais. Desse modo, *inexistindo fortes e incontornáveis razões jurídicas noutro sentido, a vontade das partes deve prevalecer sobre a vontade do julgador*²².

Mas não é só. Quando o caso concreto disser respeito a interpretação de contratos privados que envolvam a prática de atividades econômicas, mais do que simplesmente preservar a autonomia privada, deve-se levar em conta o recém prestigiado princípio da *intervenção mínima do Estado*.

No dia 20 de setembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.874/19, que instituiu a chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Dentre os diversos dispositivos legais destinados a proteger a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, parte considerável visou a reforçar o chamado “princípio da intervenção mínima do Estado” na interpretação dos contratos privados que disponham sobre a prática de atividades econômicas.

Logo no §2º do art. 1º da Lei, tal propósito é assim revelado: “Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

Em seguida, no artigo 2º, são definidos como “princípios” norteadores da Lei “(i) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o poder público; (iii) a intervenção subsidiária e excepcional do

²² Nessa esteira, afirma **Rodrigo Toscano Brito**: “É preciso observar, entretanto, que o princípio da autonomia da vontade continua em pleno vigor entre nós e deve ser observado. Diz-se isso para deixar claro que a vontade das partes deve prevalecer sobre a vontade do julgador. Vale dizer, o magistrado intervém na busca da justiça e igualdade substancial do contrato, considerando os critérios objetivos, mas sempre balizado pela vontade dos contratantes, pelo que quiseram alcançar desde o início do contrato e, principalmente, pelas circunstâncias que envolvem o contrato”. (**Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 166)

Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado”.

No âmbito dos chamados contratos empresariais, a ideia central do legislador é que o regulamento criado pelas partes se mantenha o quanto possível incólume, tanto em sua forma quanto em seu conteúdo.

Do ponto de vista da economia, o contrato empresarial é considerado uma operação econômica, no qual as partes operam racionalmente, dispondo de todas as informações necessárias e munidas de igual poder contratual. Do ponto de vista jurídico, no entanto, sabe-se que nem sempre os contratos são celebrados entre pessoas com o mesmo nível de informação e poder negocial, o que pode gerar prestações desequilibradas. Nesta situação, ativa-se o sistema de tutela do hipossuficiente, que influencia os negócios travados entre empresas e pessoas naturais, reprimindo situações de abuso no mercado.

O fluxo das relações econômicas mantidas entre empresários ou sociedades empresárias, contudo, não pode ser comprometido por uma visão estatal excessivamente protecionista, que coloque em risco a concretização da função econômica dos negócios celebrados. Nesse sentido, é muito importante a manutenção de regras que promovam a tutela do crédito, a defesa da segurança e da previsibilidade jurídicas e que, inclusive, reconheçam no “erro do empresário” algo natural e desejável para delimitar o êxito maior ou menor de uma determinada empresa no ambiente de mercado.

Portanto, ressalvadas as hipóteses onde se encontrem presentes os requisitos necessários para a ativação do sistema de defesa do hipossuficiente, o Poder Judiciário deve se manter o quanto possível distante dos contratos empresariais. E foi justamente isso que a nova legislação referenciou expressamente.

O art. 3º, inciso V da referida Lei define como “direito” de toda pessoa natural ou jurídica “gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da

atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”. Na mesma esteira, o inciso VIII, do mencionado dispositivo legal, garante que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”.

E para instrumentalizar tais propósitos conceituais e principiológicos, o legislador promoveu uma série de alterações no próprio Código Civil brasileiro. Ao *caput* do art. 113 do Código Civil, que determina devam ser os negócios jurídicos interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, foram adicionados dois parágrafos. O parágrafo primeiro dispõe: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (i) for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (ii) corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (iii) corresponder à boa-fé; (iv) for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (v) corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. E o parágrafo segundo adiciona: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

Na mesma linha, ao *caput* do art. 421 do Código Civil, acrescentou-se parágrafo único, com o seguinte teor: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Por fim, foi criado um novo artigo ao Código Civil, o art. 421-A, que estabelece: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (i) as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação

das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (ii) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (iii) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Sem adentrar à discussão sobre a promoção de alterações ao Código Civil por intermédio de Medidas Provisórias²³, o fato é que a sobredita Lei, no que toca à interpretação dos contratos empresariais paritários, corrobora para um melhor ambiente negocial.

Para além dos limites gerais e específicos acima descritos, o magistrado deve observar, também, princípios auxiliares como a *proporcionalidade*, a *razoabilidade*, a *impossibilidade do enriquecimento sem causa*, a *boa-fé objetiva* e a *equidade*²⁴, os quais lhe servem de suporte técnico no momento de formular a norma de decisão.

A *proporcionalidade* ou, como ressalva Roberto Rosas, “o princípio da proibição do excesso”²⁵ sugere ao juiz que observe as condições impostas pelo contrato a cada uma das partes, de modo a obstruir eventuais imposições que ultrapassem o limite daquilo que é estritamente necessário ao fim do negócio pretendido.

Embora tratando acerca do princípio da proporcionalidade no campo do direito constitucional, Fernando Facury Scaff menciona três preceitos que, segundo ele, seriam subjacentes ao princípio da proporcionalidade. O primeiro deles é o da *adequação da idoneidade*, por intermédio do qual se deve perquirir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Segundo, o da *necessidade* ou da *exigibilidade*, através do qual, diante de um caso concreto, ao verificar todas as possíveis

²³ Reputamos um grave erro, com ponderáveis prejuízos ao Estado Democrático de Direito e às instituições, a utilização indiscriminada de Medidas Provisórias para “criação de leis”.

²⁴ **BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 167.

²⁵ **ROSAS, Roberto. Razoabilidade e proporcionalidade no Código Civil de 2002**. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 557.

soluções do conflito, deve o juiz optar por aquela que seja *mais adequada* e que exija o *menor grau possível de restrição de direitos*. O último preceito apontado é o da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a *análise das possibilidades jurídicas existentes* para alcançar a *melhor relação meio-fim para o conflito*²⁶.

O próprio Código Civil brasileiro reconhece a incidência da proporcionalidade em diversas passagens, tais como nos artigos 187, 317, 402 e 413²⁷.

A *razoabilidade* constitui outro importante princípio norteador da intervenção judicial nos contratos²⁸. O juiz deve conferir se as atitudes dos contratantes são *pertinentes, adequadas, convenientes e oportunas* com os fins que pretende alcançar. Nas palavras de Rodrigo Toscano de Brito, o razoável deve estar na razão, nos meios e nos fins²⁹.

²⁶ **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 238.

²⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO INTEGRAL. REDUÇÃO PROPORCIONAL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. ARTS. 924, CC, 128 E 460, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que pode o juiz reduzir proporcionalmente a perda das quantias pagas pelo promissário adquirente nos casos de resolução de contrato de compra e venda celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, fixando-a em patamar justo, com base no art. 924 do Código Civil, que se traduz na aplicação do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. II - Constando expressamente do pedido a devolução integral das parcelas pagas, a acolhida parcial da pretensão para reduzir a pena estipulada em 100% (cem por cento) para 10% (dez por cento) não significa julgamento ultra petita. III - A correção monetária não se constitui em *plus*, mas em mera reposição do valor real da moeda, podendo incluir-se na condenação, independentemente de pedido expresso neste sentido. (STJ - REsp: 284157 AL 2000/0108594-8, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/04/2001 p. 301)

²⁸ CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ÓBITO. DOENÇA PREEXISTENTE. OMISSÃO. LONGEVIDADE DO SEGURADO APÓS A CONTRATAÇÃO. ELEVAÇÃO DA COBERTURA. VALOR ANTERIOR ÍNFIMO. RAZOABILIDADE NO AUMENTO DA COBERTURA PRETENDIDA. MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CC, ARTS. 1.443 E 1.444. I. Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de "diabetes melittus" quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes. II. Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual. III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 300215 MG 2001/0005582-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 29/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/09/2001 p. 312)

²⁹ **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 171.

Luis Recaséns Siches, ao desenvolver a sua tese sobre a “lógica do razoável” ou “lógica da ação humana”, ensina que a mesma *“está limitada o circunscrita, está condicionada y está influída, por la realidad concreta del mundo en el que opera – en el Derecho, está circunscrita, condicionada y influída por la realidad del mundo social histórico y particular, en el cual, con el cual y para el cual son producidas las reglas jurídicas, lo mismo las generales que las individualizadas”*³⁰. Assim, em busca do razoável, deve o magistrado pautar-se pelos valores presentes no caso concreto, na experiência humana e aplicar aquilo que julgar mais adequado, o que for razoável.

O Código Civil brasileiro também faz expressa menção à razoabilidade. Basta lembrar do quanto disposto no artigo 572, acerca dos contratos de locação: “Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis”. Nesse mesmo sentido, o *caput* e o parágrafo único do artigo 575 estabelecem: “Art. 575: Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”³¹.

Além de atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o juiz deve *evitar*, o quanto possível, a *ocorrência do enriquecimento sem causa*, corolário lógico de todo o direito obrigacional. O artigo 884 do Código Civil brasileiro dispõe: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

³⁰ *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed. México: Porrúa, 1973, p. 287, *apud* BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 173.

³¹ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: LOCAÇÃO. AÇÃO RENOVATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CONTINUIDADE DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. ALUGUEL FIXADO PARA O PERÍODO CHAMADO DA GRAÇA. CABIMENTO. “É inteiramente justificada a fixação do aluguel durante o período de ocupação do imóvel, vez que o aluguel não decorre necessariamente da locação, representando a contraprestação pelo uso da coisa alheia, pelo que se o locatário continua a usar o imóvel, mesmo depois de expirar o prazo do contrato não renovado, deve pagar o aluguel justo, de mercado, para que não se configure o seu enriquecimento sem causa.” Recurso conhecido, mas desprovido. (STJ - REsp: 327022 RJ 2001/0060568-5, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 04/10/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/02/2002 p. 487 RNDJ vol. 28 p. 134)

Giovanni Ettore Nanni, acerca do tratamento dado pelo Código Civil brasileiro ao enriquecimento sem causa, assevera que “sem rastro de dúvidas simboliza um avanço na salvaguarda da retidão e equilíbrio nas relações jurídicas, em atendimento aos parâmetros da sociedade que timbram o novo Código”³². E arremata:

“Não se hesita afirmar que a inserção do enriquecimento sem causa no novo Código Civil é digna de elogios, pois representa o acolhimento de teoria indispensável à manutenção do equilíbrio em qualquer relação jurídica, consubstanciando-se em ferramenta extremamente útil às pessoas na condução de seus negócios e nas controvérsias a serem dirimidas pelo Poder Judiciário ou por arbitragem”³³.

Portanto, na busca pelo equilíbrio material, deve o julgador questionar se algum dos contratantes enriqueceu indevidamente e, sendo positiva a resposta, deve buscar o equilíbrio objetivo, sem deformar o espírito que presidiu a contratação desde o início³⁴.

Ao intervir no contrato, o magistrado deve levar em conta, ainda, o princípio da *boa-fé objetiva*³⁵. Deve ser assegurado aos contratantes um *ambiente*

³² **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 97.

³³ Idem, p. 100.

³⁴ **BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 175.

³⁵ “Ementa: Direito econômico e do consumidor. Revisão de contrato de financiamento para aquisição de casa própria. Conteúdo contratual que viola o direito fundamental à habitação e o princípio da boa-fé objetiva. Função social do juiz. O contrato de compra e venda com financiamento e garantia hipotecária tem como finalidade principal concretizar o direito fundamental à habitação. Assim, toda cláusula contratual, que dificultar ou inviabilizar o alcance daquela finalidade maior do contrato, deve ser, de ofício, declarada nula pelo Poder Judiciário, porquanto estará em confronto com o próprio objeto do contrato, sendo, pois, notadamente, uma cláusula abusiva. Há muito que os contratos de financiamento para aquisição da casa própria tornaram-se um verdadeiro tormento para os mutuários e uma fonte de grandes vantagens econômicas e financeiras para os mutuantes. Raro encontrar contrato de financiamento que permita ao mutuário quitar seu débito. Quase sempre o débito é impagável. Tudo porque os encargos contratuais ‘impostos’ aos mutuários tornam o pagamento da dívida uma condição excessivamente onerosa para o mutuário. Todo direito subjetivo é limitado pela boa-fé objetiva. Fora ou contra a boa-fé objetiva não existe amparo a nenhum direito subjetivo. A boa-fé objetiva, quando desrespeitada, enseja a intervenção do Poder Judiciário, pois, na correta observação do Min. Ruy Rosado Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, nos contratos, o primado não é mais da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros” (TJMG – Ap. 1.0000.00.328641-6 – J. 22-5-2003 – Rel. Maria Elza)

negocial pautado pela *lealdade, confiança, pelo respeito aos interesses razoáveis e legítimos*. Por outro lado, deve-se evitar o *abuso, a lesão e a desvantagem excessiva*. Como bem resume Judith Martins Costa, cabe ao juiz ater-se à equitativa distribuição dos riscos, das vantagens e desvantagens dos quais o contrato é a matriz³⁶.

O magistrado deve atender, também, ao *juízo de equidade*³⁷.

Segundo Manuel Carneiro da Frada, a equidade encontra o seu lugar na área de intersecção entre o *justo* e uma *ética de virtude, de perfeição do humano integral*:

“A equidade relaciona-se assim, de modo particular, com a sabedoria. No contexto da referida ética de virtude, a sabedoria corresponderá a um conhecimento especial, mais profundo, mais pleno e mais verdadeiro, acerca do homem e das coisas (de diferenciar da ciência jurídico-dogmática enquanto saber moralmente asséptico e neutro relativamente ao sujeito que a cultiva ou a quem é por ela atingido, mas a aproximar da ‘jurisprudência’, que já envolve a consideração de qualidades pessoais): um conhecimento que é expressão da particular dignidade do homem. Em especial daquela pelo qual ele é convidado a ouvir e a ser sensível à voz da verdade íntima das coisas, a aprender a discernir o melhor e o mais perfeito e a escolher livremente um agir em conformidade

³⁶ **Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 16, n. 59, p. 29, jan./mar. 1992.

³⁷ “Direito civil. Rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Culpa dos promitentes-compradores. Cláusula penal compensatória. Artigo 924 do Código Civil. Possibilidade. Juiz. Mitigar. Observância. Proporcionalidade. Equidade. Verba sucumbencial. Responsabilidade. Apelados. Prova. Culpa. Rescisão. Acordo. Observância. Honorários advocatícios. Artigo 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. Sentença condenatória. Provimento parcial. Recurso. 1 – Consoante jurisprudência iterativa desta corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda que o contrato preveja a perda parcial das parcelas pagas, diante da regra inserta no artigo 924 do Código Civil pode o magistrado reduzir a cláusula penal compensatória. 2 – Utilizam-se os critérios de proporcionalidade e equidade na redução da cláusula penal, com o escopo de manter a justiça e o equilíbrio entre as partes. 3 – Provando-se que os autores foram responsáveis pela rescisão contratual, não pagando o que deviam nem demonstrando qualquer intenção em extinguir o acordo, impõe-lhes o dever de pagar as verbas de sucumbência, pois são os únicos responsáveis pela manifestação do judiciário. 4 – Havendo sentença condenatória, fixam-se os honorários de acordo com a norma esculpida no artigo 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. 5 – Apelação parcialmente provida” (TJDF – Ap. 20010110412459 – j. 6-11-2003 – Rel. Jeronymo de Souza)

com a recta consciência assim formada (o uso da liberdade será tanto mais digno quanto se orienta pela sabedoria); julgando depois em conformidade”³⁸.

Exatamente por sua ligação à sabedoria, afirma Carneiro da Frada, a equidade “melhora a justiça do direito constituído, permite uma composição mais integral dos interesses e conduz a uma solução mais plena ou harmónica de um conflito”. Cuida-se, nesse sentido, de uma “sublimação da justiça, uma *superiustitia*”³⁹.

Acerca da regra contida no parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil brasileiro, que só autoriza o juiz a decidir por equidade nos casos previstos em lei, Francisco Amaral pondera que “o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal”⁴⁰.

Enfim, é sob a orientação desses princípios que o juiz, provocado, deve intervir ou não em um determinado contrato.

3.2. A AMPLITUDE E INTENSIDADE DAS INTERFERÊNCIAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS

Os limites impostos à jurisdição não orientam apenas a *licitude*, mas, também, a *medida* da atuação judicial. Significa que, ao decidir, o juiz deve agir ou interferir nos contratos na *proporção necessária* à solução da controvérsia - nem mais, nem menos. Por isso, é importante compreender quais são os fatores que fazem variar a *amplitude* (extensão) e a *intensidade* (força) da atuação ou intervenção judicial nos contratos.

³⁸ **A equidade (ou a “Justiça com coração”): a propósito da decisão arbitral segundo a equidade.** Revista da Ordem dos Advogados. Ordem dos Advogados, Lisboa, 2012, p. 123-124.

³⁹ Idem, p. 124.

⁴⁰ **A equidade no Código Civil brasileiro.** In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 207.

A *amplitude* da atuação ou da intervenção judicial nos contratos guarda estreita relação com a *autonomia* que o magistrado tem para solucionar um determinado caso. Veja.

Os casos fáceis, como visto, são geralmente solucionados através de um simples raciocínio dedutivo, com pouca ou nenhuma margem à criatividade ou à discricionariedade judicial. Já os casos difíceis, por sua vez, permitem soluções mais amplas, fundadas em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou, até mesmo, em princípios sobre os quais se formula um juízo de ponderação. Nesse sentido, é possível afirmar que quanto *mais complexa* for a solução da controvérsia contratual, maior será a discricionariedade judicial no desempenho dessa tarefa e, por consequência, *mais amplo* será o *poder de intervenção* do magistrado nos contratos.

Mas além da complexidade da controvérsia, outros fatores fazem variar a amplitude da intervenção judicial no âmbito contratual. O *modo da negociação* estabelecida entre as partes, a *natureza do objeto da prestação contratual* e a *finalidade da contratação* são outros fatores determinantes para uma atuação judicial mais ou menos extensa.

No que se refere ao modo da negociação entre as partes e o tempo da sua execução, os contratos podem ser classificados em: (i) *contratos isolados* (descontínuos ou singulares) e (ii) *contratos relacionais*.

Os contratos isolados ou instantâneos são aqueles cuja manifestação de vontade e execução ocorrem de uma só vez, em função das circunstâncias presentes no momento da celebração⁴¹. Já os contratos relacionais são aqueles nos quais a determinação do conteúdo ou de alguns de seus elementos essenciais se realiza mediante a remissão a elementos estranhos ao mesmo (*relatio*)⁴².

⁴¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Volume 45. Rio de Janeiro: Editora Padma, p. 91-110, jan./mar., 2011, p. 97.

⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Volume 45, cit., p. 98.

O contrato relacional se caracteriza por ser um *contrato de duração* e que exige forte colaboração entre as partes interessadas. Antonio Junqueira de Azevedo, a propósito, leciona:

“São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos”⁴³.

Em função dessas características, o contrato relacional é aquele que melhor se adapta à negociação entre empresas, e no qual a *gestão do risco da superveniência* é uma questão a ser superada, seja através da renegociação, seja através da revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro.

Por outro lado, o relacionamento continuado requer das partes um “comportamento adequado a cada nova situação, e com isso abre a oportunidade para que tais condutas sejam analisadas à luz da boa-fé, do fim social e da equidade”⁴⁴. Logo, a própria natureza dos contratos relacionais exige uma amplitude maior da intervenção heterônoma, do que aquela ordinariamente necessária nos contratos isolados ou instantâneos.

Relativamente à natureza do objeto da prestação contratada e à sua finalidade, os contratos podem ser classificados em: (i) *contratos existenciais* e (ii) *contratos de lucro*⁴⁵.

⁴³ Parecer jurídico: Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Revista dos Tribunais. Ano 94. Volume 832, fevereiro de 2005, p. 115-137, p. 123.

⁴⁴ **AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Volume 45, cit., p. 99.

⁴⁵ Ruy Rosado de Aguiar Júnior distingue os contratos de lucro dos empresariais, “porque nem sempre os empresariais têm por propósito a obtenção de uma vantagem patrimonial (v. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Volume 45, cit., p. 105-106).

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, os contratos existenciais são aqueles que têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais⁴⁶, as quais *negociam visando à sua subsistência ou necessidades fundamentais* (direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc.)⁴⁷.

Dentre os chamados contratos existenciais estariam parte dos contratos de consumo, os contratos de trabalho, os de locação residencial, compra e venda de casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à *subsistência humana*. Trata-se de contratos que exigem um regime jurídico que privilegie a sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), com o intuito último de assegurar os valores inerentes à dignidade da pessoa humana⁴⁸. Por conta disso, são contratos que admitem uma maior participação do magistrado na apreciação do seu conteúdo e nos casos de eventual revisão, com o propósito de respeitar a sua função social.

De outra parte, os contratos de lucro são aqueles celebrados entre empresas ou entre profissionais, com o propósito de atingir os *fins* que lhes são próprios (ordinariamente, o lucro). Aqui, leva-se em consideração não o objeto da prestação contratada, mas a sua própria função econômica⁴⁹, isto é, de transferir patrimônio com vantagem para o contratante.

No caso desses contratos de lucro, afirma Antonio Junqueira de Azevedo, “a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força (...) especialmente

⁴⁶ Junqueira também admite, nesta categoria, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

⁴⁷ **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo**, Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, nº 34, cit., p. 304-305.

⁴⁸ **ALPA, Guido. Manuale di diritto privato**. 4ª edição. Padova: CEDAM, 2005, p. 543, *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Volume 45, cit., p. 106.

⁴⁹ **AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, volume 45, cit., p. 103.

nas situações limítrofes como as de pessoas naturais, que mesmo fora do exercício profissional, visam lucro, ou as de empresas muito pequenas etc.”.⁵⁰

Portanto, nos contratos empresariais e nos de lucro, a intervenção judicial deve se dar, como regra⁵¹, em menor medida (parágrafo único do art. 421 do Código Civil).

Pois bem. Se a amplitude da intervenção judicial varia de acordo com a complexidade da controvérsia, o modo da negociação e a natureza das relações jurídicas firmadas, a intensidade da interferência judicial está relacionada, por seu turno, à *relevância e potencial impacto social* da divergência contratual suscitada, bem como à *natureza da intervenção judicial* a ser realizada.

Evidentemente, a não observância ou o desrespeito a um preceito constitucional, legal ou infralegal (norma geral) é mais grave do que a não observância ou o desrespeito a uma determinada cláusula contratual (norma particular). Afinal, se a infração a uma norma geral tem potencial ofensivo suficiente para atingir toda a sociedade, o desrespeito a uma cláusula contratual pode alcançar apenas as partes contratantes (e, excepcionalmente, terceiros ao contrato vinculados). Por esta mesma razão, uma controvérsia contratual decorrente da não observância ou do desrespeito a uma norma de ordem pública merece maior reprimenda do Estado do que a inobservância ou a infração a uma norma de ordem privada.

No que toca à natureza da intervenção judicial a ser executada, o Judiciário pode ser chamado a interpretar, integrar ou modificar um contrato ou uma determinada cláusula contratual. Evidentemente, há maior intervenção judicial quando se modifica um contrato ou uma cláusula contratual, do que quando se integra ou se

⁵⁰ **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, nº 34. Rio de Janeiro, abr./jun., 2008, p. 304-305.

⁵¹ Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “a tese da menor intervenção estatal (judicial) sobre o conteúdo dos contratos de lucro está hoje em parte derogada pela crise de 2008 no mercado financeiro, que está exigindo dos Estados regulamentação rigorosa desses negócios” (**Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, volume 45, cit., p. 110).

interpreta um ou a outra. Isso porque, ao se modificar um contrato ou uma cláusula contratual, há verdadeira *substituição da vontade originalmente declarada* pelos contratantes por outra fonte de conteúdo contratual, isto é, a lei ou a decisão judicial. Na interpretação ou integração, por seu turno, há apenas uma *complementação* desta vontade original pelas fontes heterônomas do regulamento contratual.

Em síntese:

a) Quanto à amplitude das interferências judiciais no âmbito dos contratos:

(i) Quanto mais complexa for a solução da controvérsia contratual, mais amplo será o poder de intervenção do magistrado nos contratos.

(ii) Os contratos relacionais propiciam uma intervenção judicial mais ampla do que os contratos isolados ou instantâneos.

(iii) Os contratos existenciais carecem, em regra, de uma maior atenção do magistrado na apreciação do seu conteúdo do que os contratos empresariais ou de lucro.

b) Quanto à intensidade das interferências judiciais no âmbito dos contratos:

(i) Uma controvérsia contratual decorrente da não observância ou do desrespeito a uma norma de ordem pública merece maior reprimenda do Estado do que a inobservância ou a infração a uma norma de ordem privada.

(ii) A necessidade de modificar um contrato ou uma cláusula contratual reclama uma interferência judicial mais intensa do que quando se integra ou se interpreta um ou a outra.

3.3. OS NÍVEIS E GRAUS DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS

Há diferentes providências judiciais possíveis por ocasião da solução de uma controvérsia contratual. A depender da natureza, do impacto e relevância social da divergência, a atuação judicial pode variar de um simples esclarecimento da melhor forma de interpretar um contrato até a sua modificação, a sua resolução, o reconhecimento da prática de um ato ilícito, a nulidade do quanto avençado, a condenação em multas contratuais, a eventual reparação de danos materiais e morais etc.

Ao menos em tese, portanto, a interferência judicial nos contratos varia de *alta a baixa*, no que tange à *amplitude*; e de *máxima a mínima*, no que se refere à *intensidade*. Ademais, por traduzirem diferentes critérios, ambas as classificações podem ser *combinadas*, de modo a que se tenha casos de interferência alta, média ou baixa, de grau máximo, médio ou mínimo.

Seguindo este raciocínio:

1.a) *Interferência alta de grau máximo*: casos difíceis, solucionados através de um juízo de ponderação fundado em normas-princípio, que resultem na nulidade de uma cláusula contratual ou do contrato como um todo; ou na resolução do mesmo, acrescida das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis.

1.b) *Interferência alta de grau médio*: casos difíceis, solucionados através de um juízo de ponderação fundado em normas-princípio, que resultem na modificação de uma cláusula ou do próprio contrato.

1.c) *Interferência alta de grau mínimo*: casos difíceis, solucionados através de um juízo de ponderação fundado em normas-princípio, que tenham por fim preencher uma lacuna contratual, ou o esclarecimento do sentido e alcance de uma cláusula ou do próprio contrato.

2.a) *Interferência média de grau máximo*: casos difíceis, solucionados através da aplicação de imposições legais ou infralegais abertas e flexíveis (cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados), que resultem na nulidade de uma cláusula contratual ou do contrato como um todo, ou na resolução do mesmo, acrescida das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis.

2.b) *Interferência média de grau médio*: casos difíceis, solucionados através da aplicação de imposições legais ou infralegais abertas e flexíveis (cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados), que resultem na modificação de uma cláusula ou do próprio contrato.

2.c) *Interferência média de grau mínimo*: casos difíceis, solucionados através da aplicação de imposições legais ou infralegais abertas e flexíveis (cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados), que tenham por fim preencher uma lacuna contratual, ou o esclarecimento do sentido e alcance de uma cláusula ou do próprio contrato.

3.a) *Interferência baixa de grau máximo*: casos fáceis, solucionados através de um simples raciocínio dedutivo, que resultem no reconhecimento da inexistência de um determinado negócio jurídico, na nulidade de uma cláusula contratual ou do contrato como um todo, na resolução do mesmo, acrescida das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis; ou no reconhecimento da decadência de um determinado direito, acrescido das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis.

3.b) *Interferência baixa de grau médio*: casos fáceis, solucionados através de um simples raciocínio dedutivo, que resultem na modificação de uma cláusula ou do próprio contrato; na anulabilidade ou ineficácia de uma cláusula contratual ou do contrato como um todo, acrescida das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis; ou no reconhecimento da prescrição do exercício de um determinado direito, acrescido das penalidades contratuais e eventuais reparações cabíveis.

3.c) *Interferência baixa de grau mínimo*: casos fáceis, solucionados através de um simples raciocínio dedutivo, que tenham por fim preencher uma lacuna contratual, ou o esclarecimento do sentido e alcance de uma cláusula ou do próprio contrato.

A correção da decisão judicial na seara contratual só pode ser aferida caso a caso. Apenas diante de uma situação concreta é possível identificar a providência judicial adequada à solução da controvérsia, bem como a exata medida da intervenção a ser realizada no contrato ou na respectiva cláusula contratual. Por isso a importância de se compreender a amplitude, a intensidade, os níveis e graus das intervenções judiciais nos contratos, de modo que se obtenham critérios úteis à identificação dos eventuais excessos, a serem revistos e corrigidos pelos meios processuais aplicáveis na espécie.

4. ARBITRARIEDADE, *ERROR IN JUDICANDO* E ATIVISMO JUDICIAL DISFUNCIONAL NOS CONTRATOS

Foi dito que, diante de um caso fácil, o magistrado deve delimitar os fatos, identificar a norma ou o conjunto de premissas jurídicas válidas - que permitam formular um enunciado normativo geral - e determinar o sentido dessas premissas jurídicas. Feito isso, deve o juiz solucionar o caso pela via da dedução.

No entanto, se o magistrado ignorar os fatos provados, se não invocar as normas, ou se invocar normas derogadas ou não aplicáveis, configurada estará uma *decisão infundada, arbitrária*⁵². E, por contrariarem o ordenamento jurídico vigente, tanto os casos de *arbitrariedade normativa* quanto os casos de *arbitrariedade fática* constituem exemplos de *atuação judicial ilícita*.

Por outro lado, nos casos *complexos* ou *difíceis* (aqueles que não permitem deduzir da lei a solução de modo simples, seja em função de dificuldades relacionadas à norma aplicável, seja em virtude de sua interpretação), o juiz é guiado

⁵² Teoria da Decisão Judicial – Fundamentos de Direito, cit., p. 160.

por princípios, decidindo mediante um *juízo de ponderação*⁵³. Nestas particulares circunstâncias, é bastante comum que o magistrado, ser humano que é, julgue de forma equivocada (*error in iudicando*), isto é, produza uma sentença injusta⁵⁴. Por isso, nada mais natural e compreensível os ordenamentos jurídicos de todos os povos, com o propósito de assegurar justiça o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame ou de reforma das decisões por outros juízes, ou mesmo pelos próprios juízes que as proferirem.

Note-se que, ao errar, o magistrado não imagina atuar em desconformidade com o ordenamento jurídico. Muito ao contrário. Em sua visão (ainda que equivocada), ele fez cumprir aquilo que a ordem jurídica determinava.

Exatamente porque proferida em suposta conformidade com o ordenamento jurídico, a *decisão equivocada* constitui exemplo de *atuação judicial lícita*.

Muito diferente é a situação do juiz que, diante de um caso simples, inexplicavelmente atua contra a norma imperativa vigente; ou o magistrado que, em sua decisão, ofende deliberadamente a ordem pública, a boa-fé ou os bons costumes. Nestas hipóteses, a decisão é ilícita, ou porque *ilegal* (quando ofender norma imperativa vigente), ou porque *proibida* (quando ofender a ordem pública), ou porque *imoral* (quando ofender a boa-fé e os bons costumes).

A depender de determinadas circunstâncias, uma decisão judicial equivocada pode contribuir, ainda, para a ocorrência de um outro fenômeno social bastante relevante e atual: o chamado *ativismo judicial disfuncional*⁵⁵.

⁵³ **Teoria da Decisão Judicial – Fundamentos de Direito**, cit., p. 163.

⁵⁴ A palavra “justiça” é polissêmica. Assim, para os estreitos fins deste artigo, tomaremos a expressão “decisão justa” no sentido de “a melhor decisão para o caso concreto”. A *contrario sensu*, sempre que mencionarmos “decisão injusta”, estaremos usando a expressão no sentido de que a mesma não se constitui “na melhor decisão para o caso concreto”. Não há um critério objetivo de justiça. Assegurar algo como justo ou injusto é um julgamento de valor, efetivado segundo um determinado escopo. E valorar é ato, predominantemente, de natureza subjetiva; é um ato de preferência; de escolha daquilo que alguém imagina ser “a melhor” alternativa.

⁵⁵ A locução “ativismo judicial” comporta inúmeros sentidos. Aqui, adotaremos a sua acepção negativa; trataremos do ativismo judicial como uma *disfunção* especial da atividade jurisdicional.

O ativismo judicial disfuncional não está propriamente relacionado a uma atuação fora dos limites materiais da jurisdição (arbitrariedade), mas ao seu exercício equivocado. Ele está relacionado ao excesso de jurisdição.

Este é o motivo por que se reputa, a *decisão judicial equivocada*, como *elemento do ativismo judicial disfuncional*. Sem uma decisão judicial equivocada⁵⁶, não se pode sequer cogitar em ativismo judicial disfuncional.

Contudo, a ocorrência de uma decisão judicial equivocada ou injusta, por si só, também não é suficiente à caracterização do ativismo judicial. O que autoriza qualificar uma determinada postura judicial como ativista são, na realidade, algumas *características especiais* de uma decisão judicial equivocada.

Mas quais seriam estas características especiais?

Originalmente, a expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*) nasceu para designar a ação do magistrado capaz de desempenhar um *papel afirmativo, proativo*, em contraposição à *postura judicial autocomedida, passiva (self-restraint)*. Desde então, em quaisquer das acepções conferidas à expressão, o ativismo judicial está sempre relacionado à *ampliação* dos poderes jurisdicionais, ao passo que o chamado passivismo está vinculado à sua *compressão*.

Traçando, pois, um paralelo, é possível dizer que a postura ativista corrobora para inflar, avultar, elastecer os limites da jurisdição, enquanto a postura autocomedida causa o seu esvaziamento, afrouxamento, a sua depressão.

Mas não é só. Ao conferir limites à atuação jurisdicional, o ordenamento jurídico o faz, em tese, de *forma simétrica*, isto é, guardando uma proporção ideal entre

⁵⁶ O equívoco judicial (*error in iudicando*) é fruto da complexidade do caso a ser julgado. Logo, se o equívoco é elemento do ativismo judicial, então só se pode cogitar em ativismo judicial nas decisões proferidas em casos complexos.

o território reservado à atuação jurisdicional e aquele destinado aos *agentes limitadores* desta atividade, tais como, a *lei*, os *atos administrativos* e a própria *vontade das partes* (no caso dos negócios jurídicos).

Se o ativismo judicial disfuncional é caracterizado pela ampliação equivocada dos limites da jurisdição, ele implica, obrigatoriamente, na restrição do campo de atuação daqueles outros agentes, rompendo com a simetria original e idealmente prevista pelo ordenamento jurídico. Por esta razão é que os limites da jurisdição, quando vitimados por uma decisão ativista, sofrem de uma *distensão assimétrica*, isto é, de uma distorção, em grandeza, inflando o território idealmente reservado à atuação jurisdicional, e esvaziando aquele determinado, concretamente, por um dos citados agentes limitadores da sua atividade.

Vale ressaltar, outrossim, que a aferição do alargamento das fronteiras conferidas pelo ordenamento à jurisdição só pode ser feita caso a caso. Apenas diante de uma situação concreta é possível identificar qual providência judicial será adequada à solução da controvérsia, bem como a exata medida da intervenção a ser realizada.

E para concluir: além de uma decisão judicial equivocada, que tenha por resultado o alargamento assimétrico dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico à jurisdição, aquilo que de fato estimula e induz a doutrina a usar a expressão “ativismo judicial” (ainda que, por vezes, de forma nada técnica) são determinadas *posturas jurisdicionais* ou *sociais* que sugerem um *protagonismo* do Poder Judiciário, frente aos papéis ordinariamente reservados aos demais atores sociais que, com ele (Judiciário), dividem a incumbência de criar, interpretar e aplicar o direito de forma legítima.

O que se percebe é que, independentemente do desrespeito ou não aos limites impostos pelo ordenamento à jurisdição (o que denotará uma atuação lícita ou ilícita), se o ato de decidir não estiver aliado a uma postura que evidencie um determinado protagonismo do Poder Judiciário, a tendência é que tal atuação não seja reconhecida e qualificada, pela comunidade jurídica e pela sociedade, como uma atuação ativista. Vale dizer, um juiz que, embora decida para além das fronteiras da

jurisdição (de forma ilícita, portanto), o faça para reforçar o poderio do Poder Legislativo, seguramente não será identificado como um “ativista judicial”. Da mesma forma, o magistrado que, não obstante aja excedendo os limites jurisdicionais, o faça para reforçar a vontade das partes manifestadas em contrato, muito provavelmente não será tido, pela comunidade jurídica ou pela sociedade, como um “ativista”.

No entanto, se este mesmo magistrado, ao intervir em um determinado contrato, o fizer segundo a *sua valoração* (judicial), em *detrimento* da *valoração voluntária* (a fonte autêntica do regulamento contratual), estar-se-á diante de uma circunstância capaz de sugerir um predomínio (protagonismo) do Poder Judiciário em relação à autonomia privada (ou mesmo ao legislador) e, conseqüentemente, de um potencial exemplo de ativismo judicial disfuncional em matéria contratual.

5. CONCLUSÃO

(i) A pandemia relacionada ao novo Coronavírus (COVID-19) trouxe e trará profundos reflexos sociais e econômicos em todo o mundo, com repercussão direta nas relações jurídicas de direito privado e, mais especificamente, nos contratos celebrados antes de seu advento.

(ii) Inúmeros contratos previamente firmados terão as suas condições negociais originais desfiguradas, trazendo riscos evidentes à manutenção do quanto avençado pelos contratantes.

(iii) Nestas circunstâncias, o grande desafio será reequilibrar a equação obrigacional.

(iv) A primeira e mais importante recomendação para os contratantes é que, imbuídos de boa-fé, negociem as modificações necessárias para a preservação do contrato ou, na absoluta impossibilidade de fazê-lo, a sua extinção consensual.

(v) Caso a livre negociação se mostre inviável, a solução se dará, inevitavelmente, através de um processo judicial (ou arbitral) no qual se discutirá, dentre outras questões,

as escusativas de responsabilidade, a onerosidade excessiva, a hipótese do artigo 317 do CC, ou a aplicação dos princípios da função social, da boa-fé, da equivalência material das prestações contratuais e do equilíbrio contratual.

(vi) Esta tarefa jurisdicional ampla, complexa e de extraordinária responsabilidade certamente contribuirá para o surgimento de discussões acerca dos limites da “intervenção judicial” nos contratos.

(vii) De uma forma geral, os particulares são livres para se obrigar, segundo as suas próprias conveniências. Contudo, tal liberdade contratual não é ilimitada. Os limites e restrições à autonomia contratual derivam da lei, de decisões judiciais ou de atos das autoridades administrativas.

(viii) A operatividade de todas as fontes de determinação (limitação) do conteúdo do contrato, diversas da declaração de vontade das partes (fontes heterônomas, portanto), pressupõe a intervenção combinada da lei e do juiz.

(ix) Se as determinações voluntárias do regulamento contratual exprimem sempre os poderes e interesses da autonomia privada, as fontes “heterônomas” do regulamento contratual podem, diferentemente, operar de acordo com as seguintes variantes: a) valorações legais contrastantes com a autonomia privada; b) valorações legais homogêneas e instrumentais da autonomia privada; c) valorações judiciais contrastantes com a autonomia privada; e d) valorações judiciais homogêneas e instrumentais da autonomia privada.

(x) A depender da sua natureza, a atuação judicial em matéria contratual (intervenção judicial “lato sensu”) pode ser classificada como um simples instrumento de intervenção legal ou, diversamente, como uma verdadeira intervenção judicial (intervenção judicial “stricto sensu”).

(xi) Nas hipóteses em que a norma intervém pontual e precisamente na determinação do regulamento contratual, com o fito de exprimir a escolha do legislador

e, portanto, reduzir ao mínimo a discricionariedade do órgão julgador, tem-se uma atuação judicial instrumental da intervenção legal. De outra banda, nas hipóteses nas quais a determinação do regulamento contratual se dá através da aplicação de regras formuladas de modo genérico, com conceitos indeterminados, sugerindo ou mesmo impondo ao juiz o exercício de um poder amplo de valoração autônoma, a fonte de determinação do regulamento contratual é a atividade valorativa do magistrado e não a lei. Neste caso, tem-se uma verdadeira intervenção judicial (intervenção judicial “stricto sensu”).

(xii) A necessidade de intervenção judicial em matéria contratual, portanto, está restrita aos casos complexos, justamente aqueles resolvidos por intermédio da ponderação de princípios recepcionados por nosso ordenamento jurídico.

(xiii) Dentre os princípios introduzidos pelo Código Civil de 2002 que orientam o comportamento dos magistrados na realização do direito sistematizado destaca-se o princípio da operabilidade, ou da concretude. Ao se deparar com uma divergência de alta complexidade, é com fundamento no princípio da operabilidade ou da concretude que o juiz, inserido num ambiente contratual, buscará construir a melhor solução, segundo os preceitos do ordenamento jurídico vigente.

(xiv) Os princípios também limitam ou enquadram a atividade judicial intervencionista. A doutrina mais recente costuma classificar os princípios que limitam a intervenção judicial nos contratos em: (i) princípios gerais, que servem de norte a todas as relações privadas, indiscriminadamente; (ii) princípios específicos, que se prestam a conferir maior segurança aos magistrados no momento de decidir; e (iii) princípios auxiliares, que cumprem uma função colaborativa da atividade jurisdicional.

(xv) Relativamente aos limites principiológicos gerais, a orientação mais importante para o magistrado será sempre a tutela da dignidade da pessoa humana. Juntamente com ela, os princípios da eticidade e da socialidade também devem instruir a intervenção judicial nos contratos de uma forma geral.

(xvi) Relativamente aos limites específicos e concretos destinados, precipuamente, a tornar mais segura a sua atuação, o magistrado deve, sempre que possível, buscar elementos, argumentos e parâmetros objetivos para fundamentar a sua decisão sobre o destino de determinada cláusula ou contrato. Ele não pode olvidar, ainda, do princípio da autonomia privada, segundo o qual, inexistindo fortes e incontornáveis razões jurídicas noutro sentido, a vontade das partes deve prevalecer sobre a vontade do julgador.

(xvii) Quando o caso concreto disser respeito a interpretação de contratos privados que envolvam a prática de atividades econômicas, mais do que simplesmente preservar a autonomia privada, o magistrado deve levar em conta o recém prestigiado princípio da *intervenção mínima do Estado* (parágrafo único do art. 421 do Código Civil).

(xviii) No âmbito dos chamados contratos empresariais, ressalvadas as hipóteses onde se encontrem presentes os requisitos necessários para a ativação do sistema de defesa do hipossuficiente, a ideia central é que o regulamento criado pelas partes se mantenha o quanto possível incólume, tanto em sua forma quanto em seu conteúdo.

(xix) Para instrumentalizar o princípio da intervenção mínima do Estado, a Lei nº 13.874/19 trouxe um novo artigo ao Código Civil, o art. 421-A, que estabelece: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (i) as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (ii) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (iii) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

(xx) O magistrado deve observar, também, princípios auxiliares como a proporcionalidade, a razoabilidade, a impossibilidade do enriquecimento sem causa, a boa-fé objetiva e a equidade, os quais lhe devem servir de suporte técnico no momento de formular a norma de decisão.

(xxi) Os limites impostos à jurisdição não orientam apenas a licitude, mas, também, a medida da atuação judicial. Ao decidir, o juiz deve agir ou interferir nos contratos na proporção necessária à solução da controvérsia - nem mais, nem menos.

(xxii) Quanto à amplitude das interferências judiciais no âmbito dos contratos, pode-se afirmar: (i) quanto mais complexa for a solução da controvérsia contratual, mais amplo será o poder de intervenção do magistrado nos contratos; (ii) os contratos relacionais propiciam uma intervenção judicial mais ampla do que os contratos isolados ou instantâneos; e (iii) os contratos existenciais carecem, em regra, de uma maior atenção do magistrado na apreciação do seu conteúdo do que os contratos empresariais ou de lucro.

(xxiii) Quanto à intensidade das interferências judiciais no âmbito dos contratos, pode-se afirmar: (i) uma controvérsia contratual decorrente da não observância ou do desrespeito a uma norma de ordem pública merece maior reprimenda do Estado do que a inobservância ou a infração a uma norma de ordem privada; e (ii) a necessidade de modificar um contrato ou uma cláusula contratual reclama uma interferência judicial mais intensa do que quando se integra ou se interpreta um ou a outra.

(xiv) A interferência judicial nos contratos varia de alta a baixa, no que tange à amplitude; e de máxima a mínima, no que se refere à intensidade. Ademais, por traduzirem diferentes critérios, ambas as classificações podem ser combinadas, de modo a que se tenha casos de interferência alta, média ou baixa, de grau máximo, médio ou mínimo.

(xxv) Apenas diante de uma situação concreta é possível identificar a providência judicial adequada à solução da controvérsia bem como a exata medida da intervenção a ser realizada no contrato ou na respectiva cláusula contratual.

(xxvi) Se o magistrado ignorar os fatos provados, se não invocar as normas, ou se invocar normas derogadas ou não aplicáveis, configurada estará uma decisão

infundada, arbitrária. E, por contrariarem o ordenamento jurídico vigente, tanto os casos de arbitrariedade normativa quanto os casos de arbitrariedade fática constituem exemplos de atuação judicial ilícita.

(xxvii) Ao errar (*error in judicando*), o magistrado não imagina atuar em desconformidade com o ordenamento jurídico. E exatamente porque proferida em suposta conformidade com o ordenamento jurídico, a decisão equivocada constitui exemplo de atuação judicial lícita.

(xxviii) A depender de determinadas circunstâncias, uma decisão judicial equivocada pode contribuir, ainda, para a ocorrência de um outro fenômeno social bastante relevante e atual: o chamado ativismo judicial disfuncional .

(xxix) O ativismo judicial disfuncional nos contratos não está propriamente relacionado a uma atuação fora dos limites materiais da jurisdição (arbitrariedade), mas ao seu exercício equivocado, ao excesso de jurisdição.

(xxx) Os limites da jurisdição, quando vitimados por uma decisão ativista, sofrem de uma distensão assimétrica, isto é, de uma distorção, em grandeza, inflando o território idealmente reservado à atuação jurisdicional, e esvaziando aquele determinado, concretamente, por um dos agentes limitadores da sua atividade (a lei, os atos administrativos e a própria vontade das partes).

(xxxi) Além de uma decisão judicial equivocada, que tenha por resultado o alargamento assimétrico dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico à jurisdição, aquilo que de fato estimula e induz a doutrina a usar a expressão “ativismo judicial” são determinadas posturas jurisdicionais ou sociais que sugerem um protagonismo do Poder Judiciário, frente aos papéis ordinariamente reservados aos demais atores sociais que, com ele (Judiciário), dividem a incumbência de criar, interpretar e aplicar o direito de forma legítima.

(xxxii) Toda vez que o magistrado, ao intervir em um determinado contrato, o fizer segundo a sua valoração (judicial), em detrimento da valoração voluntária (a fonte autêntica do regulamento contratual), estar-se-á diante de uma circunstância capaz de sugerir um predomínio (protagonismo) do Poder Judiciário em relação à autonomia privada (ou mesmo ao legislador) e, conseqüentemente, de um potencial exemplo de ativismo judicial em matéria contratual.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Volume 45. Rio de Janeiro: Editora Padma, p. 91-110, jan./mar., 2011.

_____. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª edição. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 16, n. 59, p. 29, jan./mar. 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

FRADA, Manuel Carneiro da. A equidade (ou a “Justiça com coração”): a propósito da decisão arbitral segundo a equidade. Revista da Ordem dos Advogados. Ordem dos Advogados, Lisboa, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Parecer jurídico: Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de

duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Revista dos Tribunais. Ano 94. Volume 832, fevereiro de 2005, p. 115-137.

_____. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo, Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, nº 34, cit., p. 304-305.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Ativismo judicial disfuncional nos contratos. São Paulo: Editora IASP, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 42, p. 187-195, abr./jun., 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial – Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem, Notas da tradução de Cláudia Lima Marques. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. RT, São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos – Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSAS, Roberto. Razoabilidade e proporcionalidade no Código Civil de 2002. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. Responsabilidade civil do estado intervencionista. 2ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.