

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH**

Nathalia Guedes Azevedo

**A FIGURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NOS CONTRATOS
INCOMPLETOS: Uma análise acerca da Teoria Econômica dos Contratos**

Belo Horizonte/MG

2017

Nathalia Guedes Azevedo

Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/8593448828113266

**A FIGURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NOS CONTRATOS
INCOMPLETOS: Uma análise acerca da Teoria Econômica dos Contratos**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade FUMEC como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Área de concentração: Autonomia Privada, Regulação e Estratégia.

Linha de Pesquisa: Direito Privado (Autonomia Privada, Regulação e Estratégia)

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

Belo Horizonte/MG

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A994f Azevedo, Nathalia Guedes, 1991-

A figura dos negócios jurídicos processuais nos contratos incompletos: uma análise acerca da teoria econômica dos contratos / Nathalia Guedes Azevedo. – Belo Horizonte, 2018.

96 f. ; 29,7 cm

Orientador: Alexandre Bueno Cateb.

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2018.

1. Contratos - Aspectos econômicos - Brasil. 2. Negócio jurídico - Brasil. 3. Poder judiciário - Brasil. I. Título. II. Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.44



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb _____

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior _____

Prof. Dr. Sérgio ~~Henriques Zandoná Freitas~~ _____

mendes Botul Coutinho

MESTRANDA: NATHÁLIA GUEDES AZEVEDO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“A FIGURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NOS CONTRATOS INCOMPLETOS: Uma Análise acerca da Teoria Econômica dos Contratos”

RESULTADO FINAL: Aprovado

Data da Defesa: 20/02/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Aos meus avós, Nazinha e Joel.

AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, luz eterna e de infinita bondade. Agradeço eternamente por me guiar nessa longa e árdua jornada, a qual para mim era apenas um sonho distante.

À minha mãe, que se orgulha dos caminhos que traço diariamente. Sei que ainda serei admirada na docência, tal qual o exemplo que me é dado.

Ao meu pai, que sempre se faz presente na minha vida, alimentando com carinho todos os meus sonhos.

À Bellota, irmã dedicada e amorosa, que se espelha diariamente no meu exemplo.

Aos meus avós, pessoas íntegras que se abdicam diariamente para concretizar os meus objetivos. Sou grata a vocês a tudo que sou e a tudo que conquistei. Sei que estamos apenas começando, a jornada é longa, mas alcançaremos tudo o que foi por nós traçado.

Ao meu grande amor João Paulo, companheiro de vida. Presente de Deus que me foi entregue e que me ajuda em todos os momentos da vida. Sem você nada disso teria sentido.

Ao meu querido orientador Alexandre Cateb, agradeço eternamente a orientação, confiança e dedicação. Por acreditar no meu trabalho e por apoiar as inúmeras mudanças advindas dessa jornada. A você, toda admiração.

À turma 13, melhor turma do mestrado. Pelos companheiros de luta, choro e glória.

Ao escritório Santos Filho Advogados, em especial ao Dr. Wilson, por me oportunizar chegar onde estou e por confiar no meu trabalho. Se não fosse por toda a credibilidade e paciência a mim ofertadas, esse sonho nunca se tornaria realidade.

Oro a Deus diariamente para continuar correspondendo às expectativas criadas.

“O talento desenvolve-se no amor que pomos no que fazemos. Talvez até a essência da arte seja o amor pelo que se faz, o amor pelo próprio trabalho.”

Máximo Gorki.

RESUMO

O presente estudo, desenvolvido numa perspectiva crítico-reflexiva, valendo-se de pesquisa bibliográfica, tem por objetivo trazer a análise dos negócios jurídicos processuais, principalmente levando-se em consideração o Código de Processo Civil de 2015 e a figura dos contratos incompletos, incorporada pela análise econômica do direito, visando assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. A análise do *novo* instituto processual será imprescindível para uma concepção clara e objetiva do modelo, observando-se suas possibilidades e cabimento no direito processual brasileiro, visando assegurar às partes, um processo democrático, nos preceitos constitucionalmente amparados pelo atual ordenamento jurídico. Ainda, dentro desta ótica, será possível verificar a posição do poder judiciário diante dos negócios jurídicos processuais, visando posicionar o leitor quanto às suas consequências no mundo real.

Palavras-chave: Contratos; Princípios Contratuais; Negócio Jurídico Processual; Vulnerabilidade do Poder Judiciário; Insegurança Jurídica.

ABSTRACT

The present study, developed in a critical-reflective perspective, using a bibliographical research, aims to bring the analysis of the juridical procedures, mainly taking into account the Code of Civil Procedure of 2015 and the figure of incomplete contracts, incorporated by the economic analysis of the law, in order to ensure effective and adequate judicial protection. The analysis of the new procedural institute will be indispensable for a clear and objective conception of the model, observing its possibilities and legal process law in order to assure to the parties a democratic process, in the precepts constitutionally supported by the current legal system. Still, within this perspective, it will be possible to verify the position of the judiciary before the juridical proceedings, aiming to position the reader as to its consequences in the real world.

Keywords: Contracts; Contractual Principles; Business Legal Process; Vulnerability of the Judiciary; Juridical insecurity.

LISTA DE ABREVIATURAS

AED - Análise Econômica do Direito

CC – Código Civil

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

CPC/1939 – Código de Processo Civil de 1939

CPC/1973 - Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 - Código de Processo Civil de 2015

CR – Constituição da República Federativa do Brasil

NJ – Negócio Jurídico

NJP – Negócio Jurídico Processual

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 CONTRATOS	19
2.1 Teoria Geral dos Contratos	222
2.1.1 Modelo Liberal de Contratos	222
2.1.2 Modelo Solidarista de Contrato	224
2.1.3 O Novo Modelo Contratual / Modelo Econômico de Contrato	22
2.2 Conceitos	29
2.2.1 Fato Jurídico	229
2.2.2 Ato Jurídico	30
2.2.2.1 Negócio Jurídico	31
2.2.2.1.1 Contratos	32
3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	52
3.1 Princípio da Autonomia Privada	38
3.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva	41
3.3 Princípio da Função Social	46
3.4 Princípio do Equilíbrio Contratual	49
4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	52
4.1 Das Opções de Veto	60
4.2 Contratos Incompletos	65
4.3 Justo Contratual	69
4.4 Possibilidades de Discussão do Litígio	72
4.4.1 Extrajudicial	74
4.4.2 Judicial	76
5 (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	78
5.1 O Retorno do Paradigma Voluntarista	79
5.2 A Vulnerabilidade do Poder Judiciário	81
6 CONCLUSÕES	88
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe uma análise acerca dos negócios jurídicos processuais, suas características, disposições legais e regimentais, em conformidade com a matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um tema antigo, porém atual, tendo em vista a nova realidade advinda do Código de Processo Civil de 2015, na medida em que, “alguns temas, ainda que nascidos em outras épocas precisam despertar em outra dimensão, num diferente contexto no tempo e no espaço, para que possam florescer em sua plenitude. E é isso que parece ter ocorrido com o tema dos negócios processuais, que nos últimos quinze anos saíram da hibernação acadêmica para revigorar-se com toda intensidade” (CABRAL, 2015, p.16).

O caput do artigo 5^{o1}, *caput* da Constituição da República de 1988 prevê a liberdade como um dos principais direitos fundamentais. De seu conteúdo, deduz-se o direito ao autorregramento ou autonomia privada, que é o direito de cada sujeito em regular juridicamente os seus interesses.

O princípio da autonomia privada objetiva um ambiente propício para que o direito fundamental da liberdade possa ser exercido pelas partes sem restrições injustificáveis, na medida em que “a vontade das partes é relevante e merece respeito” (DIDIER JR., 2015, p. 23).

A constitucionalização do direito e a ideia de modelo cooperativo de processo apontam ainda a necessidade de os sujeitos processuais adequarem o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 traz à baila um sistema que reforça a existência do princípio da autonomia privada.

Este novo Código adota o modelo cooperativo de processo, valorizando a vontade das partes, conforme os artigo 6^{o2} quando afirma que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, (art. 7^{o3}) sempre com paridade de tratamento, (art. 9^{o4}) sendo vedadas as

¹ Art. 5º, CR/1988 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

² Art. 6º, CPC/2015 – Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³ Art. 7º, CPC/2015 – É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

decisões surpresas, visando sempre à efetividade do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 10^{o5}).

A valorização do consenso e equilíbrio entre as partes busca um espaço não apenas de julgamento, mas sim um espaço comum de solução de conflitos. Tal valorização foi apontada no âmbito do CPC / 2015 na perspectiva da contratualização do processo e do ajustamento do calendário processual, admitidos nos artigos 190⁶ e 191⁷, respectivamente.

A observância dos demais princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, ampla defesa dentre tantos outros, interferem de maneira relevante em relação aos temas que podem ser objeto de acordo.

Indo além, torna-se imperiosa a necessidade de se analisar a figura do negócio jurídico processual sob a perspectiva da teoria econômica dos contratos, principalmente dos contratos incompletos, na medida em que, referido instituto nada mais é do que um contrato feito entre as partes.

Assim, a teoria dos contratos incompletos de Fernando Araújo, apresenta-se como o marco teórico do presente estudo, teoria esta elementar para a compreensão da pesquisa proposta.

Destarte, quanto mais um contrato puder aproximar-se da sua completude, menos incerteza gerará no futuro, tanto em relação às possíveis renegociações, bem como no tocante a tomada de reféns⁸ em situações corriqueiramente contratuais.

⁴ Art. 9º, CPC/2015 – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701.

⁵ Art. 10, CPC/2015 – O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁶ Art. 190 – Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único – De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁷ Art. 191, CPC/2015 – De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. §1º - O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. §2º - Dispensando-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁸ Na teoria econômica do contrato, a figura do *holdup* se apresenta como a tomada de um refém, que necessariamente será a contraparte, a parte mais fragilizada na relação contratual. O instituto possui o seu escopo no oportunismo contratual, na medida em que a contraparte se torna refém pelo “mero desfazimento temporal das prestações a relação contratual” ou “dos investimentos de confiança que se viu na necessidade de fazer” (ARAÚJO, 2007, p. 632/633).

É cediço que embora tenha-se uma ampla negociação, esta jamais se apresentará de forma adequada a abarcar os níveis de previsibilidade que um contrato completo necessita, ou seja, aquele que abarcaria todas as contingências possíveis na relação contratual. Assim, diante do inacabamento dos contratos, pode-se apresentar uma maior preocupação em face do instituto do negócio jurídico processual, podendo, pois, gerar grande insegurança jurídica.

Pois bem, uma das possibilidades da efetivação do negócio jurídico processual, é justamente a realização de um *contrato* entre partes, antes mesmo da formação de um litígio, visando, assim, precaverem-se de situações oportunistas que visem ao descumprimento, desfazimento e à renegociação a todo custo, na medida em que “as partes não só não são imunes às tentações de má fé como têm, no desenvolvimento da relação contratual, vários incentivos racionais a assumirem atitudes oportunistas e predatórias” (ARAÚJO, 2007, p. 658).

No mais, será analisado o instituto como um todo, seu cabimento e suas opções de veto, demonstrando, cabalmente, sua amplitude processual.

Por fim, diante das opções de veto e da necessidade de homologação, o NPJ, caso exista, serão observadas as consequências que tal homologação poderá ocasionar.

2 CONTRATOS

Não se busca, no presente estudo, exaurir a análise dos contratos de forma exaustiva, mas, apenas e tão somente, nos limites propostos, tendo em vista ser essencial para o enfrentamento do problema aqui proposto.

No entanto, antes de qualquer tentativa de apresentar o significado de contratos, é imperiosa a apresentação da teoria, do início de tudo, fazendo uma transgressão entre o Estado Liberal e Estado Social, desaguando-se, pois, no modelo pós-moderno de contrato, também conhecido como modelo econômico, contextualizando o debate.

2.1 Teoria Geral dos Contratos

No presente tópico, passa-se a distinguir os três principais modelos de contrato ao longo da evolução histórica do direito dos contratos e o seu desenvolvimento, visando a uma explanação ampla da temática proposta no presente estudo.

2.1.1 Modelo Liberal de Contrato

Entre os séculos XVII e XVIII, com o iluminismo, surgiu a ideia de Estado Liberal, em que se buscava e preconizava a limitação da intervenção do Estado na esfera privada da sociedade⁹.

Defendia-se a limitação do poder do Estado sobre a sociedade privada, na medida em que competia apenas ao indivíduo pesar sua moralidade, já que apenas a este é dado o poder de estimar sua vontade e consciência, cabendo ao Estado apenas interferir e garantir três direitos básicos do homem: vida, liberdade e propriedade.

[...] O liberalismo moderno nasceu do iluminismo que colocava o indivíduo no centro da existência social. No século XVIII, convergiam a teoria filosófica da autonomia moral do indivíduo, a exigência política de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e a teoria do liberalismo econômico no sentido de que através da defesa adequada dos interesses próprios que se confrontam em livre concorrência se desenvolveria por si mesma uma vida econômica equilibrada. Estas teorias conjugaram-se na tendência de delimitar a ação do Estado: não pode ser já objecto da coacção estatal cuidar da moralidade dos súbditos, pois – assim diz uma das principais teses da ética de Emmanuel Kant (1785) – a moralidade não é uma questão de conduta imposta pela coacção externa, mas uma conduta resultante apenas da boa vontade e da decisão autónoma de consciência. (ZIPPELIUS, 1997, p. 376).

⁹ Adam Smith foi o precursor do Estado Liberal, tendo publicado a obra “A Riqueza das Nações” em 09 de março de 1776, Editora William Strahan, Thomas Cadell, em que busca descobrir a origem e a causa das riquezas das nações. Tornou-se a obra mais conhecida de Smith, composta por 05 (cinco) livros.

A ingerência estatal era sinônima de liberdade individual, o homem era livre para usar e dispor dos seus direitos e deveres, os quais eram definidos por ele mesmo.

Todos se sentiam iguais na forma da lei, na ideologia de que “O Estado era o inimigo a ser combatido, pois a classe social emergente desejava um espaço de autonomia para desenvolver suas atividades econômicas, infensas a controles externos”. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 32).

Os direitos fundamentais eram marcados com a livre relação particular, em que o Estado era o único sujeito passível de figurar como Réu. O Estado era ausente a tais relações, participando apenas como mero expectador, não possuindo, sequer o papel de coadjuvante da relação público e privado, facilitando, e muito “o desenvolvimento do comércio e a multiplicação de riquezas” como nunca na história da humanidade (FARIAS e ROSEVALD, 2014, p. 32).

Indo além e aproximando-se propriamente da temática do presente estudo, o Estado Liberal também inspirou o modelo liberal de contrato, traduzido na redação do Código Civil de 1916 que “foi construído a partir da ideia jusnaturalista moderna de que o indivíduo (histórica ou conceitualmente) antecede o Estado, sendo portador de um estado de liberalidade absoluta que é renunciado para possibilitar a coexistência em sociedade (construída pelo contrato social, isto é, pelo consenso).” (TIMM, 2015, p. 33).

Ao homem era dado o direito de contratar quando, onde, com quem e com qual objetivo entendesse relevante, levando-se em consideração suas necessidades. Ao Estado era dado o dever apenas de executar o contrato, nos exatos limites contratados, caso uma das partes viesse a descumprí-lo, fazendo com que a vontade das partes fosse cumprida.

Como bem define Cláudio Luiz Bueno de Godoy

À classe burguesa que ascendia, cuja atividade de produção alterava a índole agrária da economia da Idade Média, convinha a instrumentação jurídica ou a ideologia mesmo da liberdade contratual, a absolutização, quase que completa, da autonomia da vontade, quando revelada pela tríplice e intocável prerrogativa de escolher contratar, o que contratar e com quem contratar, de resto tanto quanto sucedia com o instituto da propriedade, longe de ser admitida como uma relação jurídica complexa, que impusesse também deveres ao proprietário e criasse direitos a centros de interesses opostos, não-proprietários. (GODOY, 2007, p. 4).

Essa é justamente a ideia da obrigatoriedade de cumprimento dos contratos, na medida em que, por serem livres, as partes decidiram contratar e por isso devem honrar a lei criada entre elas – *pacta sunt servanda*.

Em outros dizeres:

Ora, o lema do liberalismo era o da não interferência do Estado, e os contratos, uma vez celebrados, tornavam-se lei entre as partes, tendo que ser cumpridos custasse o que custasse. Era o princípio da autonomia da vontade em todo seu vigor. A vontade livre, no sentido kantiano, era soberana, e, dada a presunção de igualdade entre as partes, o acordo contratual vinculava às últimas consequências. É fácil deduzir que várias pessoas foram levadas à ruína por tal princípio. Imaginem uma pessoa que tivesse todos os seus ativos financeiros bloqueados em suas contas de depósito e de poupança e fosse, ainda por cima, forçada a cumprir à risca suas obrigações contratuais. Seria compreensível que se arruinasse. (FIUZA, 2010, p.52).

A falta de normas que regulassem todas as situações geradas pelo liberalismo, acrescido da neutralidade do Estado e do Poder Judiciário, bem como diante do cenário mundial com a Primeira Guerra Mundial e a crise econômica de 1929, criou a necessidade de um novo paradigma.

[...] A “*mão invisível*” do mercado não foi capaz de solucionar as necessidades sociais, pois inexistiam instituições que o regulassem. A percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades e libertar indivíduos de necessidades propiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *welfare state*. Os direitos sociais de segunda geração já não mais correspondiam a uma posição de abstenção por parte do Estado, mas à efetivação de prestações positivas pela via de concessão de direitos promocionais e condições materiais para o desfrute de liberdades. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 33).

Diante das mudanças de perspectivas do modelo liberal e da necessidade de um novo paradigma, surgiu o modelo solidarista de contrato.

2.1.2 Modelo Solidarista de Contrato

Com o *welfare state*, conhecido no Brasil como Estado Social, introduziu-se a ordem pública, com o único objetivo de calar o liberalismo marcado pela desigualdade social, diante da falência do ultrapassado modelo de Estado, relativizando os direitos do indivíduo, pensando, agora, em prol da sociedade.

O Estado Social foi o sucessor (ou para alguns uma adaptação) do Estado Liberal – e não se confunde com o Estado Socialista, justamente por não romper com o sistema capitalista. Mesmo respeitando o sistema de produção capitalista, o Estado Social formou-se em torno das críticas ao pensamento do *laissez-faire*. Nesse sentido, ele surge da suposta insuficiência do Estado Liberal em lidar, no século XIX, com a “questão social”, ou seja, a imensa pobreza e “injustiças sociais” derivadas do êxodo rural, da concentração populacional das cidades e da revolução industrial. Assim, na insuficiência de elementos para dirimir os conflitos gerados pelo alegado individualismo exacerbado do modelo liberal, os direitos, antes absolutos, passaram a ser relativizados, o que permitiu a compatibilização de seu exercício com o interesse coletivo. (TIMM, 2015, p. 28).

No Estado Social, transfere-se a obrigação para o governo em garantir os direitos sociais “[...] busca-se, através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a

convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes”. (TIMM, 2015, p. 30/31). Neste novo modelo, incessantemente se busca a homogeneização dos direitos, criando benefícios comuns a todos os indivíduos, “O Direito Social, próprio do Estado Social, quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social.” (TIMM, 2015, p. 30/31).

Os contratos, assunto que mais interessa ao presente estudo, era tido não apenas como um instrumento entre as partes, mas sim como um instrumento em prol da sociedade.

Tal elevação dos contratos em prol da sociedade, “aconteceria pela proposição de leis cogentes e protetoras de interesses coletivos, que ensejariam uma atuação do Estado na realidade social, inclusive no âmbito do direito contratual (dirigismo contratual, intervenção judicial nos contratos)” (TIMM, 2015, p. 88).

Para Fiuza, um dos fundamentos do dirigismo contratual, é justamente a busca pela cidadania.

Se o homem pode escolher a que grupos sociais se unir, não tem esta opção em relação ao Estado. A cidadania é involuntária e compulsória. Se o Estado se abster, como recomenda o *laissez-faire*, nenhum poder existirá para conter os excessos dos indivíduos em relação ao grupo e a outros indivíduos, e dos grupos em relação a outros grupos e em relação aos indivíduos.

Se os fins das instituições sociais são o poder, a segurança e o direito, necessita-se do Estado para estender sua atividade sobre as funções imediatas com que possam satisfazer-se. A satisfação depende, dentre outros, dos meios econômicos. (FIUZA, 2010, p. 50).

No entanto, a intervenção desarrazoada pelo Estado nas relações individuais tornou-se insustentável, momento em que um novo e atual paradigma tenta ser introduzido.

2.1.3 O novo Modelo Contratual / Modelo Econômico de Contrato

Com a globalização, o mercado e conseqüentemente os contratos se internacionalizaram.

O modelo solidarista, advindo do *welfare state*, demonstrou fraqueza, abrindo espaço para o modelo pós-moderno. Tal modelo foi elaborado como uma evolução contratual, sendo fato que nos tempos atuais possui influência de outros ramos do direito, tais como da Análise Econômica do Direito, podendo ser encontrado como uma espécie do modelo pós-moderno de contrato, nomeado de modelo econômico de contrato, espécie mais relevante ao presente estudo.

Para o direito, ficou ainda mais evidente que apenas ele, como ciência isolada, não era capaz de enfrentar os grandes conflitos existentes, razão pela qual os juristas descobriram a

partir da economia, meios para intervir diretamente no sistema jurídico, que antes era totalmente fechado e que se considerava autossuficiente.

Com a evolução do modelo contratual, vivenciado pelos modelos liberal e social, viu-se a necessidade de um novo paradigma, denominado modelo econômico, o qual não foi diretamente motivo de inspiração para o Código Civil de 2002, mas é utilizado para entender e compreender melhor o princípio da função social, princípio este que será melhor analisado a frente. (TIMM, 2015).

Afirmando o aqui alegado, Godoy, citando Francisco Amaral¹⁰ *et at.* (2000), complementa o raciocínio, quando afirma que estamos diante de uma nova era, em que existe o afastamento da “lei como fonte exclusiva e, enfim, a visualização do direito como ciência global e multidisciplinar, aproximada e interpenetrada com as demais ciências sociais.” (GODOY, 2007, p. 10).

Não se sabe, ao certo, em qual fase atual o contrato está inserido, no entanto,

É certo que, hoje, importante parte da doutrina entrevê, já, uma nova fase, dita pós-moderna, em que se encontra o contrato e, antes dele, o próprio direito. Resultado da globalização e, com ela, da exigência de competitividade e flexibilidade dos mercados, procura-se identificar um movimento de desregulamentação estatal das relações contratuais, fruto mesmo do próprio enfraquecimento, diante de formas mais fluidas de estruturação da civilização, da noção de Estado como modelo de organização política. (GODOY, 2007, p. 8/9).

Para Roppo, impossível falar de contratos e não relacionar o tema as operações econômicas:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substancia real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediamente – para a ideia de operação econômica. (ROPPO, 2009, p. 8).

A AED vem com o intuito de integrar o Direito e a Economia. Utiliza-se dos modelos já estudados, bem como dos princípios contratuais para evoluir a ideia de contrato, criando o modelo econômico de contrato.

Conforme o modelo econômico, um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. É, assim, um meio de troca entre pessoas. Os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente. É absolutamente inviável, hoje em dia, que cada pessoa produza tudo o que é necessário para sua sobrevivência. As trocas ocorrem quando as pessoas avaliam o mesmo bem de forma distinta. Cada pessoa é diferente – não apenas por possuir um conjunto de aptidões e características únicas, mas também por possuir uma série de bens, gostos, necessidades e vontades distintas. Portanto, elas tendem a celebrar

¹⁰ Cláudio Luiz Bueno de Godoy cita Francisco Amaral, em sua obra “O Contrato e sua Função Institucional”. *Studia Iuridica – Colloquia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Ed., v. 48, n. 6, 1999/2000, Separata de Conferências. Direito Civil: introdução. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

contratos através dos quais trocam os bens que possuem (inclusive dinheiro em sistemas monetarizados) por bens que desejam. Lembrando que a métrica de que se vale a Ciência Econômica é utilidade (ou satisfação em uma linguagem vulgar).

Se, então, adotarmos os pressupostos da Escola Neoclássica, em especial que cada pessoa é racional e se comporta de acordo com seus próprios interesses (individualismo), chegaremos a uma situação em que os bens tendem a passar da pessoa que lhe dá menor valor à pessoa que lhe dá maior valor. [...] Desta forma, a troca no seio da sociedade permite que os bens passem para aqueles que lhes deem maior valor. Naturalmente, a economia de mercado potencializa estes câmbios e, por isso, tem sido o sistema de organização social que cria mais riqueza e desenvolvimento. (TIMM, 2015, p. 181).

Observa-se, pois, que o modelo econômico evoluiu e explicou a ideia de aumento e circulação de riqueza o que os economistas chamam de excedente econômico de transação, o qual prevê que se um contrato apresentar um excedente maior que zero, tem-se que possui um resultado eficiente.

Conforme dito, o excedente econômico é o aumento e circulação de riquezas, o qual é definido pela soma do excedente do consumidor e do excedente do fornecedor, pela soma dos excedentes das duas partes contratuais, ou, ainda, o total de utilidade do produto em relação ao seu custo produtivo.

Pois bem, o resultado apenas será eficiente se depois de verificado o resultado desta soma, esta se apresentar como a soma do que foi auferido pelos consumidores às vantagens percebidas pelos fornecedores.

Apenas a título de curiosidade, é sabido que os mercados funcionam melhor com a intervenção estatal, o qual busca otimizar o bem-estar econômico geral. Assim, o oposto ao excedente maior que zero, seria, portanto, o que se entende por peso morto, onde há a redução do bem-estar de uma das partes e a outra parte não se aproveita de tal situação. (CATEB, 2016, p. 108-112).

Conforme as conclusões encontradas por Timm, o modelo econômico de contrato trouxe ao direito duas enormes vantagens: divisão do trabalho e produção de riqueza na sociedade.

Para entender melhor

[...] Em primeiro lugar, os contratos permitem a divisão do trabalho. Os benefícios trazidos pela divisão do trabalho foram demonstrados num primeiro momento por Adam Smith, que relacionou-a com um aumento qualitativo de produtividade no clássico exemplo da fábrica de alfinetes¹¹. [...] Hoje sabe-se que a divisão do

¹¹ Adam Smith, em 1776, ao publicar “A Riqueza das Nações”, exemplificou brilhantemente o sistema da divisão do trabalho, com o famoso exemplo da fábrica de alfinetes. No livro, o autor se apega a estrutura de uma simples fábrica de alfinetes, explicando que ao considerar um operário simples, que não é acostumado com máquinas e nem com o tipo de trabalho – produção de alfinetes -, ao longo de um dia de trabalho, mal poderia produzir um alfinete. No entanto, ao considerarmos uma produção em larga escala, em que os

trabalho gera também as chamadas economias de escala, que são diminuições no custo unitário de produção que uma empresa consegue graças a sua expansão. As *economias de escala* ocorrem, em geral, por conta de benefícios de longo prazo nas áreas de compras, gestão, financiamento, marketing e desenvolvimento tecnológico.

Em segundo lugar, os contratos geram riqueza na sociedade, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam. No jargão da ciência econômica, os contratos levam a *melhorias de Pareto*. Isso significa que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação. O *ótimo de Pareto* caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível. (TIMM, 2015, p. 184/185).

Em suma, o modelo econômico contratual, trouxe a baila maior previsibilidade das ações dos contratantes e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.

E não apenas isso, já que conforme preceituam Santos e Cascaldi, a economia é de grande relevância e destaque no direito atual, sendo fato que o objetivo primordial dos contratos está diretamente relacionado à economia, qual seja, a circulação de riquezas. Tal objetivo busca regulamentar o direito contratual “[...] seja através da constituição, modificação, regulação ou extinção de direitos e obrigações, seja, enfim, para proteção, conservação ou prevenção desses mesmos direitos e obrigações.” (SANTOS; CASCALDI, 2011, p. 194).

Ainda, Farias e Rosendal, juntando o significado moderno de contrato, com a visão da AED, em que enumeram os dois principais benefícios trazidos pelo instituto no direito brasileiro, identificando o contrato como um fato social e ampliando a visão da função social dos contratos:

A nosso viso, não há como negar o imprescindível contributo da *Law and Economics* à edificação de renovados fundamentos teóricos no universo dos contratos, sobremaneira em nações globalizadas como o Brasil. *Primeiro*, por constatar o contrato como um fato social e lhe oportunizar a interdisciplinaridade, consubstanciada no forte diálogo com a Economia, uma ciência descritiva metodologicamente preparada para observar e mensurar as operações patrimoniais do tráfico jurídico. *Segundo*, por proporcionar à ciência do direito contratual (doutrina) um paradigma diverso da tradicional e majoritária abordagem da função social do contrato. Na análise econômica do direito o benefício deferido pelos contratos em prol da sociedade não será consequência da aplicação indiscriminada do princípio da justiça substancial pelos magistrados – v.g. proteção da parte mais frágil do negócio jurídico em face de cláusulas abusivas, lesão ou usura -, mas sim

funcionários se dividem para realizar, ao todo, cerca de dezoito operações distintas, sendo que cada funcionário pode, sem nenhum problema, executar duas ou três operações, ao final de um longo dia trabalho, é possível produzir, em conjunto, cerca de quarenta e oito mil alfinetes. Neste exemplo, ele informa que foi possível verificar tal situação em uma fábrica com apenas dez operários e que isso se dá em consonância a três circunstâncias primordiais: “primeira, o aumento da destreza de cada um dos trabalhadores; segunda, a possibilidade de poupar o tempo que habitualmente se perdia ao passar de uma tarefa a outra; e, finalmente, a invenção de um grande número de máquinas que facilitam e reduzem o trabalho, e tornam um só homem capaz de realizar o trabalho de muitos”. (SMITH, 2017, p. 79-83).

da construção de um espaço público que permita o desabrochar de um mercado plural, competitivo e imune a oligopólios e à assimetria de informações lesivas a consumidores. Cuida-se de um incentivo à eficiência, capaz de conferir segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, acautelando as expectativas dos agentes econômicos e reflexamente beneficiando a coletividade pela redução de custos e pela ampliação das transações econômicas (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 57).

O que se pode concluir é que o modelo de contrato passou por diversas evoluções, chegando ao modelo atual, que mesclando os dois paradigmas anteriores (liberal e social) tenta apresentar uma nova era de contratos, a qual permite intervenção estatal, de forma moderada, na medida em que a vontade das partes deve ser respeitada, tendo em vista o objetivo primordial dos contratos – circulação de riquezas.

Assim, observa-se o percurso traçado pelos contratos ao longo dos tempos, em que se depara no com o modelo econômico contratual, em virtude da influência da economia no direito, modelo este que será de grande valia para entender o real significado de contratos, bem como a aplicação dos princípios contratuais gerais.

2.2 Conceitos

Nesse ponto, para que se possa avançar para o real objetivo que se propõe o presente estudo, imprescindíveis se tornam algumas conceituações, as quais serão de grande valia no decorrer da temática.

2.2.1 Fato Jurídico

Fato jurídico é todo acontecimento, ocorrência que interessa ao direito, que cria, conserva, modifica ou extingue direitos.

Nos dizeres clássicos, “fato jurídico é, pois, todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas”. (FIUZA, 2010, p. 5).

Assim, os fatos jurídicos podem ser naturais ou do homem, sendo os naturais aqueles sobre os quais não se tem controle, tais como o nascimento, a morte, a maioridade civil etc. Já os do homem, são aqueles em que se detém o controle, tais como os contratos, o casamento etc.

Então, fato é todo acontecimento, mas fato jurídico será justamente aquele acontecimento que interessa ao direito, ou seja, aquele fato que é descrito em uma norma jurídica:

O fato descrito em uma norma jurídica como pressuposto da consequência por ela imputada é chamado de *fato jurídico*. Matar alguém, praticar negócio jurídico com dolo, o possuidor de boa-fé introduzir benfeitorias úteis na coisa e a violação culposa de direitos são exemplos de fatos jurídicos. Note-se que nem todos os fatos têm relevância para o direito. Os eventos são inócuos, sob o ponto de vista jurídico, quando não desencadeiam nenhuma consequência. Se alguém caminha pela praia numa bela manhã de sol, isto é um fato que, em princípio, nada tem de jurídico. (COELHO, 2016, p. 286)

Destarte, o que torna um fato jurídico é justamente a norma, ou, em outras palavras,

Vê-se no acesso do fato o mundo do direito uma passagem rápida, gradativa e quase imperceptível, iniciada pelo acontecimento existencial puro, ou pelo menos acontecimentos existenciais puros, depois temperados pela incidência da norma, que o transforma em suporte fático e enseja o surgimento do fato jurídico. (NERY JR.; NERY, 2014, p. 97).

Assim, conclui-se que fato jurídico é o acontecimento que possui uma consequência em uma norma jurídica, na medida em que, se tal consequência não for verificada, trata-se de mero fato, que não produz nenhum efeito esperado.

2.2.2 Ato Jurídico

O ato jurídico é justamente o fato jurídico oriundo do homem, do sujeito de direitos. “[...] É, assim, toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas”. (FIUZA, 2010, 05).

Os atos jurídicos podem ser classificados como lícitos ou em sentido estrito, ilícitos e os negócios jurídicos (que mais interessa ao presente trabalho).

Atos jurídicos lícitos, também conhecidos por sentido estrito são, em resumo, os atos propriamente ditos, a vontade simples do agente.

Ou, em outros dizeres

[...] o ato jurídico em sentido estrito é toda ação lícita, não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente. Aliás, pouco importa que o agente deseje os efeitos, uma vez que derivam da Lei. A vontade é a simples manifestação. (FIUZA, 2010, p. 5).

No mesmo sentido, os atos ilícitos são idênticos aos em sentido estrito (lícitos), apenas se diferenciando deste quanto à sua licitude, significado este que não interessa ao presente estudo.

Já os negócios jurídicos “[...] São as ações intencionais dos sujeitos de direito. Quando um homem ou mulher quer produzir, com sua ação, as consequências previstas na norma jurídica, pratica o negócio jurídico correspondente” (COELHO, 2016, p. 287), significado que será melhor explorado no item seguinte – 2.2.2.1.

No entanto, os atos jurídicos diferem dos negócios jurídicos, pelo fato de que naquele a vontade do agente é irrelevante, sendo assim, as consequências estabelecidas são definidas em lei. Já nesta a vontade do agente é observada e relevante.

Assim, importa salientar que “o problema dos atos jurídicos em sentido estrito ocorre quando, em alguns casos, se avizinham tanto dos negócios jurídicos, que deles praticamente não se diferenciam”. (FIUZA, 2010, p. 6).

Mesmo assim passa-se a distinguir os negócios jurídicos.

2.2.2.1 Negócio Jurídico

Negócio jurídico é um ato jurídico que foi celebrado com um fim determinado e, por ser modalidade de ato jurídico, diferenciando-os na medida em que, “negócio jurídico é o ato jurídico celebrado com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado” (NERY JR.; NERY, 2014, p. 102), enquanto no “[...] ato jurídico há manifestação além da querida, pretende atingir um objeto predeterminado. Pode não alcançar o efeito desejado, mas esse efeito foi querido”. (NERY JR.; NERY, 2014, p. 102).

No mesmo sentido, porém com outras palavras:

O que o negócio jurídico tem de específico em relação ao ato jurídico é a intencionalidade do sujeito. O negócio jurídico é o ato jurídico em que o sujeito quer produzir a consequência prevista na norma. Em outros termos, o ato jurídico é sempre voluntário, isto é, algo que o sujeito de direito faz por sua vontade. Produz, ademais, sempre efeitos previstos em lei, já que a ação voluntária irrelevante para o direito (espreguiçar-se antes de levantar da cama) não se a considera sequer fato jurídico. Pois bem, se o efeito predisposto na norma jurídica é querido pelo sujeito, denomina-se negócio jurídico o ato. Nesse caso, o resultado previsto na norma só se operou porque o sujeito de direito o quis, enquanto nos atos não negociais os efeitos são simples consequências que a norma jurídica liga a determinados fatos, independentemente da intenção dos sujeitos envolvidos. (COELHO, 2016, p. 290).

Continuando o raciocínio, “[...] daí se dizer que os negócios jurídicos se baseiam em vontade de resultado, enquanto os atos jurídicos em sentido estrito se baseiam em vontade de manifestação”. (FIUZA, 2010, p. 7).

Continuando o raciocínio “A declaração de vontade jurídico-negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como objectivo pôr em vigor determinada consequência jurídica”. (LARENZ, 1991, 419).

Com a mudança legislativa do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, percebe-se, claramente, que o novo diploma legal acolheu o significado e importância dos negócios jurídicos, deixando de lado os atos jurídicos – forma genérica, na medida em que,

conforme é possível verificar no atual Código Civil, a nomenclatura ato jurídico aparece uma única vez, apenas no artigo 185¹².

Em contrassenso, César Fiuza optou de forma diversa do CC/2002, na medida em que, em seus livros, adota a expressão ato jurídico para tudo, abrangendo, de forma genérica, todas as subcategorias. (FIUZA, 2010).

Encerrando o raciocínio conceitual e antes de ultrapassar tal fase e adentrar a evolução histórica dos contratos, imperioso afirmar que

Contrato é modalidade de fato jurídico, mas especificamente, de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pelo qual duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem resultados jurídicos obrigacionais, de acordo com o permissivo e limites da lei. É fato jurídico *lato sensu* porque fere, modifica, conserva ou extingue uma relação de conteúdo patrimonial. É negócio jurídico uma vez que se constitui por declaração de vontade das partes. Nem todo negócio jurídico não-unilateral, todavia, constitui contrato, apenas os que possuem objeto de natureza econômica. (NADER, 2009, p. 4).

Em síntese, para que se possa avançar realmente para o conceito que mais interessa ao presente estudo – contratos, imperioso se torna uma análise global dos conceitos até aqui trazidos, os quais não seriam melhor diferenciados, como:

Toda norma jurídica, inclusive a de direito civil, pode ser descrita como a indicação de um evento ao qual liga uma conse-quência. O evento descrito como pressuposto é um fato jurídico.

Se o fato jurídico é a conduta de um sujeito de direito, chama-se ato jurídico.

Se o ato jurídico é praticado com a intenção de gerar a consequência prevista na norma jurídica (isto é, produzir certos efeitos), denomina-se negócio jurídico. (COELHO, 2016, p. 286).

Desta forma, é visível a semelhança entre alguns conceitos, mas, ao mesmo tempo se verifica a importância clara entre sua distinção, inclusive para a continuidade do presente estudo.

2.2.2.1.1 Contratos

O homem encontra-se diariamente contratando, mesmo que para isso não se tenha consciência. Duas ou mais partes resolvem contratar quando realmente precisam de algo que não conseguem isoladamente – dar, fazer ou não fazer; possuindo, como objetivo, obter ganhos recíprocos. “Em linhas gerais, o contrato é a convenção, pacto ou o acordo para a

¹² Art. 185, CC/2002 – Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

execução de algo sob determinadas condições entre as partes contratantes” (JUNQUEIRA, 2013, p. 27).

Contrato seria o símbolo dos negócios jurídicos, sendo fato que as duas figuras, muitas vezes, se confundem. Pode-se dizer, pois, que se trata de um ato jurídico negocial, objetivando, assim, criar, modificar, conservar ou extinguir direitos.

Definição esta muito análoga na opinião de César Fiuza, que entende que

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. (FIUZA, 2010, p. 15).

Observa-se, claramente, que o conceito acima elencado, traz à tona o significado de contrato para o autor, o qual traz diversos princípios contratuais, os quais serão apresentados mais adiante.

É uma norma criada pelas partes, com o intuito claro de produzir direitos e deveres para ambos. Podendo ser considerado como “ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica” (TARTUCE, 2012, p. 185).

Ou, de forma simples e direta, nos ensinamentos de Pothier, o qual se assemelha aos conceitos até aqui trazidos,

Um contrato é uma espécie de convenção. [...]

Uma convenção ou um pacto, posto que estes termos são sinônimos, é o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre si algum compromisso, ou para resolver um existente ou para modifica-lo. [...]

A espécie de convenção que tenha por objeto formar algum compromisso chama-se contrato. [...]. (POTHIER, 2002, p. 30/31).

Orlando Gomes traduz o conceito de contratos de forma a englobar os conceitos até aqui estudados.

A escala na genealogia do conceito de contrato sobe ao negócio jurídico, (RA) conceito adotado pelo Código Civil, muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico e, por fim, (RA) para o fato jurídico.

Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser um conceito derivado. (GOMES, 2009, p. 04).

Para Mackaay e Rousseau, os pilares do direito contratual são: “autonomia da vontade, há que reconhecer a lealdade contratual, que se exprime pela boa-fé e equidade, e a utilidade social, que se reflete na ordem pública e na segurança jurídica.” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 406).

Aprofundando o conceito, Farias e Rosenvald afirmam que sob a ótica da AED, “o contrato não é um elo solitário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo, armando a sua estratégia” (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 57). Partindo de tal lógica, é evidente que não se pode desconsiderar os interesses coletivos dignos de tutela, mas, é necessário ter em mente que “a sociedade não é representada pela parte mais frágil do contrato, mas por um grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um específico mercado” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 57).

Continuando a lógica advinda da AED, Luciano Benetti Timm preleciona que de acordo com o modelo econômico,

[...] um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. É, assim, um meio de troca entre pessoas. Os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente. É absolutamente inviável, hoje em dia, que cada pessoa produza tudo o que é necessário para sua sobrevivência. As trocas ocorrem quando as pessoas avaliam o mesmo bem de forma distinta. Cada pessoa é diferente – não apenas por possuir um conjunto de aptidões e características únicas, mas também por possuir uma série de bens, gostos, necessidades e vontades distintas. Portanto, elas tendem a celebrar contratos através dos quais trocam os bens que possuem (inclusive dinheiro em sistemas monetarizados) por bens que desejam. Lembrando que a métrica de que se vale a Ciência Econômica é utilidade (ou satisfação em uma linguagem vulgar). (TIMM, 2015, p. 181).

Assim, conforme mencionado por Timm, a lógica advinda com a Ciência Econômica é a utilidade destinada às transações contratuais, não deixando dúvidas de que tais transações geram riqueza. Destarte, “esse aumento na riqueza total da sociedade é o que os economistas chamam de *excedente econômico* de uma transação. Quando um contrato tiver excedente econômico maior que zero, ele trará um resultado eficiente.” (TIMM, 2015, p. 182).

Desta forma, evidente que, em geral, os contratos geram riquezas porque são formulados por partes que valorizam aquele bem.¹³ Assim, na ausência de quaisquer vícios no contrato pactuado, as partes apenas concordarão com alterações que melhorem ou, pelo menos, não alterem a situação inicial (TIMM, 2015, p. 185).

¹³ Referida ideia é nomeada como melhoria de Pareto, “isso significa que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixam pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixam nenhum indivíduo em pior situação. O *ótimo de Pareto* caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível.” (TIMM, 2015, p. 185).

Diante do fato das relações contratuais existirem desde o início da humanidade, muito se discute¹⁴ sobre o seu verdadeiro significado. Mas, o fato é que “o contrato encerra o concurso de vontades de duas ou mais partes, em que de um lado se promete e de outro que se aceita a promessa efetuada”. (JUNQUEIRA, 2013, p. 28).

Conforme dito, trata-se apenas de um tópico que será base para o assunto central do presente trabalho, não tendo, como objetivo central exaurir o tema. No entanto, torna-se imprescindível um significado clássico, exposto por Pinheiro e Saddi:

Na tradição jurídica do século XVIII, firmou-se que o contrato é um acordo de vontade entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito, ou que se sujeitam a alguma obrigação. Trata-se de definição clássica adequada para aquela época, mas um pouco simplória num mundo em que a informação é o principal ativo e em que as mudanças ocorrem numa velocidade ímpar; transformando a realidade numa complexa e intrincada teia de relações jurídicas e econômicas. (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 110).

Conforme explanado, “não nos parece importante verificar a origem do instituto, posto que o contrato, como instituição, é a figura jurídica que mais sentiu os câmbios políticos, sociais e econômicos da civilização” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 23).

Trocando em miúdos, “os contratos são os meios pelos quais os direitos são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos.” (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 110).

Pinheiro e Saddi trazem outro significado, que muito se equipara aos aqui definidos, na medida em que “em resumo, pode-se afirmar que contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos.” (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 114).

Sendo assim, pode-se considerar os contratos como sendo um acontecimento jurídico que se manifesta através da declaração de vontades entre as partes, de forma expressa, tácita ou presumida, observando os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

¹⁴ A ideia de que os contratos, e não somente a vontade das partes, geram a obrigação dominou também boa parte do direito medieval acadêmico e letrado, conhecido como *ius commune*. Havia dois pressupostos na teoria contratual do século XII ao século XVII: a) que os contratos eram tipos definidos, com finalidades específicas, aos quais as partes aderiam quando desejavam a certas consequências jurídicas; b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, isto é, trocar igualmente entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos desejava realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a avareza e a prodigalidade e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um, e que permite ao homem alegrar-se ou entristecer-se com as aquisições e perdas na medida certa (Aristóteles). Ao trocar de forma justa, as partes dão-se reciprocamente o que é de cada um (pois a justiça consiste em dar a cada um o que é seu). Ao realizar a liberalidade, as partes dão do que é seu, e não do que é do outro, vão além do devido num sistema de trocas ou retribuição. (LOPES, 2000, p. 391).

Ou ainda, nas palavras de Farias e Rosenvald,

O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1º, III, CF)¹⁵, na qual o “estar para o outro” se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 136).

No entanto, essa manifestação de vontade, por mais que esteja presente no ato de contratar, encontra-se, nos tempos modernos, cada vez mais distantes, conforme elucida Scherkerkewitz:

O acordo de vontade entre as partes está cada vez mais na esfera da ficção (posto que no mais das vezes uma das partes somente possui a possibilidade de aderir à contratação), sendo que não mais se possui, na maioria das vezes, a chance de discutir as cláusulas contratuais ou mesmo a possibilidade de escolher entre contratar ou não, uma vez que o cidadão é compelido a contratar, pois, se não o fizer, ficará à margem da conveniência social, da satisfação de suas necessidades e de sua participação no mercado, tendo de viver como um verdadeiro eremita. Nesses casos, a liberdade de contratar do cidadão não é real, posto que, diante da impossibilidade de discutir as condições da contratação, somente caberá a ele avaliar as alternativas que possui, sendo assim mais clara a necessidade da atuação estatal normativa na frustração de imposição de cláusulas abusivas e injustas, além da possibilidade sempre presente da formação de cartéis. (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 24/25).

Lorenz muito diz sobre manifestações de vontade nos contratos, informando que tais declarações não são apenas situações de atos/fatos jurídicos, mas também informam as consequências jurídicas. (LARENZ, 1991, p. 419).

Paulo Nader afirma que o contrato possui três significados, um amplíssimo, um menos amplo e um restrito.

Por amplíssimo, pode-se definir contrato como sendo “[...] acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos os mais diversos”, por menos amplo entende-se como sendo “[...] acordo de vontades que visa a obter resultados jurídicos de conteúdo econômico”. Já por restrito, entende-se como sendo “[...] a reunião de vontades, que tem por objeto a produção de efeitos jurídicos na órbita dos Direitos das Obrigações”. (NADER, 2009, p. 9).

Trocando em miúdos, contrato é modalidade de negócio jurídico que, por sua vez, é modalidade de ato jurídico.

O contrato resulta da conjunção da vontade declarada e da lei. Esta fixa as condições essenciais à formação, bem como alguns dos efeitos jurídicos que produz; a declaração de vontade personaliza a aplicação do instituto jurídico, individuando o seu objeto e os deveres das partes. Os contratantes amoldam a lei, dentro do que esta

¹⁵ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;

apresenta de flexível, aos seus interesses, criando o seu *dever ser* (*dasein*). Pode-se afirmar que as cláusulas contratuais são um prolongamento da lei, daí dizer-se que *o contrato faz lei entre as partes*. (NADER, 2009, p. 04).

Ainda, complementando e trazendo a baila a teoria econômica, tem-se que

[...] ao se seguir o paradigma de Direito e Economia, os bens e os serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes, expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. Uma vez que os indivíduos possuem interesses distintos e sejam suficientemente racionais (no âmbito dos contratos empresariais, pelo menos) para estabelecer uma escala de preferências, estarão, assim, aptos a maximizar a sua utilidade no processo de transação. Isso gerará riqueza na sociedade. (TIMM, 2015, p. 200).

Ou ainda, pode-se resumir o significado de contratos, o qual de início pode ser visto como algo simples, porém de grande profundidade, quando o considera como sendo “a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato.” (ROPPO, 2009, p. 11).

Continuando

Isto resulta claramente do próprio código civil, que no art. 1321 em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica como todo o «acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial»: a especificação introduzida com o adjetivo «patrimonial» vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico. (ROPPO, 2009, p. 11).

Num mundo moderno, as relações contratuais são corriqueiras e muitas vezes indolores, assim, para o Direito, diferentemente do que ocorre na Economia, apenas a formalização do negócio jurídico por meio da vontade, a qual se traduz pelo contrato, não é suficiente para garantir os direitos das partes contratantes, devendo-se, de toda sorte, analisar os contratos sob sua ótica legal.

3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Ultrapassada a fase preliminar conceitual, torna-se imperioso adentrar ao campo principiológico dos negócios jurídicos, na medida em que será a partir de tal marco que o presente estudo começará a tomar forma e sentido, na medida em que

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2000, p. 747-748).

Por fim, conforme se verá a partir de então, diversos são os princípios contratuais, sendo apresentado no presente estudo, apenas os mais relevantes para justificar o tema aqui proposto.

3.1 Princípio da Autonomia Privada

O princípio da autonomia privada prevê a liberdade de fazer ou não fazer algo, em virtude da sua vontade pessoal, livre do comando estatal. De frente, observa-se uma ligação direta com o modelo liberal de contrato, o qual justifica tal princípio.

Com a evolução do modelo liberal para o modelo social, o conceito de autonomia privada, que, inclusive, é uma evolução da autonomia da vontade, passou por transformações substanciais.

O conceito de autonomia da vontade era simples e amplo. Nos dizeres de Farias e Rosenvald, concebia-se “[...] o vínculo contratual como resultado de simples fusão entre manifestações de vontade. A autonomia do querer era o único fundamento da *vinculatividade*. A autonomia clássica era absoluta, como valor em si, abstratamente conferida a todos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 138).

O princípio da autonomia da vontade – modelo antigo era extremamente frágil, pois não discutia e nem cogitava a causa do contrato, apenas definia as partes e o objeto contratado. Sendo assim, com a evolução dos modelos contratuais, foi possível identificar a importância de se identificar a causalidade, razão, finalidade do contrato. Daí o princípio da autonomia teve a sua evolução teórico-prático, passando a ser nomeado como princípio da autonomia privada.

Tal evolução deixa claro que a liberdade do homem em contratar está limitada aos direitos e deveres constitucionais, os quais merecem respeito.

Inclusive,

A passagem do estruturalismo ao funcionalismo impacta sobremaneira o modelo jurídico ora enfocado. Em sede de *autonomia privada*, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida à regulamentação legal, a fim de que realize interesses dignos de tutela. Cuida-se da funcionalização do contrato. Vale dizer, sendo o direito um meio de promoção de determinadas finalidades, o negócio jurídico somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar os fins a que se propõe o direito, basicamente a harmônica convivência entre justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 140).

César Fiúza conceitua de forma clara e objetiva o princípio da autonomia privada, no mesmo momento em que diferencia o atual princípio do antigo, quando apenas a vontade era suficiente.

Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais. (FIUZA, 2010, p. 42).

Antes, quanto mais ilimitada fosse a forma de contratar, mais genuína era a aplicação do princípio da autonomia privada. Com a intervenção direta do estado, a liberdade de contratar e conseqüentemente o referido princípio passaram a ser relativizados.

No entanto, o que para muitos pode parecer o fim do princípio da autonomia privada, nas conclusões de Godoy, citando Luigi Ferri e Norberto Bobbio, “a liberdade natural dos indivíduos sofre restrições ou limitações de ordem pública exatamente para que se lhes garanta uma efetiva liberdade jurídica”. (GODOY, 2007, p. 20).

Deixando ainda mais claro o raciocínio:

Bem se vê, então, que não se cuida, nunca, de o direito público sub-julgar ou até absorver o direito privado. Antes, trata-se mesmo de as regras públicas de intervenção virem a assegurar, mais amplamente, o campo de atuação privada entre as partes, só que lhes garantindo uma liberdade real de ação. (GODOY, 2007, p. 21).

Observa-se, claramente, que a causalidades tomou espaço na evolução do princípio da autonomia privada. No entanto, não apenas neste, mas em quase todos os outros, será possível observar que o direito contratual cobra formalmente a causalidade, como justificativa imponente aos contratos.

Indo além, conforme dito acima, quando da evolução dos modelos contratuais, é cediço que o direito contratual contemporâneo encontra respaldo no modelo pós-moderno, o qual, no presente estudo, tomou forma e sentido com o modelo econômico de contrato.

Pois bem, o princípio da autonomia privada, também encontra espaço nas suas subespécies, nomeada de autonomia contratual, autonomia negocial ou autonomia existencial, dado o seu aspecto econômico, as quais encontram embasamento legal no artigo 170¹⁶ da carta magna.

As três subespécies são muitas vezes consideradas sinônimas entre si, no entanto Farias e Roserwald as distinguem com facilidade, quando informam que “quando alguém queira utilizar a locução “autonomia contratual”, poderá tranquilamente localizar o seu fundamento na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 170 CF), sobremaneira em se tratando de atos empresariais.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 143).

Já quando o assunto são negócios, a locução correta seria *autonomia negocial*, “enquanto capaz também de se referir a atos de iniciativa em negócios com conteúdo não patrimonial.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 142).

Por fim, diante do fato do princípio da autonomia privada ultrapassar as barreiras patrimoniais, por *autonomia existencial* se entende que “a autonomia privada não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica (art. 170 CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas da personalidade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 143).

No entanto, tais diferenciações não são primordiais ao presente estudo, sendo imperioso apenas o significado bruto do princípio da autonomia privada, o qual foi aqui definido.

Fazendo um apanhado sobre o princípio aqui estudado e o modelo moderno de contrato, Timm relaciona-os com grande valia.

A liberdade de contratar igualmente implica autonomia da vontade, segundo o qual cada pessoa escolhe como e quando irá se obrigar. A ideia subjacente é a de que, já que os contratos criarão riqueza, atingindo situações de ótimo de Pareto, o direito contratual deve deixar as partes livres para buscarem o que é melhor para si. O

¹⁶ Art. 170, CR/1988 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

ganho social defluirá por decorrência. Como todo valor é subjetivo¹⁷, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou inconveniências. (TIMM, 2015, p. 194).

Conforme demonstrado acima, contrato é o acontecimento jurídico que se manifesta com a vontade, oriunda da autonomia privada. “[...] Todavia, sujeita-se, atualmente, a certas limitações, como as leis e as questões de ordem pública, os bons costumes, o dirigismo contratual, a tipicidade, a função social e a boa-fé contratual, dentre outros.” (SANTOS; CASCALDI, 2011, p. 193).

Destarte, trata-se de um princípio de tamanha relevância na égide contratual, tendo em vista que sem a manifestação da vontade não se tem o negócio jurídico, mas apenas e tão somente o ato jurídico em sentido estrito.

3.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva

Antes de expor o princípio aqui apresentado, é imperioso ressaltar que existem dois tipos de boa-fé: subjetiva e a objetiva.

A boa-fé subjetiva não é útil ao presente estudo, na medida em que configura-se como sendo a intenção, ímpeto, sentimento do indivíduo, sendo, portanto, apenas o seu estado psicológico.

Nos dizeres de Isso Chaitz Scherkerkewitz, “na boa-fé subjetiva pesquisa-se o íntimo do contratante, a sua vontade interior no momento da contratação. Pela boa-fé subjetiva o contratante deve pensar estar de acordo com o direito, não cometendo nenhuma irregularidade e não possuindo intenção de ludibriar a outra parte.” (SCHERKERKEWITZ, 2013, p. 53).

Já a boa-fé objetiva apresenta-se de grande valia para o presente estudo, na medida em que configura um princípio contratual. “Denomina-se ‘objetiva’ porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente.” (CASTRO, 2008, p. 99).

Complementando o raciocínio, importante diferenciar as duas possibilidades, na medida em que

[...] a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano despido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Tal qual no direito pena, irrelevante é a cogitação do agente. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 160).

¹⁷ Essa subjetividade de ganhos ficará melhor explicada no item 4.2 do capítulo 4 do presente estudo, quando se fala sobre Justo Contratual.

As partes estão obrigadas a agir com boa-fé, lealdade, equidade em todas as fases contratuais, principalmente quando diante de contratos bilaterais, em que as partes se vinculam, de boa-fé, ao cumprimento do que fora plenamente acordado.

Inclusive, tal entendimento é comungado por Godoy, quando afirma que “[...] a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos”. (GODOY, 2007, p. 72).

Com previsão legal expressa no artigo 422¹⁸, combinado com os artigos 113¹⁹ e 187²⁰, todos do Código Civil Brasileiro de 2002, é exigível que as partes contratuais se comprometam honestamente em todas as fases contratuais, incluindo, pois, na sua execução. É justamente fazer valer tudo o que fora devidamente contratado pelas partes, com respeito e consideração.

É cediço que o contrato, do início ao fim, possui um caminho a ser seguido, o qual deverá, conforme dito, ser pautado pelo princípio da boa-fé, sob pena de se incorrer no desvio do caminho previamente planejado.

É importante asseverar que toda contratação possui um *iter* procedimental, uma sequência lógica de conduta.

As partes começam com encontros preliminares, reuniões, conversas informais, averiguações, indagações, e só quando se sentem seguras, isto é, quando a relação está madura, firmam o contrato.

Em cada uma dessas etapas do *iter* procedimental é exigido que as partes ajam em consonância com o princípio da boa-fé. (SCHERKERKEWITZ, 2013, p. 46/47).

Dando continuidade ao raciocínio e já apresentando a concepção de boa-fé, esta “também pode ser traduzida na exigência de razoabilidade da atuação das partes em todas as fases contratuais, sendo que essa exigência acaba por agregar regras não escritas especificamente no clausulado do contrato acordado.” (SCHERKERKEWITZ, 2013, p. 47/48).

O princípio da boa-fé nada mais é do que uma segurança à sociedade, na medida em que, sem ele não se pode confiar que o contrato alcançará o objetivo a que fora predestinado, pressupondo:

¹⁸ Art. 422, CC/2002 – Os contratos são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁹ Art. 113, CC/2002 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁰ Art. 187, CC/2002 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; c) reunião de condições suficiente para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 159/160).

Continuando

De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e da estima que devemos conceder ao nosso semelhante. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 161).

Tal princípio se apresenta, na prática, ainda mais amplo do que se pode imaginar, na medida em que, inclusive a omissão de atos, fatos e informações, pode ser considerada como deslealdade contratual, deixando as partes de agir, pois, com boa-fé.

A retenção de informações e a falta de transparência pode gerar a cominação de prejuízo entre as partes contratuais. Tamanha a seriedade do princípio, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 30²¹, 31²², 36²³, 37²⁴, 46²⁵, 51²⁶, 52²⁷ e 54²⁸ legislam

²¹ Art. 30, CDC/1990 – Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

²² Art. 31, CDC/1990 – A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravados de forma indelével.

²³ Art. 36, CDC/1990 – A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

²⁴ Art. 37, CDC/1990 – É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. §2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. §3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

²⁵ Art. 46, CDC/1990 – Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

²⁶ Art. 51, CDC/1990 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direito. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III – transfiram responsabilidades a terceiros; IV – estabeleça obrigações

sobre a temática aqui abordada, deixando expressamente convencionado “que a lei não se contentou apenas em evitar a má-fé, mas tentou também promover a boa-fé.” (SCHERKERKEWITZ, 2013, p. 51).

Concluindo,

[...] quando se exige boa-fé objetiva (para além da subjetiva), coloca-se a possibilidade de investigação do ato jurídico, por sua dimensão externa, pelo que é, e não como um reflexo da vontade, o que implica investigar-lhe a dimensão interna. Dessa maneira, mesmo que a parte tenha agido, subjetivamente, com boa-fé, mesmo que tenha revelado a melhor das boas intenções, torna-se possível simplesmente desconsiderar tal universo psicológico para afirmar uma desatenção, no ato que realizou (o objeto de sua ação), à boa-fé objetiva. É o império da boa-fé como a compreende a sociedade e o direito, ou seja, boa-fé conforme a socialidade (princípio da função social das faculdades jurídicas, incluindo o contrato) e a eticidade. (MAMEDE, 2010, p. 71).

consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – vetado; VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido ao fornecedor; XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. §1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumir, considerando-se a natureza e conteúdo contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. §2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apenas dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. §3º Vetado. §4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

²⁷ Art. 52, CDC/1990 – No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumir, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos. IV – número e periodicidade das prestações; V – soma total a pagar, com e sem financiamento. §1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. §2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos. §3º Vetado.

²⁸ Art. 54, CDC/1990 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. §1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. §2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do artigo anterior. §3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. §4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. §5º Vetado.

Referido princípio também tenta coibir que as partes contratuais ajam em desconformidade/contraditório com o que fora livremente pactuado, significado conhecido pela expressão *pacta sunt servanda*.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam pormenorizadamente a expressão *venire contra factum proprium*, dividindo o exercício em dois momentos:

A expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico-jurídico do instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si – pois não é possível ao direito eliminar as naturais incoerências humanas -, mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial do parceiro contratual.

O *venire* se insere na “teoria dos atos próprios”, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta, interpretada objetivamente. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 186/187).

Além do exercício acima noticiado, apenas a título informativo, têm-se ainda a *supressio* e a *surrectio*, que determinam que um direito não exercido e nem reivindicado por determinado tempo, deixa de produzir os seus efeitos jurídicos, não podendo ser cobrado.

Conforme os ensinamentos de Farias e Rosenvald, “*supressio* é a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé.” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 188). Ou seja, trocando em miúdos, pode-se dizer que a *supressio* está diretamente relacionada aos institutos da prescrição e decadência.

Continuando, para os autores os institutos são semelhantes, principalmente o *venire contra factum proprium* e a *supressio*.

O que os diferenciam é que

[...] enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso do tempo – que é variável conforme as circunstâncias -, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 188).

No entanto, “na *surrectio*, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro.” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 189), sendo assim, as atividades de uma das partes contratuais ao longo de determinado tempo, faz com que surja, para a outra parte, um direito que não fora observado/pactuado no início da relação contratual.

Por fim, diante de tudo o que fora aqui explanado, bem como diante do seu elevado grau de importância, vale ressaltar que a inobservância do princípio da boa-fé acarretará a nulidade do contrato, tendo em vista que frustrará cabalmente a função social do contrato. No entanto, tendo em vista o instituto do *pacta sunt servanda*, mesmo que diante de sua relativização, o primeiro passo, diante da declarada má-fé contratual, deve ser a revisão contratual (SCHERKERKEWITZ, 2013).

3.3 Princípio da Função Social

Ultrapassada a fase liberal do contrato, ficou verificado que os contratos produzem seus efeitos não só apenas entre as partes contratuais, mas também perante terceiros e toda a sociedade, inclusive, o artigo 421²⁹ do CC/2002, deixa expresso no texto da lei o princípio aqui analisado.

Em resumo, conforme leciona César Fiuza, os contratos movimentam a economia, sendo fato que, geram trabalho e emprego, promovem e oportunizam melhores condições ao homem. E é justamente nesse aspecto que mais se observa a função social dos contratos. (FIUZA, 2010, p. 41).

Segundo Nelson Nery Jr.,

[...] o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (art. 3º, I³⁰ da CF/1988) e da justiça social (art. 170, caput³¹, da CF/1988), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III³², da CF/1988), não se ferirem valores ambientais (art. 51, XIV³³, do CDC) etc. haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc. a boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no art. 422³⁴ do CC/2002, decorre da função social do contrato, de modo que tudo que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da cláusula geral da função social do contrato. (NERY JR., 2003, p. 336).

²⁹ Art. 421, CC/2002 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁰ Art. 3º, CR/1988 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

³¹ Art. 170, CR/1988 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

³² Art. 1º, CR/1988 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

³³ Art. 51, CDC – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

³⁴ Art. 422, CC/2002 – Os contratante são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Grosseiramente falando, a função social do contrato é justamente o que o diferencia dos demais, na medida em que trata-se da causa, da justificativa da celebração daquele contrato. Quando as partes observam os preceitos da solidariedade e da promoção social e, conseqüentemente da dignidade da pessoa humana, a função social do contrato está, de fato atendida.

Tanto é verdade, que Maria Celina Bodin de Moraes, conclui o seu artigo considerando o princípio da função social como sendo princípio da causalidade, já que

[...] o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421³⁵, o princípio da “causalidade negocial”. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”. (MORAES, 2013, p. 24).

Como os contratos preconizam a circulação de riqueza, a função social do contrato aparece, modernamente, visando a que tal circulação aconteça em prol da sociedade, e não apenas em benefício das partes, como no modelo liberal de contrato.

É justamente isso que interessa ao direito, ou seja, o fato de o contrato possuir uma causa que o justifique. Tal causa, deve, sobretudo, atender aos anseios da sociedade e não apenas à vontade das partes.

Em complemento, sabiamente leciona Godoy, quando afirma que

Ora, dúvida não pode haver de que a função social do contrato, hoje, e alias desde a passagem, já descrita, do Estado Liberal para o Estado Social, em que se valoriza o interesse social, ao lado do interesse de cada qual dos indivíduos, seja um princípio jurídico, daqueles que dão fundamento não só à ordem econômica, no Brasil (art. 170³⁶ da CF), como ainda à própria estruturação da República, assentada sobre o valor social da livre iniciativa (art. 1º³⁷, IV³⁸, da CF); mas também, e antes, integra os próprios objetivos constitucionais (art. 1º, III³⁹, e 3º⁴⁰, I,⁴¹ da CF) de estabelecimento de relações solidárias e de valorização da pessoa humana no trato entre os indivíduos. Mais: e por isso mesmo, princípio a que não se pode recusar pronta aplicação, reconhecendo-se-lhe evidente força normativa, impondo, outrossim, que o próprio instituto do contrato seja relido, À sua luz, por compor-lhe, verdadeiramente, o conteúdo [...]. (GODOY, 2007, p. 103-104).

³⁵ Art. 421, CC/2002 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁶ Art. 170, CR/1988 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

³⁷ Art. 1º, CR/1988 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

³⁸ IV do art. 1º, CR/1988 – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

³⁹ III do art. 1º, CR/1988 – a dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ Art. 3º, CR/1988 – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

⁴¹ I, do art. 3º, CR/1988 – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Conforme se observa, a carta magna é repleta de artigos, que, de algum modo, mesmo que de forma indireta, mencionam e trazem à baila a função social, principalmente quando diante de um Estado Democrático de Direito, em que o princípio do solidarismo encontra mais espaço.

E é justamente

[...] nesse contexto que se editou a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que consagra o novo Código Civil. Miguel Reale, que presidiu a comissão elaboradora, em diversas ocasiões teve oportunidade de deixar claros os três princípios cardeais sobre os quais se assentam as novas disposições. São os princípios da operabilidade, da eticidade e da socialidade. (GODOY, 2007, p. 121).

Pois bem, é no princípio da socialidade que se encontra a função social dos contratos, na medida em que após tentar resolver os problemas advindos do modelo liberal, com a promessa do estado social, e, em termos práticos também falhar, trouxe à baila a proteção individual, observada a partir do âmbito social.

Verifica-se, portanto, uma tentativa de manter acesa a ordem social, visando a proteção da sociedade acima, inclusive, da autonomia privada.

Sendo, portanto, por meio do princípio da função social dos contratos que

[...] retira-se o contrato da perspectiva individualista que lhe reservava o Código de 1916, modificando-se seu eixo interpretativo, de sorte a garantir que o ato de iniciativa das partes contratantes seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia, desde que, tal qual vem de se asseverar, cumpra um novo papel, de satisfação dos propósitos e valores que o sistema escolheu e protege, no interesse de todos, no interesse comum. (GODOY, 2007, p. 122).

E continua

Em verdade, quando o art. 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, nada mais faz senão refletir a admissão de que a fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurídica da vontade. [...] Ou, ainda em outras mais reiteradas palavras se de fato a contratação representa um ato de liberdade, de nada mais adianta uma liberdade que seja só natural e não garantida pelo ordenamento. Mas ela só será se o sistema reconhecer mérito social àquele contrato. Ou, antes, se vir nele um interesse social, ainda que seja, também, o de desenvolvimento da pessoa, expandindo suas virtualidades, promovendo, então, sua dignidade, uma das escolhas sociais básicas, senão a primeira. (GODOY, 2007, 123-124).

Ou ainda, tem-se o conceito moderno de função social, trazido pelo modelo econômico de contratos, em que define como principal função social dos contratos a de

[...] possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seus comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação. (TIMM, 2015, p. 203).

Por fim, em 2004, após a promulgação do atual Código Civil, Venosa já comungava do modelo atual do princípio da função social dos contratos, advinda da evolução da sociedade e conseqüentemente do judiciário brasileiro, que foi obrigado a se adequar às necessidades do homem moderno.

[...] O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. E o direito das obrigações, e em especial o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos. Nesse cenário, o presente Código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade. (VENOSA, 2004, p. 382).

O que se observa, é que o princípio da função social dos contratos, encontra-se diretamente relacionado ao da autonomia privada, em que a liberdade contratual é válida e observável, desde que o contrato seja socialmente eficaz.

Ainda, conjugando o presente princípio com o modelo econômico de contrato, nos dizeres de Timm, tem-se que o mercado é a própria sociedade, e complementa dizendo

Desta forma, a principal função social do direito contratual, é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação. (TIMM, 2015, p. 203).

Sendo assim, observa-se claramente que a circulação de riquezas apenas será satisfeita quando observado, dentre outros fatores, o da função social dos contratos.

3.4 Princípio do Equilíbrio Contratual

A própria Constituição da República, em seu art. 3º, I⁴², prevê uma sociedade livre, justa e solidária.

Por sociedade livre, analogicamente pode-se relacionar ao princípio da autonomia privada. E, por consequência, por solidária entende-se diretamente relacionada ao princípio da função social.

Já por sociedade justa, relaciona-se diretamente ao princípio do equilíbrio contratual, bem como por *justiça contratual*⁴³, item que receberá espaço para discussão mais adiante no presente estudo, razão pela qual não se adentrará tanto ao seu mérito.

⁴² Art. 3º, CR/1988 – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Trocando em miúdos,

É a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas de sorte que a nenhuma das partes se dê mais ou menos do que a outra recebeu.

É modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar pessoas em relação que deve ser de paridade. (FIUZA, 2010, p. 46).

Nas palavras de Farias e Rosenvald,

O equilíbrio – expressão que corresponde à imagem da balança – significa a contemplação dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize os seus interesses às custas do outro. Cada contratante terá moderação em seus pleitos, deixando ao outro aquilo que lhe corresponde. Aqui reside a equivalência nos contratos sinalagmáticos e o princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso. No dito popular: “o negócio para ser bom, deve ser bom para todo mundo”. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 227/228).

Importante ressaltar que a desigualdade sempre ocorrerá, sendo objetivo do princípio aqui mencionado evitar, ou pelo menos diminuir a desigualdade entre as partes contratuais.

Isso se justifica e muito em virtude da teoria dos contratos incompletos⁴⁴, tendo em vista a impossibilidade de se obter um contrato completo, pois não se tem como prever todas as nuances, possibilidades, que um contrato possui. Assim, na opinião de Timm, é justamente por causa dos contratos serem, essencialmente incompletos, que se justifica o princípio do equilíbrio contratual. (TIMM, 2015, p. 192/196).

O princípio do equilíbrio contratual é outro que se encontra presente no Código Civil (particularmente nos artigos 317⁴⁵ e 478⁴⁶). A racionalidade econômica subjacente a este contrato é que todo negócio tem uma base pressuposta pelas partes. Como a racionalidade dos contratantes é limitada e existem custos de transação, não existem contratos completos (como visto na Seção I). Assim, o equilíbrio econômico poderia ser reestabelecido a posteriori quando atos imprevistos causarem uma desproporção substancial entre as obrigações das partes. (TIMM, 2015, p. 196).

⁴³ Muitos autores, incluindo César Fiuza, nomeiam o princípio do equilíbrio contratual como sendo o princípio do justo contratual, utilizando as nomenclaturas como sinônimas. Tendo ainda, muita das vezes, assim como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os quais definem o princípio do equilíbrio contratual como espécie do justo contratual. No entanto, tendo em vista a divisão dos itens do presente estudo, a autora optou por diferenciar as partes desenvolvidas no trabalho, usando as expressões em busca de uma melhor elucidação da conclusão do estudo a que se propõe.

⁴⁴ Essa teoria será melhor explicada no item 4.1 do capítulo 4, do presente estudo.

⁴⁵ Art. 317, CC/2002 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁴⁶ Art. 478, CC/2002 – 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.

Inclusive, objeto de inspiração da tão conhecida frase de Aristóteles: “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, bem como objeto do artigo 5º⁴⁷ da Constituição da República, em seu *caput*, prevê a igualdade entre os indivíduos.

Assim, conforme se observa dos entendimentos acima, os contratos de execução diferida são incompletos por natureza, mas o equilíbrio contratual passa a ser melhor observado quando da ocorrência de imprevistos que deixem o desequilíbrio mais aparente.

⁴⁷ Art. 5º, CR/1988 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

No Brasil, o direito processual se apresenta de maneira formal, no intuito de garantir a efetividade do sistema processual; diferentemente do formalismo, que se apresenta como a veneração à forma de maneira desarrazoada, em discordância com o devido processo legal:

Uma das características do processo civil moderno é o repúdio ao formalismo mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais. (DINAMARCO, 2009, p. 41).

Muito se discute a respeito do *novo*⁴⁸ instituto trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, agora de forma regulamentada, denominado de negócio jurídico processual.

Antes do advento da referida norma, já era possível verificar o que hoje possui nomenclatura própria, na medida em que já era previsto a possibilidade de suspensão do processo por convenção das partes (art. 265, II, CPC/1973⁴⁹); eleição do foro da causa (art.

⁴⁸ Com o advento no CPC/2015, criou-se um alvoroço entorno das diversas mudanças trazidas com o novo código, dentre elas o instrumento dos negócios jurídicos processuais. Muitos dos novos nomes jurídicos, como Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral, dentre outros, apresentaram o contentamento com o instituto trazido pelo direito brasileiro, no entanto afirmam, categoricamente, que referido instituto não é novo, muito embora apenas agora tenha sido referenciado corretamente. Nos moldes de Leonardo Carneiro da Cunha, no CPC/1973, já existiam diversos NPJ tipificados na letra da lei, tais como: “[...] a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, §1º); c) acordo de eleição de foro (art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); g) convenção para suspensão do processo (art. 265, II, e 792); h) desistência da ação (art. 267, §4º; art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e §4º); k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, §1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); w) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); z) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, §2º); bb) dispensa pela avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc) opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff) escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824, I); gg) acordo de planilha (art. 1.031)”. (CUNHA, 2015, p. 42/43).

⁴⁹ Art. 265, CPC/1973 – Suspende-se o processo: II – pela convenção das partes.

111, CPC/1973⁵⁰); possibilidade de negociar prazos dilatatórios (art. 181, CPC/1973⁵¹); ônus da prova (art. 333, parágrafo único, CPC/1973⁵²); dentre outros.

Tais exemplos são claros apontamentos de NJP típicos, ou seja, aqueles já previstos na lei processual.

Apenas a título ilustrativo, já que não se pretende adentrar tanto ao mérito do ineditismo dos NJP no direito brasileiro, muitas das normas previstas no CPC/1939 foi objeto de reprodução no CPC/1973, tanto é verdade que o dogma do juízo arbitral e a função homologadora do juiz, vêm sendo aplicada durante décadas a fio.

E não sem fundamento, na medida em que o juízo arbitral apenas expedia laudos, os quais, para sua validade e eficácia, eram necessários à homologação por parte do juízo estatal.

Pois bem, ultrapassada essa fase, os NJP, diante de sua essência, é considerado um negócio jurídico e, por tal razão, jamais deixará de ser visto como um instituto do direito privado. Sendo assim, por tal razão, sempre trará a figura homologadora do juiz.

O CPC/2015 traz à baila inúmeras pequenas reformas em relação ao CPC/1973, sendo que altera, sobremaneira, o cenário da prestação jurisdicional brasileira, com o incentivo à conciliação e mediação. “Na realidade, a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas” (DINAMARCO, 2009, p. 122).

A grande novidade gira em torno dos chamados negócios jurídicos atípicos, ou ainda cláusula geral de negociação atípica, que são justamente os não previstos em lei, mas que são plenamente possíveis conforme art. 190, CPC/2015⁵³. Assim, se as partes forem capazes e versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição, poderão pactuar acordo, no sentido de estipular mudanças no procedimento, tornando-o único para as partes, possibilitando a negociação dos direitos e deveres, mediante contrato:

O NCPC cria um negócio jurídico processual, permitindo que as partes estipulem sobre suas faculdades e ônus, inclusive antes do início do processo. Os ajustes devem ser realizados mediante consenso e podem incluir modificações quanto aos

⁵⁰ Art.111, CPC/1973 – A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

⁵¹ Art. 181 – Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convecção, porem, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

⁵² Art. 333 – O ônus da prova incumbe: parágrafo único: É nula convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da partes; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵³ Art. 190 – Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajusta-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

prazos processuais. O dispositivo é claramente inspirado nos movimentos do contratualismo processual, que permitem uma adequação do instrumento estatal de solução de litígios aos interesses das partes e ao direito material que os consubstanciam. (DONIZETTI, 2015, p. 162).

Sendo assim, as partes podem, mediante contrato, por livre e espontânea vontade, alterar as normas processuais. Parte-se, assim, da Teoria do Contratualismo Processual, que nada mais é do que um permissivo para que as partes capazes possam estipular em contrato regras processuais diversas daquelas previstas em lei para dirimir questões sobre direitos disponíveis.

Assim, o NJP seria uma convenção entre as partes do processo, ou seja, um contrato elaborado pelas partes em juízo, de forma complexa.

Desta forma, estando diante de um direito que admita autocomposição, em que as partes processuais são plenamente capazes, é possível que as partes ajustem os procedimentos da demanda, para que esta se torne plenamente adaptada aos anseios das partes. Desta arte, as partes poderão pactuar sobre os meios de provas, sobre os prazos processuais, sobre os recursos cabíveis, sobre os poderes e deveres das partes, dentre outros assuntos. Ou seja, o NJP seria, em síntese, a própria flexibilização do processo às necessidades das partes.

Como principal fundamento e princípio norteador do instituto, tem-se, justamente o princípio da autonomia privada, em que a vontade das partes merece respeito e guarida.

Importa salientar, ainda, que o negócio jurídico poderá ser realizado antes, durante ou depois do processo, sendo assim, poderá ter a sua eficácia em três momentos processuais.

Completando tal raciocínio, Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery prelecionam:

Acrescentado pelo substitutivo da Câmara ao projeto original do Senado, o propósito do dispositivo [...], dentro do escopo maior do CPC de promover a solução mais rápida e satisfatória dos litígios, é de abrir espaço à participação das partes na construção do processo, tornando-o mais democrático, mas ao mesmo tempo evita que tais pactos funcionem como instrumentos de opressão, pois não admite que essa possibilidade de “negociação” de direitos ocorra quando haja qualquer desigualdade entre as partes ou a lide diga respeito a direitos que não admitam autocomposição.

[...]

As partes podem apresentar o acordo pronto sem a intervenção do juiz na sua elaboração, mas sua validação dependerá da análise e referendo do juiz. O acordo deverá atentar para todas as exigências formais exigidas em qualquer negociação e para todas as situações que, eventualmente, possam configurar nulidade. (NERY JR., 2015, p. 701).

Sendo assim, o negócio jurídico processual é um ato voluntário que impacta e causa efeito na vida dos participantes. Tem um efeito direto no processo em que os participantes litigam.

Referida possibilidade já se apresenta bastante calejada no direito estrangeiro, na medida em que, em 2005 foi promulgada a ideia no direito francês, “mediante reforma no *Nouveau Code de Procédure Civile* e, com esta, a criação de uma espécie de contrato entre o juiz e as partes (*contrat de procédure*), buscando fixação de prazos de duração do procedimento acordados entre os sujeitos processuais – art. 764 do *Nouveau Code de Procédure Civile*”. (THEODORO JR., 2015, p. 237/240).

Seguindo a mesma linha, em 2007, na Itália,

[...] Clemente Mastella, apresentou um projeto de lei, na Reunião do Conselho de Ministros, de 16 de março de 2007, buscando disposições para a racionalização e a aceleração do procedimento (*Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile*), entre elas, a adoção do novel instituto francês, através da alteração do art. 183 do Codice, que versa sobre a audiência preliminar (*trattazione*), e com criação da denominada audiência programa (*udienza programma*), com fixação de um calendário processual a ser seguido. (THEODORO JR., 2015, p. 242).

Inclui-se ainda o modelo inglês que também lançou mão do instituto da contratualização em 2008. (THEODORO JR., 2015).

O que se observa é a grande tendência advinda do modelo francês

[...] de modo a permitir ajustes entre partes e juiz a respeito da forma de condução do processo e fixação dos termos do seu desenvolvimento. Parte-se, nitidamente, para a efetivação do clima de cooperação entre partes e juiz, para a gestão processual, recomendada pela melhor doutrina processual. (REDONDO, 2013, p. 29/30).

O princípio que mais justifica o instituto dos NJP é justamente o princípio da autonomia privada, o qual deixa, a livre arbítrio das partes, contratar e o quê contratar. Assim,

Na gestão de seus interesses, as pessoas gozam do direito de contratar e de não contratar. A vontade é livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem a imposição da lei. Os contratos, por sua modalidade, objeto e condições, se amoldam às individualidades. (NADER, 2009, p. 22).

O artigo 190 do CPC/2015, então, inovando em relação ao CPC/1973, traz à tona a ideia

de consagração de uma norma que passasse a permitir, às partes, a celebração de convenções, de maneira mais ampla e autônoma (em relação ao juiz), antes ou durante o curso do processo, a respeito de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, bem como a estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou às necessidades do direito material (REDONDO, 2015, p. 272).

Conceitua-se a figura do negócio jurídico processual,

como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação (NOGUEIRA, 2015, p. 84).

Os negócios processuais, em poucas palavras, vêm com o intuito de flexibilização do direito processual civil, na medida em que é definido como ato de autonomia privada, tendo como principal característica a vontade declarada das partes, atribuindo-as o poder do respeito ao autorregramento da vontade, já denominado, princípio (CUNHA, 2015, p. 29).

Em outras palavras.

A possibilidade de negócios processuais viabiliza, então, o estabelecimento de uma cláusula de acordo de procedimento por meio da qual as partes, conjuntamente com o magistrado, poderiam estabelecer, entre outras opções, um calendário para a prática e acontecimento dos atos processuais. (THEODORO JR., 2015, p. 227).

Fredie Didier Jr. ao descrever o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, afirma que “a vontade das partes é relevante e merece respeito” (DIDIER JR., 2015, p. 23). Com isso, para o autor, o princípio nada mais é do que a criação de um ambiente processual propício para que as partes possam exercer seu direito de liberdade na condução do processo, visando, conforme categoricamente imposto na parte geral do CPC/2015, a autocomposição, conciliação, mediação e a cooperação processual.

Não apenas Fredie Didier Jr., mas tantos outros juristas apontam a validade do instituto, cada qual com a sua temática. Inclusive, partindo-se da premissa do interesse e vontade das partes. Nesse sentido, Marcelo Pacheco Machado dispõe:

Além disso, o ‘assunto’ ou ‘matéria’ a ser tratada pela Jurisdição, objeto do processo, é algo cuja delimitação cabe apenas às partes, por meio da demanda inicial, das defesas e das demandas ulteriores (reconvenção, ação declaratória incidental, denúncia da lide, etc.). São fixados os pontos de fato e de direito (e as questões) a serem solucionados pelo juiz (pós o contraditório), no que denominamos objeto cognitivo do processo, do mesmo modo que são fixados os limites da própria tutela jurisdicional a ser eventualmente concedida, no que chamamos de objeto litigioso do processo (bem da vida em disputa devidamente individualizados pela causa de pedir fática). Sempre com base nas opções e escolhas das partes (MACHADO, 2014, p. 340).

Importante salientar o prelecionado por Humberto Theodoro Jr., no sentido de que o instituto da contratualização não dispõe a necessidade de cooperação processual, mas trata-se, pois, de um ato negocial, gerencial, em que o Estado, na figura do juiz, terá maior suporte para atingir o tão sonhado princípio da celeridade.

Aqui, mais uma vez pondera-se que não se trata de crença de que as partes queiram colaborar sem que enxerguem nisso algum benefício, eis que a condução do acordo processual será certamente embasado numa finalidade gerencial em conformidade com os anseios de agilidade e interesse de todos os envolvidos, especialmente antes da eclosão do litígio. (THEODORO JR., 2015, p. 232).

No entanto, tal instituto pode causar um elevado grau de desconforto, principalmente quando comparado, inevitavelmente com as vertentes do Estado Liberal, em que a convivência entre os dois ramos mal era possível e

Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 32).

Aqui, o tema muito se confunde com a ideia clássica de modelo liberal dos contratos, já que na

[...] concepção elementar do modelo é a de que o legislador deixa uma esfera normativa dos comportamentos sociais para os próprios indivíduos negociarem, barganharem, cada qual sendo responsável pelo que é melhor para si. Cada um saberá cuidar melhor do seu interesse, gerando com isso a justiça. Os conflitos serão evitados na medida em que se reconheça esta esfera normativa privada ampla e que o Estado garanta o cumprimento desses pactos livremente formados. (TIMM, 2015, 35).

Observa-se claramente uma limitação material do judiciário, na medida em que não pode afetar a atividade judiciária como um todo, apenas as partes. Ainda, o instituto aqui apreciado, de frente traz a baila o incômodo real da releitura do paradigma voluntarista, advindo do Código Civil de 1916, na medida em que, “o contrato era justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significava abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 135/136).

Assim, com a opção pelas partes quanto à utilização do NJP, estas poderão, nos termos do artigo 190 do CPC/2015, estipular mudanças no procedimento, antes ou durante o litígio, visando adequá-lo a aquela situação específica. Ao juiz, cabe a posição de coadjuvante processual, no qual se vinculará automaticamente aos acordos sobre os procedimentos realizados pelas partes, apenas sinalizando a sua implementação.

A eficácia imediata dos negócios processuais é confirmada, ainda, pelo parágrafo único do artigo 190, que revela que o controle das convenções processuais pelo juiz é sempre a posteriori e imitado aos vícios de inexistência ou de invalidade. O juiz somente pode negar aplicação a negócio processual se estiver presente alguma invalidade (vício relativo aos planos da existência ou da validade, abusividade de cláusula ou vulnerabilidade de parte), sendo-lhe vedado negar aplicação a convenção processual por qualquer outro motivo (v.g., por não ter sido de seu maior agrado o conteúdo do negócio processual) (REDONDO, 2015. P. 273/274).

Empenha-se, cada vez mais à atribuição da *jurisdição das liberdades*, na oferta de soluções capazes de preservar a “liberdade em si mesma, bem como do legítimo patrimônio material e moral das pessoas e grupos, a ordem constitucional institui certos remédios processuais aplicáveis a situações específicas” (DINAMARCO, 2009, p. 185/186).

Assim, verifica-se que o CPC/2015 trouxe à baila a figura de um instituto que ainda não era claramente normatizado, que muito têm a acrescentar no direito processual civil brasileiro. Entretanto, passa-se a discutir a existência, validade e possibilidade real do instituto, em conformidade com a teoria geral do processo.

Conforme dito, os negócios jurídicos processuais podem ser considerados típicos ou atípicos.

Bem como se entende do sentido literal por tipicidade, negócio jurídico processual típico é justamente aquele que encontra-se tipificado, elencado, na letra da lei, ou seja, aquele que a sua regulamentação já está expressa na lei.

Conforme dito no capítulo anterior, o *novo* instituto foi lançado no direito brasileiro, no entanto no antigo código (CPC/1973) já era utilizado o instrumento, mesmo sem nomenclatura própria, os quais, em grande maioria, permaneceram com o advento do CPC/2015.

Ainda, é possível pactuar os famosos NJP atípicos.

Além dos negócios típicos, é possível que as partes pactuem negócios que não se encaixem nos tipos legais, estruturando-os de modo a atender às suas conveniências e necessidades. O negócio é engendrado pela(s) parte(s), não havendo detalhamento legal. Nesse caso, o negócio jurídico é atípico. (CUNHA, 2015, p. 44).

No CPC/1973 também existia previsão dos modelos atípicos, na figura do art. 158⁵⁴, possibilitando às partes a constituição, modificação ou extinção de direitos. (BRASIL, 1973).

Tal artigo foi reproduzido na sua integralidade pelo CPC/2015, recebendo a posição 200⁵⁵. (BRASIL, 2015).

Os modelos atípicos são os que mais interessam ao presente estudo, na medida em que são criados pelas partes em conformidade com as necessidades de ambos, ou pelo menos é o que deveria acontecer.

⁵⁴ Art. 158, CPC/1973 – Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

⁵⁵ Art. 200, CPC/2015 – Os atos das partes consistente em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Verificada a necessidade de contratar, as partes iniciam a fase de negociação contratual, visando enquadrar o máximo de aspectos possíveis, capazes de satisfazer e garantir as partes contratuais.

Nos moldes de Leonardo Carneiro da Cunha

[...] O processo deve, como se sabe, ser adequado à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto. Por essa razão, existem vários procedimentos especiais, estruturados em virtude das peculiaridades do direito material. Significa que a tutela jurisdicional pleiteada pela parte autora há de ser preferida em procedimento adequado à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger. (CUNHA, 2015, p. 56/57).

Assim, verifica-se que o objetivo é a adequação do processo à vontade das partes, diante das necessidades apontadas quando da contratação e escolha das cláusulas contratuais, bem como da opção pela utilização dos NJP no caso concreto.

Para uma distinção clara, já entrando ao mérito do presente capítulo, “os contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro”. (GALLO, 2009, p. 53), ou ainda, mas no mesmo sentido, “seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato”. (ARAÚJO, 2007, p. 148).

Destarte, diante do prévio significado, verifica-se a dificuldade de se obter um modelo contratual de forma completa.

Assim, é cediço que nos contratos de execução diferida inexistem contratos completos, haja vista a impossibilidade de se enquadrar todas as características e possibilidades que uma relação contratual pode oferecer às partes, podendo, pois, criar certo grau de vulnerabilidade, caso o contrato não se satisfaça tal como inicialmente planejado pelas partes.

No entanto, nos contratos de execução imediata poderá ocorrer a existência de contratos completos, ao contrário do que a regra pressupõe.

Apenas a título exemplificativo, têm-se a diferença simplória entre contratos de execução imediata ou instantânea e contratos de execução diferida. Os de execução imediata são aqueles que se realizam em um só ato, ou seja, aqueles contratos em que se adquirem e cumprem os direitos e as obrigações no momento contratado. Já os de execução diferida, são aqueles que apesar de também se exaurirem no ato da contratação, apenas são realizados em um momento futuro.

Após as considerações iniciais sobre os NJP, passa-se a adentrar nas opções de veto, as quais serão de grande valia para entender os limites do instituto aqui estudado.

4.1 Das Opções de Veto

Nos termos do artigo 104 do Código Civil⁵⁶, para que um negócio jurídico seja válido, requer que o mesmo possua agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002).

Em regra, conforme o primeiro artigo do Código Civil de 2002, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002), sendo assim, pressupõe-se que todos são capazes perante a lei.

Por agente capaz entende-se a aptidão para participar dos negócios jurídicos, ou seja os maiores de 18 (dezoito) anos ou emancipados. Os absolutamente incapazes podem sim contratar, desde que devidamente representados (pais, curador ou tutor). Já os relativamente incapazes podem contratar com a assistência de seus representantes (pais, curador ou tutor).

O CC/2002 divide os incapazes, definindo-os para que não gere dúvidas, nos termos dos artigos 3º⁵⁷ e 4º⁵⁸.

Ultrapassada esta capacidade, tem-se ainda a capacidade contratual que é exigência legal em determinados casos, como por exemplo, os casados, que deverão possuir autorização do cônjuge para que possam contratar.

Por objeto lícito entende-se aquele que não vai a confronto ao que determina a lei, a moral e os bons costumes. Assim, “o objeto do contrato deve ser aquele não proibido por lei, i. é, estar de acordo com os fins éticos do direito, não ofensivos à moral e aos bons costumes. Assim também não poderá ser objeto de contrato as coisas impossíveis”. (JUNQUEIRA, 2013, p. 60).

Por objeto possível é aquele passível de ser realizado no campo físico e juridicamente possível é aquele que não é proibido pelo direito brasileiro, sendo que caso o objeto seja impossível, poderá sê-lo absoluto ou relativamente. “Absolutamente impossível é o objeto irrealizável por qualquer pessoa medianamente dotada, tanto física quanto intelectualmente.

⁵⁶ Art. 104, CC/2002 – A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵⁷ Art. 3º, CC/2002 – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

⁵⁸ Art. 4º, CC/2002 – São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único – A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Relativamente impossível é o objeto que apenas uma ou outra pessoa não possa realizar.” (FIUZA, 2010, p. 28).

Por objeto determinado ou determinável entende-se que o objeto contratual já é determinado ou, pelo menos será até o momento da sua celebração, ou quando da sua execução. Ou, “em outros termos, poderíamos dizer que o objeto de um contrato deve ser, quando nada, determinável”. (FIUZA, 2010, p. 29).

Por forma prescrita ou não defesa em lei se entende justamente o que determina o artigo 107 do CC/2002⁵⁹ (BRASIL, 2002), já que em regra a declaração de vontade é livre. Sendo assim, será nulo o negócio jurídico que não observar a forma prescrita em lei, ou quando ausente alguma solenidade que a lei determinar essencial para que o negócio jurídico seja considerado válido, nos termos do artigo 166, incisos IV e V do CC/2002⁶⁰. (BRASIL, 2002).

Dentre as opções de veto, deverá o juiz negar a homologação, quando o negócio jurídico for nulo e/ou quando uma das partes for manifestamente vulnerável.

O já mencionado artigo 166 do CC/2002⁶¹ elencou seis possibilidades taxativas de nulidade dos negócios jurídicos e nomeou uma sétima, bem genérica, sinalizando que também será nulo o negócio jurídico quando a lei assim o declarar.

Dentre as possibilidades constantes no referido artigo, tem-se, de forma analógica e diretamente relacionada à validade do negócio jurídico, nos termos dos itens acima enumerados (art. 104, CC/2002).

Antes de adentrar ao ponto da inserção abusiva em contrato de adesão, imperioso lançar o significado simples, sem maiores aprofundamentos, de contratos de adesão.

O objetivo primordial dos contratos é justamente a circulação de riquezas, por meio do acordo de vontades. O que se espera de um contrato é o ajuste entre as partes, após ampla negociação e adequação da vontade de ambos os participantes contratuais.

No entanto, com a evolução da sociedade e

A linha de produção em escala exige a padronização dos procedimentos de indústria, a incluir rotinas que tendem à invariabilidade, inclusive para a prestação de serviços.

⁵⁹ Art. 107, CC/2002 – A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁶⁰ Art. 166, CC/2002 – É nulo o negócio jurídico quando: IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

⁶¹ Art. 166, CC/2002 – É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Essa superprodução de bens e serviços não poderia afunilar-se em procedimentos de negociação caso a caso; a produção em massa, por certo, implica em distribuição em massa, vale dizer, escoamento dos bens e da oferta de serviços em ritmo compatível com a produção. Estariam dadas, assim, as condições para uma crise do contrato e, com ela, da própria sociedade, não fosse a reiterada capacidade humana para a adaptação. Diante da inviolabilidade da negociação caso a caso, a prática mercantil acabou por criar, concomitantemente à multiplicação da produção e circulação de bens, bem como da possibilidade de prestação de serviços em maior escala, um novo contexto de gênese negocial: abandonou-se o modelo pessoal do ajuste de vontades, a implicar discussão sobre os detalhes de cada negócio, e passou-se a uma situação diversa, na qual todos os elementos do contrato já constavam de sua oferta (proposta), exigindo da contraparte apenas a aceitação de seus termos, dispensando assim as tratativas negociais. Ao contratante, portanto, bastava aderir aos termos pré-ajustados do contrato, razão pela qual tal prática foi titulada de *contrato de adesão*, assim como *contrato de massa* ou *contrato estandardizado*. (MAMEDE, 2010, p. 93/94).

Imperioso ressaltar que o fato do contrato ser de adesão, não o torna repleto de cláusulas ilícitas, ilegais ou arbitrárias, apenas significa que sua proposta já se encontra definida pela parte contratada, cabendo ao contratante a opção de anuir ou não ao contrato.

Neste ponto importante registrar que quando se fala em contrato de adesão, tem-se a necessidade de definir uma relação de consumo, na medida em que, conforme dito acima, a superprodução de bens e serviços gerou a necessidade de se prestar o serviço em grande escala, o que impossibilita uma negociação individual.

Por consumidor, pode-se entender grosseiramente, o disposto no art. 2º⁶² do CDC, que dispõe como sendo o destinatário final de um produto ou serviço adquirido, podendo ser, portanto, pessoa física ou jurídica.

Já por fornecedor, redundantemente falando, seria toda pessoa que fornece um bem ou serviço, isso porque o conceito trazido pelo CDC, em seu art. 3º⁶³ é bem amplo.

As cláusulas abusivas estão elencadas no art. 51⁶⁴, CDC, deixando claro que, se de fato se verifique a existência de umas das opções trazidas no referido artigo, além de nulas, verificará que as partes não estavam em manifesta igualdade de direitos (FIUZA, 2010, p. 88).

⁶² Art. 2º, CDC – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁶³ Art. 3º, CDC – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. §1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. §2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁶⁴ Art. 51, CDC – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, sem situações justificáveis; II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste

Como não se objetiva, no presente estudo ampliar sobremaneira os conceitos, principalmente atingindo o âmbito da defesa do consumidor, passa-se a definir perante o CC/2002, com base em seu art. 187⁶⁵, o que seria abuso de direito.

Conforme ensinamentos de César Fiuza, o legislador pecou na escolha dos dizeres do referido artigo, na medida em que, na sua opinião, fato este que acabou se tornando também a opinião da autora do presente estudo, houve uma confusão dos institutos – abuso de direito e ato ilícito.

O abuso de direito, que justamente é o que interesse ao estudo do instituto dos NJP, justamente por estar previsto no art. 190, CPC/2015, “[...] ocorre quando uma pessoa, ao exercer direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (FIUZA, 2010, p. 91).

Continuando o raciocínio, os efeitos dos dois institutos são de extrema semelhança, no entanto a análise dos institutos, em si, são diferenciadas.

Por ato ilícito entende-se aquele contrário ao ordenamento jurídico, sendo, portanto, ilícito.

Já o abuso de direito advém de um ato totalmente lícito, no entanto o resultado alcançado fere, manifestamente, o ordenamento jurídico. Daí que se justifica, o fato do legislador, criar norma sobre tal ponto, na medida em que, se não fosse regulamentada, um agente poderia, muito bem, alcançar fins ilícitos, por meio de condutas totalmente lícitas.

código; III – transfiram responsabilidades a terceiros; IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX – deixem o fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhes seja conferido contra o fornecedor; XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. §1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes a natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. §2º - A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando se sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. §3º - (Vetado). §4º - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

⁶⁵ Art. 187, CC/2002 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Com relação a vulnerabilidade de uma das partes em detrimento a outra, se entende como o equilíbrio entre as partes, diante da aplicação do NJP.

Observa-se, claramente, que não foi utilizado a nomenclatura hipossuficiente, e sim vulnerável, na medida em que os institutos são diversos, merecendo destaque para uma melhor elucidação.

Tal como o item acima, impossível não falar de vulnerabilidade e não adentrar no âmbito consumerista.

Por vulnerabilidade pode-se entender como o estado ou a qualidade de quem é vulnerável, que justamente é o lado mais frágil em uma relação.

Já por hipossuficiência é entendível como uma situação de carência ou desprovento de algo.

Sendo assim, nos termos da parte final do parágrafo único do art. 190, CPC/2015, o juiz negará aplicação do NJP dentre outros fatores, quando “alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. (BRASIL, 2015), ou seja, quando a relação entre as partes contratuais não é equânime, possuindo, pois, um lado mais fraco na relação contratual.

Destarte, tratando-se de relação de consumo, em que uma das partes se apresenta de forma vulnerável em relação a outra, devem ser aplicados os arts. 46⁶⁶; 47⁶⁷; 48⁶⁸; 49⁶⁹ e 50⁷⁰ do CDC, justamente por se tratarem de normas de proteção contratual. (FIUZA, 2010, p. 88).

Trocando em miúdos, na concepção de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, os negócios jurídicos processuais deverão obedecer os seguintes aspectos:

[...] (i) capacidade dos contratantes; (ii) a licitude e a possibilidade do objeto, que também deve ser determinado ou determinável; (iii) a licitude do motivo determinante; (iv) a atenção à forma prescrita em lei; (v) a adoção das solenidades

⁶⁶ Art. 46, CDC – Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

⁶⁷ Art. 47, CDC – As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁶⁸ Art. 48 – As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

⁶⁹ Art. 49, CDC – O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único – Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

⁷⁰ Art. 50, CDC – A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único – O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

que a lei considere essencial à validade do contrato; (vi) a ausência do objetivo de fraudar a lei imperativa. Parte desses requisitos de validade também está presente no art. 104, que, ao tratar da forma dos negócios jurídicos, considera adequada aquela que seja – prescrita ou não defesa em lei. (ALMEIDA, 2014, p. 119).

Assim, conforme o próprio art. 190, CPC/2015, o juiz controlará a validade do NJP, recusando homologação apenas nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou quando alguma das partes contratuais se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Trocando em miúdos, o papel do juiz é extremamente limitado, fato este que gera grande inquietude, principalmente quando se leva em consideração o instituto dos contratos incompletos.

Destarte, haja vista o até aqui exposto, e em virtude do fato dos negócios jurídicos processuais atípicos serem modalidades criadas pelas partes, passa-se a discorrer sobre os contratos incompletos, instituto de extrema relevância nas relações negociais contemporâneas.

4.2 Contratos Incompletos

Conforme pincelado quando da conceituação de modelo econômico dos contratos, teoria dos contratos incompletos foi desenvolvida a partir das reflexões que as Ciências Econômicas oferecem para desvendar o Direito, resolvendo, pois, problemas não solucionados no mundo exclusivamente jurídico.

Conforme dito, é de se destacar a grande dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade de previsão de todas as características e elementos futuros, decorrentes de uma relação contratual, razão pela qual se justifica o presente capítulo.

Quanto mais um contrato puder aproximar-se da sua completude, menos incerteza gerará no futuro, tanto em relação às possíveis renegociações, bem como no tocante a tomada de reféns⁷¹ em situações corriqueiramente contratuais. Em contrapartida, “como o inacabamento contratual, em maior ou menor grau, é uma inevitabilidade, tudo está em saber-se como é que é possível encontrar-se soluções que eficientemente minimizem as possibilidades de ocorrência de *holdup*⁷²” (ARAÚJO, 2007, p. 635).

⁷¹ Na teoria econômica do contrato, a figura do *holdup* se apresenta como a tomada de um refém, que necessariamente será a contraparte, a parte mais fragilizada na relação contratual. O instituto possui o seu escopo no oportunismo contratual, na medida em que a contraparte se torna refém pelo “mero desfazimento temporal das prestações a relação contratual” ou “dos investimentos de confiança que se viu na necessidade de fazer” (ARAÚJO, 2007, p. 632/633).

⁷² Na tradução literal, *holdup* é tomar como refém. Essa tomada de refém refere-se ao fato de que uma das partes possui mais privilégios em relação a outra parte. Ou seja, possui um elevado poder de barganha em face da outra parte contratual, possibilitando, pois, alterações no contrato que não seriam possíveis caso a ameaça do inadimplemento não gerasse tantos danos à parte adversa. Assim, o *holdup* é verificado em situações em

Mais ainda, tendo e vista que o incabamento contratual ocasionado sob o âmbito da boa-fé é conduta inevitável, não se mostra

(...) razoavelmente exigível de um negociador que, antes de uma vinculação inequívoca e formal, partilhe informação sobre as finalidades que prossegue através do contrato, por exemplo, sob pena de ver divulgarem-se no mercado informações que eventualmente lhe proporcionavam uma vantagem estratégica em todas as negociações, e portanto também nas negociações alternativas que encetarão caso falhe aquela em que se encontra envolvido (ARAÚJO, 2007, p. 592).

Conforme dito acima, todos os contratos são, essencialmente, incompletos. E não só incompletos, são também “[...] imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza”. (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 117).

Talvez, considerar os contratos como essencialmente incompletos, pode causar, a primeira vista, uma estranheza. No entanto, é determinante que se tenha em mente o quão impossível é considerar e prever todos os acontecimentos contratuais.

É impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro. Essas lacunas serão preenchidas *ex post*, uma vez iniciado o cumprimento (ou não) do contrato. Somente é possível alocar o risco com eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no desenho do contrato se as partes forem bem-sucedidas em fazer com que, na execução, tais cláusulas sejam validadas. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 117).

Isto porque,

[...] é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos «standards» de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatório – sendo essa insuficiência *ex ante* que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da «boa-fé». (ARAÚJO, 2007, p. 148).

Tal incompletude contratual se justifica, e muito, pelo fator dinâmico dos contratos, na medida em que não é só pela assinatura que o contrato se encerra. Tem-se que as fases pré e pós contratuais, são de extrema importância e complexidade, já que serão determinantes para um cumprimento justo e equânime.

[...] o incabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se

tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas. (ARAÚJO, 2007, p.151).

É cediço que embora tenhamos uma ampla negociação, esta jamais se apresentará de forma adequada a abarcar os níveis de previsibilidade que um contrato completo necessita, ou seja, aquele que abarcaria todas as contingências possíveis na relação contratual. Assim, diante do inacabamento dos contratos, pode-se apresentar uma maior preocupação face o instituto do negócio jurídico processual.

Pois bem, uma das possibilidades da efetivação do negócio jurídico processual, é justamente a realização de um “contrato” entre partes, antes mesmo da formação de um litígio, visando, assim, se precaverem de situações oportunistas que visem o descumprimento, desfazimento e a renegociação a todo custo, na medida em que “as partes não só não são imunes às tentações de má fé como têm, no desenvolvimento da relação contratual, vários incentivos racionais a assumirem atitudes oportunistas e predatórias” (ARAÚJO, 2007, p. 658).

Não só a má-fé se apresenta de forma ameaçadora, na medida em que a ocorrência de fatos novos e inesperados, após a formalização do contrato poderá provocar o seu descumprimento, ou, até mesmo, tornar o seu cumprimento totalmente desvantajoso para as partes.

Em suma, embora a simples formalização de um contrato seja já um resguardo contra manobras oportunistas de parte a parte, é crescente a consciência de que a estrutura do contrato pode ser fortemente fragilizada pela ocorrência de dificuldades de verificação do cumprimento dos termos estipulados no contrato – agravada pelos custos inerentes ao esforço de verificação externa (por um terceiro) das contingências relevantes ou das acções especificadas num contrato (ARAÚJO, 2007, p. 672).

Destarte, “o inacabamento contratual, além de tender a realçar os elementos dinâmicos no seio do contrato, tenderia também a multiplicar as ocasiões para a vulnerabilidade das partes” (ARAÚJO, 2007, p. 654), o que geraria, oportunamente, o afastamento das partes na relação contratual, bem como a figura do oportunismo de forma direta.

Para o Autor, o inacabamento contratual nada mais é do que fruto do mundo imperfeito em que vivemos, sendo fato que, no âmbito contratual, mais vale a incompletude dos contratos do que a busca incessante pela perfeição ao custo de delongadas negociações que apenas resultariam no desestímulo das partes contratantes (ARAÚJO, 2007, p. 147/151).

Vale dizer que o inacabamento contratual possui significados diferentes para o direito e para a economia, sendo fato que para o direito os contratos incompletos se apresentam como uma situação terrível que poderia apenas e exclusivamente causar mal aos contratantes.

No entanto, é cediço que os contratos incompletos acabam por expor, sobremaneira, uma das partes ao oportunismo. Sendo sabido que, com o passar do tempo, mais fragilizada diante da pressão advinda do inacabamento contratual se verá a contraparte, frente ao seu oponente. Ainda, vale dizer que

(...) por mais completo e minucioso que seja o clausulado, o cumprimento das obrigações contratuais está sempre, em última instância, sujeito a uma avaliação subjectiva e falível de parte a parte, gerando-se um potencial de conflito de interpretações que, na melhor das hipóteses, será resolvido em tempo útil por uma instância adjudicadora também ela ferida de inerradicável subjectividade nas suas apreciações e critérios (por mais constritoras que sejam as balizas normativas) (ARAÚJO, 2007, p. 173/174).

Destarte, frente ao potencial conflito diante dos contratos incompletos, é notório que as partes contratantes, deverão, em última análise, socorrer-se ao judiciário ou a outro meio de solução de conflitos, capaz de solucionar o impasse, de forma a garantir a justiça.

Sendo assim, em conformidade com o art. 190, do CPC/2015, as partes, única e exclusivamente, em caso de validade do negócio jurídico entabulado, apresentar-se-ão ao judiciário, apenas e tão somente para homologar o contrato pactuado, não devendo o juiz se opor à lei entre as partes.

No mais,

(...) essa inultrapassável falibilidade (no cerne de todos os fenómenos humanos, afinal) faz com que, até ao último momento da relação, exista um potencial de conflito – mesmo no mais completo dos contratos, um potencial que torna ambas as partes (ou ao menos uma delas) reféns do seu esforço pretérito no seio dessa relação – reféns agora, não de uma inacabamento deliberado, mas de uma margem de subjectividade de que naturalmente nenhuma das partes prescindirá, já que é da satisfação dos seus interesses subjectivos que se trata (ARAÚJO, 2007, p. 174).

Levando-se em consideração o inacabamento contratual diante do novo instituto que ora se discute, tem-se que mesmo levando em consideração os fatores econômicos, os quais traduzem a impossibilidade de se obter um contrato completo, bem como as vantagens que se apresentam - principalmente na fase pré-contratual -, é de se destacar que o instituto do NJP, sob a égide da teoria econômica do contrato, pode ser uma masmorra processual, a qual, possivelmente, não foi prevista com o advento do CPC/2015.

Tendo em vista o alto grau de imprevisibilidade dos contratos - principalmente⁷³ na fase pós contratual -, uma das partes, ou até mesmo ambas as partes, podem se sentir injustiçadas, fato este que resultará em uma discussão extrajudicial ou até mesmo judicial.

⁷³ Diz-se principalmente, ao contrário de exclusivamente, na medida em que as partes podem e devem se sentir injustiçadas também na fase pré contratual, também conhecida como a fase em que são formuladas e discutidas as propostas contratuais. Por proposta pode ser considerada toda a fase de negociação, que por

No entanto, antes de se discutir as possibilidades de discussão do litígio, passa-se a discutir o significado de justo contratual, para que se tenha claro o ponto a partir do qual uma ou ambas as partes, podem, pois, se sentir menos privilegiada na relação contratual.

4.3 Justo Contratual⁷⁴

Após ter em mente o significado de contrato - materialização do negócio jurídico, muito se discute a respeito da sua execução ou não, partindo-se do pressuposto de justiça contratual, na medida em que o conceito de *pacta sunt servanda*⁷⁵, em que os contratos devem ser cumpridos sob pena de execução pelo Poder Judiciário, pode ser muito bem flexibilizado⁷⁶.

No passado, quando se pensava em um contrato se pensava na necessidade de absoluta obediência ao que foi pactuado pelas partes, não sendo relevantes para o direito a motivação das partes, os acontecimentos futuros, o próprio equilíbrio das obrigações e os efeitos gerados pelo cumprimento do contrato. Nenhuma escusa era válida para se afastar o axioma de que o contrato deve ser cumprido, custe o que custar, doa a quem doer. O contrato era lei entre as partes e ninguém possuía o poder de interferir nisso. Na verdade, como já dito, essa ideia vinha proteger as partes do seu maior vilão na época, que era o soberano déspota, ou do próprio Estado (que era personalizado pelo déspota). (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 28).

Os contratantes decidem assumir os ônus de um contrato quando não podem ou não conseguem alcançar seus objetivos sozinhos, sendo necessário contratar para o fim almejado. Assim, “a noção de troca “justa” é o que embasa o contrato. O ditado de que o “que é combinado não é caro” resume a sabedoria popular de que, numa promessa, aquilo que é justo, acordado entre cada uma das partes de uma negociação, deve ser cumprido”. (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 115).

isso, precede o contrato. A proposta vincula e obriga a outra parte, no entanto para se ter a formação do contrato propriamente dito, é necessário se ter a aceitação daquela parte. (JUNQUEIRA, 2013).

⁷⁴ Ciente das diversas acepções de *justiça*, imperioso se torna esclarecer que o significado de justo, no presente caso, gira entorno do significado clássico trazido por Aristóteles, principalmente quando relaciona Direito e Justiça. Para Aristóteles, justiça é uma virtude, a qual pode ser considerada a que mais se relaciona com o bem do próximo. Para o filósofo, justiça é uma virtude na qual se busca fazer o que é justo, busca-se agir com justiça. Ainda, tem-se que a justiça completa seria justamente, aquela virtude que possui amparo nas leis, em que considera que estas direcionam o homem ao caminho da justiça, do que é certo. Assim, o que garante que as leis são justas é justamente a existência dos legisladores.

⁷⁵ Do latim literal “servo quem assume pacto”, é um brocardo jurídico utilizado para impor a obrigatoriedade de se cumprir os contratos, na medida em que os termos contratos pelas partes devem ser respeitados e assumidos.

⁷⁶ “Ocorre que o antigo brocardo romano *pacta sunt servanda* não se aplica mais em sua inteireza, posto que não é mais permitido, ou melhor dizendo, não é mais aceito que, em virtude da existência de um contrato, alguém seja jungido a cumprir algo que foi obrigados a assinar pelas suas condições especialíssimas no momento, ou algo que é contra a lei, ou cumprir uma obrigação extremamente onerosa em virtude de fatos ocorridos, ou uma cláusula que acabe por inviabilizar a defesa de um direito ou desequilibrar o contrato, em prejuízo individual ou em prejuízo de toda a sociedade.” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 29).

No entanto, as alterações e evoluções judiciais, levou com que a obrigatoriedade no cumprimento contratual fosse flexibilizada, na medida em que em diversas ocasiões extraordinárias e imprevisíveis, uma das partes pode sofrer com o cumprimento obrigacional, sendo assim, o direito civil instituiu o princípio *rebus sic stantibus*⁷⁷, “dando azo a modificar o contrato, quando para uma das partes a prestação se tornar onerosa ou excessiva”. (JUNQUEIRA, 2013, p. 31).

Neste sentido

É a mesma preocupação com a dignidade humana e com o solidarismo que impõe novo padrão de conduta das partes que transacionam e que, também, determina e assegura o equilíbrio de suas prestações. Não se espera, por identidade de motivos, que os contratantes possam agir de forma desleal, que fujam de um padrão de retidão comportamental, ou que possam contratar ou manter-se vinculados, tal como na origem, de maneira excessivamente desequilibrada, o que, de resto, não seria leal nem permitiria fosse o contrato visto como instrumento de cooperação e colaboração entre as partes. (GODOY, 2007, p. 33).

Continuando o raciocínio e citando John Rawls⁷⁸ *et at.* (2000), Godoy afirma que

Em diversos termos, visto o contrato como um instrumento de cooperação entre as partes, não atende a uma imposição de justiça, como a caracteriza John Rawls, assentada em um necessário princípio de equidade, a limitação da própria liberdade em função de um empreendimento cooperativo em que não se distribuam e se cumpram, equilibradamente, as vantagens mútuas que levaram as partes a confiar uma na outra e, assim a prometer reciprocamente. (GODOY, 2007, p. 33).

Conforme dito no capítulo em que apresenta os princípios contratuais, não obstante em referência ao princípio do equilíbrio contratual, é cediço que referido princípio se confunde, muita das vezes com o justo contratual.

Isso porque, “a equidade é fundamental ao princípio da justiça contratual. É a equidade que impede que a regra jurídica, se entendida à letra, conduza a injustiças. Equidade é sinônimo de justiça ou, mais especificamente, é a justiça do caso concreto.” (FIUZA, 2010, p. 46).

Entretanto, o que é justo contratual?

Antes, “a ideia de justiça contratual era pressuposta pela existência da concordância das partes, posto que era um dos pilares do direito contratual da época a igualdade formal das partes é a liberdade contratual” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 28).

⁷⁷ Do latim literal “estando assim as coisas”, é um brocardo jurídico que especifica que as partes contrataram diante das situações existentes no momento da celebração, podendo invocar tal princípio quando ocorrerem mudanças extraordinárias e imprevisíveis que tornem o cumprimento obrigacional oneroso para uma das partes.

⁷⁸ Cláudio Luiz Bueno de Godoy cita o renomado John Rawls em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Hoje, tem-se em mente que “o conceito de justiça e do que é justo é extremamente fluído e impreciso. Podemos dizer que o valor justo de um contrato é aquele que as partes se empenham em cumprir.” (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 116).

Assim, partindo-se desse ponto de que o justo pode ser considerado como aquilo que as partes se predispõem a cumprir, é incontroverso que as obrigações assumidas pelas partes devem ser apresentadas de forma equitativa, a fim de que o equilíbrio contratual seja observado.

Destarte, “o equilíbrio contratual, além de refletir a preservação do preço contratado no tempo, desempenha outra função: refletir o tipo de compromisso que foi combinado entre as partes, para que nenhuma delas obtenha vantagens não previamente acordadas.” (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 116).

Importante salientar, que o equilíbrio contratual é de extrema importância, a fim de evitar que uma das partes assuma ou passe a assumir uma posição potencialmente mais onerosa que a outra. Esse equilíbrio é justamente o reconhecimento do direito de cada parte contratual.

Por oportuno, é sabido que “o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade”. (Pinheiro e Saddi, 2005, p. 89).

Continuando o raciocínio, tal premissa

[...] tem como pressuposto que os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade – ou seja, suas escolhas sempre se basearão na adequação dos meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam. Esta premissa leva à inevitável conclusão de que os indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho ou de qualquer outra natureza) se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo. Aplicada ao universo do direito, ela implica que a decisão de rescindir um contrato, de engajar-se em atividades originalmente não previstas no contrato ou de comportar-se ilicitamente dependerá de um balanço racional dos benefícios e custos marginais de cada ação. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 89/90).

Pinheiro e Saddi deixam claro que o ser humano celebra contratos corriqueiramente por necessidade, no entanto, os agentes econômicos se baseiam como premissa fundamental para contratar a maximização de utilidade, ou seja, a elevação do seu bem estar.

Assim, o contrato estará satisfeito, quando sua finalidade for realmente alcançada, ou seja, quando o contrato assume a proposta esperada, ou, em outras palavras, mesclando o princípio da utilidade com o da função social dos contratos:

O princípio da função social do contrato tem, como corolário necessário, o reconhecimento de uma baliza de interpretação/aplicação dos negócios jurídicos que é a ideia de *eficiência contratual*. Sua afirmação decorre do próprio conceito de função e, por decorrência, de funcionalidade, sendo mesmo óbvio dizer que, para que cumpra com sua função, o ajuste deve ser eficiente, ou seja, deve produzir os *efeitos legitimamente esperados*. Não é uma referência simples, todavia. A eficiência contratual, compreendida nestes termos (a afirmação dos efeitos que são legitimamente esperados), empurra o jurista para perspectivas diversas. Num plano mais simples, deve-se reconhecer que o contrato deve produzir os efeitos que desejaram as partes contratantes, consideradas em concreto, ou seja, consideradas por sua personalidade, por sua identidade. Não se trata, nesse plano específico, da consideração das partes em abstrato, vale dizer, tomadas pela ideia de *homem médio*, a partir dos modelos morais (usos e costumes) e juridicamente postos. Não. Considera-se, aqui, o universo visado por aquelas partes que participaram da formação e celebração do negócio e, agora, veem-se diante da execução ou, mesmo, experimentam os efeitos da pós-execução. Afinal, a ideia de *funcionar para a sociedade* não pode desconsiderar a referência elementar – e mais do que óbvia – de dever funcionar para as partes, nos limites da licitude e da legitimidade de suas expectativas. (MAMEDE, 2010, p. 37/38).

Assim, é justamente nesse ponto que se inicia o descontentamento contratual, quando o contrato não alcança o objetivo proposto.

Em contrapartida, caso seja necessário utilizar-se do princípio do *rebus sic stantibus*, os agentes econômicos não se furtarão da possibilidade de discutir o contrato, na medida em que, conforme foi demonstrado, todo contrato é incompleto e, por esta razão, possui condições para ser rediscutido e até mesmo rescindido.

Imperioso ressaltar que referido princípio oferece às partes contratuais a possibilidade de uma rediscussão dos termos contratados, possibilidade esta que se apresenta como um direito da parte que se sente injustiçada diante do que fora inicialmente pactuado. Assim, de grande valia mencionar as possibilidades ofertadas às partes, frente ao descontentamento do contrato.

4.4 Possibilidades de Discussão do Litígio

Criada a necessidade de contratar, as partes devem honrar o compromisso assumido, na medida em que com o contrato, criou-se também um vínculo jurídico.

Nos dizeres de Gladston Mamede, o direito contratual deve, por assim dizer, observar um tripé: confiança, lealdade e cooperação. Por confiança deve-se entender como a responsabilidade que cada parte possui em relação ao contrato, assim “[...] o princípio da confiança traduz-se no reconhecimento de que a condição de contratante (em sentido largo, a incluir, por óbvio, o contratado) constitui uma função – vale dizer, cada parte deve funcionar a bem do contrato”. (MAMEDE, 2010, p. 73).

Por lealdade, pode-se entender de forma muito análoga à própria confiança, na medida em que se trata de uma “[...] repetição calculada, construída com o objetivo de reiteração e,

destarte, como estratégia de segurança, evitando que o tratamento exclusivo de uma perspectiva possa conduzir a equívocos que resultem da não consideração da mesma relação e da mesma metanorma pelo ângulo oposto”. (MAMEDE, 2010, p. 74).

Por fim, por cooperação, princípio que inclusive baliza o CPC/2015⁷⁹, entende-se como um dever legal imputado às partes, já que “[...] é incontornável a constatação de que ambas as partes estão obrigadas – por lei – a trabalhar pelo bom processamento da relação contratual, das tratativas à realização do objeto contratado e, até, para além, no período pós-executório (dever *post pactum finitum*)”. (MAMEDE, 2010, p. 74).

No entanto, por diversas razões, torna-se impossível o cumprimento assumido entre as partes contratuais, razão pela qual a inexecução do contrato se torna aparente. “O descumprimento de uma obrigação é um dos motivos mais fortes para a rescisão do contrato. Uma vez notificada ou interpelada a parte que descumpriu o avençado, pela lesão do contrato, dá-se a mora que autoriza a dissolução do contrato, mediante rescisão judicial”. (JUNQUEIRA, 2013, p. 70).

O Código Civil 2002 tentou esgotar em três institutos as hipóteses de preenchimento dos contratos incompletos, que seriam: imprevisão (artigo 317⁸⁰), a onerosidade excessiva (artigo 478⁸¹) e a lesão grave (artigo 157, caput⁸²).

No entanto, mesmo que de forma bem reduzida possam ser encontrada as possibilidades de completude dos contratos incompletos, é sabido que os problemas oriundos de uma contratação não são facilmente resolvidos mediante aplicação das normas impostas:

Apesar de estarem consagrados à cultura jurídica, a presença de alguns desses institutos positivados no sistema jurídico não resolve os problemas potenciais dos contratos incompletos. Por exemplo, a Teoria da Imprevisão ou a onerosidade excessiva não se constituem em métodos adequados para identificar contratos com essa característica. Mais do que isso, não apresentam formas de superar a incompletude contratual sem ter de renegociar ou discuti-lo *ad initio*. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 118).

⁷⁹ Art. 6º, CPC/2015 – Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁸⁰ Art. 317, CC/2002 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁸¹ Art. 478, CC/2002 – 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.

⁸² Art. 157, caput, CC/2002 – Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Sendo assim, diante do fato que as normas positivadas no nosso sistema jurídico não são plenamente capazes de resolver as questões impostas pelos contratos incompletos, surge a necessidade de prever as possibilidades cabíveis para solução dos impasses:

Para que os mercados funcionem adequadamente, e considerando que o contrato pode ser afetado por riscos imprevisíveis na data de sua assinatura, o Estado de direito prevê mecanismos de solução de disputas ou controvérsias – como o Poder Judiciário. Em face das regras estabelecidas, desenham-se contratos cuja função é criar mecanismos de salvaguarda para as partes se algo no futuro não resultar conforme o planejado. A arbitragem também desponta como eficiente meio de solução de controvérsias nos contratos incompletos. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 120).

Para tanto, é possível verificar duas formas primárias de solução de conflitos: Extrajudicial e Judicial, soluções estas que serão aqui elencadas.

4.4.1 Extrajudicial

Os métodos substitutivos da *jurisdição*⁸³ são amplamente utilizados em casos em que as partes assumem o poder de autocomposição para solução do impasse ocasionado, no presente caso, pelos contratos incompletos.

Aqui, importante frisar que não existe uma exceção ao monopólio do Estado, na medida em que o poder de tutela é concedido ao Estado, no entanto, pode-se recepcionar tal instituto na medida em que “os interessados na dissipação de suas controvérsias, e ausente o Estado jurisdicional, conciliavam-se pela *renúncia, submissão, desistência e transação.*” (LEAL, 2016, p. 46).

Continuando:

A *renúncia* consistia em se tornar silente o prejudicado ante o fato agressor a si mesmo ou a seu patrimônio. *Submissão* era a aceitação resignada das condições impostas nos conflitos ou pugnas individuais ou sociais. A *desistência* era o abandono da oposição já oferecida à lesão de um direito ou o não exercício de um direito já iniciado. A *transação* distinguia-se pela troca equilibrada de interesses na solução dos conflitos.

Com o surgimento do monopólio estatal da jurisdição (exclusividade de o Estado fazer cumprir o direito), as formas de autocomposição foram acolhidas pelo direito processual dos povos, erigindo-se em institutos jurídicos que se definiram pela possibilidade de as partes em conflito destes se utilizarem, com as peculiaridades de cada legislação. (LEAL, 2016, p. 46).

⁸³ Jurisdição é o próprio poder conferido ao Estado tendo em vista a sua força soberana. Possui atuação em casos de conflitos após ser invocado pelas partes conflitantes. Na visão de Humberto Theodoro Júnior “[...] estabeleceu-se a jurisdição, como poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.” (THEODORO JR., 2011, p. 46).

Ou ainda, nas palavras iniciais de Rosemiro Pereira Leal, no ordenamento brasileiro foi recepcionado o instituto da autodefesa “na esfera de direitos da pessoa e do Estado (Comunidade)”. (LEAL, 2016, p. 45).

Assim

Quando a ordem jurídica autoriza a *autodefesa* não está delegando ao indivíduo a função jurisdicional tutelar que continua a se originar de lei prévia estatal. Não, há, portanto, como muitos entendem, uma exceção ao monopólio jurisdicional, que o Estado abre à prática da sociedade.

Assim, só o Estado, em suas relações internacionais, e, no caso brasileiro, sob regência principiológica que a Constituição lhe impõe (arts. 84, IX, XIX; 91, I e II, CF/1988), tem sobre si *amplos* direitos de autotutela legal, sendo que ao indivíduo é legalmente deferida a *autodefesa* em hipóteses expressas, especificamente indicadas. O *instituto* moderno da *autodefesa* não guarda qualquer relação com a *autotutela*, não regulada em lei, dos povos primitivos, ou dos Estados autocráticos cuja soberania não tem origem no *processo constituinte* popular. A autodefesa, na modernidade, é uma *tutela* substituta do provimento jurisdicional, legalmente permitida e que se faz ditames diretos da norma preexistente à lesão ou ameaça de lesão a direitos. Não é a autodefesa uma excepcionalidade ao ordenamento jurídico permissora da autotutela pela justiça privada das sociedades primitivas, mas uma regra normatizada do ordenamento jurídico, que, com presteza, e concorrentemente à jurisdição, faz do indivíduo o instantâneo defensor de si mesmo ante uma agressão pré-tipificada em lei. (LEAL, 2016, p. 45).

Assim, importante diferenciar, os dois conceitos claros de autodefesa e autotutela.

A autodefesa é o poder-dever do indivíduo de defender a si mesmo, de tomar as rédeas e o controle da própria vida.

Já a autotutela não possui amparo no direito brasileiro, na medida em que conforme o seu conceito clássico, autotutela é a violência privada. Já no conceito moderno, a autotutela foi supedâneo para o conceito de autodefesa. (LEAL, 2016).

Por ser, literalmente uma forma substitutiva da jurisdição, a possibilidade de se discutir o contrato, após determinada situação de desigualdade contratual, via extrajudicial tem alcançado relevante resultado na sociedade moderna, tendo em vista o abarrotamento do judiciário brasileiro.

Conforme dados extraídos do portal *Justiça em Números* de 2017 (ano base 2016) do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, atualmente se tem no Brasil 16.053 unidades judiciárias, dentre elas 10.433 representadas pela Justiça Estadual. (CNJ, 2017).

A justiça estadual representa 67% (sessenta e sete por cento) de todos os processos em tramitação no Poder Judiciário e o tema civil está entre os cinco assuntos mais populares, ou seja, o que mais aparece em termos quantitativos.

Talvez em virtude desta triste realidade, os métodos de solução de conflitos extrajudiciais, ou ainda os métodos substitutivos (arbitragem) estejam em ascensão.

Continuando a pesquisa, entre os assuntos mais demandados, tanto em primeira quanto na segunda instância, na esfera cível, têm-se “Obrigações/Espécies de Contratos”.

Em um âmbito geral, as Obrigações/Espécies de Contratos representam 3,83%.

Na segunda instância, as Obrigações/Espécies de Contratos representam 5,94% das demandas.

Já em primeira instância, o assunto representa 3,18% das demandas.

Nas turmas recursais representam 3,55% e nos juizados especiais o importe de 4,16%. (CNJ, 2017, p. 164/168).

Sendo assim, diante do caos em que se encontra o Judiciário, os métodos substitutivos, também ditos como adequados, ganham força diariamente.

O poder judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para a solução dos conflitos. Emerge desse fato, como principal causa, o descolamento da lei para a sociedade. Se, por um lado, é o contrato que define as regras entre as partes (a lei somente prevalece naquilo que conflitar com os contratos), no mundo atual dos negócios são os tribunais arbitrais que, potencialmente, substituem o Judiciário como arena para a solução de conflitos. Ou seja, de modo geral, as empresas encaram o Poder Judiciário como alternativa pouco eficiente, dotada de uma relação custo-benefício desequilibrada, para ser acionada apenas em último caso. É morosa, extremamente ritualizada, imprevisível e cara. Sem contar que muitas vezes quem ganha não leva (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 09).

Assim, em virtude da posição assumida pela sociedade, bem como com a automática transferência do poder da autocomposição, tem-se um método importante e cada vez mais utilizado, inclusive em situações de grande complexidade.

4.4.2 Judicial

Ultrapassada a forma extrajudicial de solução de conflitos, têm-se a forma judicial, a qual passa a ser “a garantia do cumprimento das promessas mediante a criação de incentivos para uma cooperação eficiente, com mais e melhores benefícios econômicos na solução de controvérsias”. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 120).

Não obstante,

[...] o mais relevante já não é a assimetria entre as partes, em suma, mas a assimetria informativa do terceiro julgador face às partes – um problema de insuficiência judicial, ou arbitral, que nalguns casos será irresolúvel, mas se crê possa ser mitigado com recurso as regras supletivas mais ou menos sofisticadas. (ARAÚJO, 2007, p. 152).

A jurisdição é atividade de monopólio do Estado, na figura do juiz. No entanto, já está ultrapassada a visão de juiz Hércules⁸⁴, na medida em que “a jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao *dever* de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo”. (LEAL, 2016, p. 51).

Ou ainda, mas no mesmo sentido, “hoje, sabemos que a *sentença* não pode ser a síntese do sentimento do juiz sobre a questão *sub judice*, porque haveria, no caso, jurisdição sem *processo*, como ocorreu na *arbitragem* dos antigos e como ocorre na *arbitragem* da Lei brasileira nº 9.307,1996”. (LEAL, 2016, p. 51).

Destarte, ultrapassada a fase de definição dos meios de solução de conflitos, cinge-se verificar a existência de uma linha tênue entre os dois métodos.

É cediço que na grande maioria das vezes, principalmente quando se leva em consideração o princípio da boa-fé, não só no âmbito contratual, mas aqui, principalmente no campo processual, as partes antes de buscarem a solução mais drástica (método judicial) já repousam sobre o esgotamento da via extrajudicial.

Sendo assim, quando se considera o ajuizamento de uma demanda já se verifica, em tese, que as partes ultrapassaram essa linha tênue, tendo em vista a impossibilidade de solução do conflito via extrajudicial.

No entanto, após o todo até aqui elencado, quando se questiona um impasse oriundo de um negócio jurídico processual, ultrapassada a fase extrajudicial, sendo seguida pela discussão do litígio no campo processual, transferir ao Estado o ônus de solucionar o conflito pode ser deveras complicado, diante da vulnerabilidade do Poder Judiciário para tanto.

⁸⁴ Ronald Dworkin, em 1986, publicou pela primeira vez a obra “O Império do Direito” em que coloca o direito como atividade interpretativa. Assim, para justificar a atividade interpretativa do direito, Dworkin lança a figura do juiz Hércules, que seria, literalmente aquela figura super-herói, dotado de elevado grau de inteligência, astúcia e perspicácia, capaz de solucionar todos os conflitos e impasses a ele ofertado.

5 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Após limitada apresentação sobre contratos e suas vertentes, é possível definir que um contrato gera um vínculo jurídico entre as partes, resguardando-os pela segurança jurídica.

Diante da maximização do papel da liberdade no processo, sobretudo quando se discute esta como fundamento precípua de um Estado Democrático de Direito, observa-se grande preocupação, tendo em vista a relevância da ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil.

Com a inclusão das técnicas econômicas para apreciação das normas jurídicas, tem ajudado a solucionar problemas, no entanto padronização dos contratos tais como percebe-se na atualidade torna discutível a fase negocial dos contratos.

Estamos em uma era de contratações em massa que se dão por contratos padronizados, contratos de adesão, em que nem o clausulado é passível de discussão e, muitas vezes, nem a possibilidade de contratação é verdadeiramente verificada.

Nos contratos de massa normalmente o cidadão não possui qualquer poder de decisão quanto ao conteúdo e quanto à pessoa a ser contratada.

Não se possui capacidade de escolha para contratação dos serviços públicos de luz, esgoto, água, transportes etc. (SCHERKERKEWITZ, 2013, p. 41).

É ainda o que dispõe Venosa, quando leciona sobre a atual dinâmica social.

Como podemos perceber, a atual dinâmica social relega a plano secundário esse contrato. Cada vez mais raramente, contrata-se com uma pessoa física. A pessoa jurídica, pequena, média ou grande, os grandes e pequenos detentores do capital, enfim, e o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final. Os contratos são negócios de massa. O mesmo contrato, com idênticas cláusulas, é imposto a número indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços. Não há outra solução para a economia de massa e para a sociedade de consumo. (VENOSA, 2004, p. 381).

Não se pretende aqui, fazer um julgamento negativo diante dos contratos de adesão, mesmo porque tendo em vista a globalização e a crescente necessidade de contratar, natural o processo de adequação dos contratos à crescente busca pelos contratantes.

No entanto, pode-se discutir que com relação aos contratos de massa, não será possível aplicar o instituto dos negócios jurídicos processuais, em face da impossibilidade negocial do que é, corriqueiramente contratado.

Pois bem, mesmo quando diante de modelos contratuais amplamente negociados, em que a fase preliminar foi discutida em prol do contratado, após a escolha de se utilizar o instituto dos negócios jurídicos processuais, em que se aplica a vontade das partes contratantes, ao poder judiciário é dado o dever de homologar o acordado entre as partes, podendo analisar apenas o campo da validade do contrato e vetá-lo apenas e tão somente

quando diante dos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes for manifestamente vulnerável em relação a outra.

Levando-se em consideração o inacabamento contratual diante do novo instituto que ora se discute, tem-se que mesmo diante dos fatores econômicos, os quais traduzem a impossibilidade de se obter um contrato completo, bem como as vantagens que se apresentam - principalmente na fase pré-contratual -, é de se destacar que o instituto analisado no presente estudo sob a égide da teoria econômica do contrato, pode ser uma masmorra processual, a qual, possivelmente, não foi prevista com o advento do CPC/2015.

Destarte, frente ao potencial conflito diante dos contratos incompletos, é cediço que as partes contratantes, deverão, em última análise, socorrer-se ao judiciário ou a outro meio de solução de conflitos, capaz de solucionar o impasse, de forma a garantir a justiça.

5.1 O Retorno do Paradigma Voluntarista

Chegado a tal ponto do presente estudo, imperioso ressaltar o incômodo verificado pelo instituto aqui em análise, na medida em que se verifica, claramente o retorno dos preceitos contratuais no Código Civil de 1916.

Conforme preceitua Miguel Maria de Serpa Lopes em 1991, o direito contratual passou por diversas evoluções, chegando, nos moldes do CC/1916, a evoluir do *status* para o contrato. Diferenciando-os da seguinte forma:

Enquanto no *status*, a posição do sujeito de direito se caracteriza por situá-lo num plano independente de sua vontade, na fase do predomínio da noção de contrato as pretensões juridicamente reconhecidas fluem ou resultam do fato do homem constituir um ser dotado de vontade livre e consciente. (LOPES, 1991, p. 13).

Ainda, compara o direito antigo com o moderno, advindo do CC/1916.

Entre o Direito antigo e o Direito moderno corre essa linha separatória: no primeiro, os acordos e convênios entre as partes capazes de gerarem uma *actio* representam a exceção, ao passo que, no direito moderno, prepondera o princípio de que todo acordo é gerador de obrigações ou produz efeitos jurídicos, a menos que se prove a existência de motivos legais de exclusão. (LOPES, 1991, p. 13).

Pasme-se a semelhança existente entre o conceito advindo do CC/1916, com a aplicação dos NJP trazidos pelo art. 190, do CPC/2015.

As semelhanças não se interrompem, na medida em que, continuando o raciocínio do direito moderno (CC/1916), na medida em que afirma que o novo modelo de contrato deve ser assim aceito e verificado, tendo em vista

[...] o desmoroamento gradual do *status* no Direito romano clássico, a colocação da vontade no lugar da forma como base da responsabilidade, a concepção de uma vontade implícita em certas transações, o consequente desenvolvimento de um Direito contratual generalizado sob o fundamento do pacto ou acordo, revestido de certas formalidades como garantia de uma vontade autêntica, de modo a poder o Direito intervir seguramente em sua execução. (LOPES, 1991, p. 13).

Frise-se a semelhança inquestionável com o papel homologador do juiz, verificado a existência de um NJP pelas partes.

No CC/1916, a separação entre o público e o privado era muito evidente e inquestionável, possuindo o princípio da autonomia da vontade, que hoje amadureceu seus limites tornando-se princípio da autonomia privada, o elemento primordial do espaço jurídico.

O Código Civil de 1916 fundava-se na compreensão de dois espaços jurídicos estanques, o público e o privado, como se aferia do artigo inaugural afirmando que a lei visava regular os direitos e obrigações de ordem privada. [...] A cada um desses espaços corresponderiam normas próprias, interesses e lógicas diversas, até naturezas jurídicas próprias, marcando disciplinas doutrinárias incomunicáveis e regulamentos estranhos entre si. No espaço público, o indivíduo seria um cidadão; seu princípios e normas caracterizariam uma intervenção estatal constante, privilegiando o interesse da sociedade, embora sem perder a indispensável proteção aos direitos e garantias fundamentais, conquistados na modernidade (séculos XVII e seguintes). Em oposição, o espaço privado seria o império da vontade individual e, mesmo, do individualismo; sua lógica seria a do arbítrio pessoal, do interesse próprio, sem a consideração da sociedade. (MAMEDE, 2010, p. 24).

Tal como ainda se verifica hoje, o contrato nasce da vontade dos participantes, no entanto, no CC/1916, nascia “[...] da vontade livre, segundo o princípio da autonomia da vontade. A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar o direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar”. (PEREIRA, 1996, p. 9).

Ou seja, conforme paradigma voluntarista, plenamente aplicável no CC/1916, a vontade individual, mesmo que exacerbada, se sobrepõe aos interesses da sociedade e, muitas das vezes, à vontade real de uma das partes.

Neste aspecto se verifica a grande semelhança ao retorno voluntarista quando se observa o instituto dos NJP, na medida em que a vontade do homem é tida como relevante e de respeito, devendo ao Estado a aceitação do que foi efetivamente contratado pelas partes contratuais, na medida em que se tal vontade não se esbarra nos limites apresentados pelo instituto, a homologação é certa e válida.

Sendo assim, diante dos fatos até aqui expostos, a vulnerabilidade do Poder Judiciário poderá ser evidente, tendo em vista o papel coadjuvante interpretado pelo Estado-Juiz nos casos em que o instituto dos NJP estiver presente, fato este já definido pelo próprio art. 190 do CPC/2015, conforme se passa a averiguar.

5.2 A Vulnerabilidade do Poder Judiciário

Conforme dito acima, ao juiz cabe apenas o papel homologador da paz social, devendo apenas controlar a validade do convencionado e vetar o acordado entre as partes nos casos de nulidade ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes contratantes⁸⁵.

O processo existe para criar um ambiente propício, para que as partes, por meio dos princípios constitucionais, possam participar efetivamente na construção do provimento, independentemente de qual seja ele (positivo ou não), na medida em que não se busca a felicidade por meio de decisões justas e sim, o provimento final nos moldes previstos no ordenamento jurídico, cujo papel é protagonizado pela figura do juiz (LEAL, 2014, p. 54/55).

O artigo 190, ao dispor sobre o cabimento dos negócios jurídicos processuais, advindos claramente com o CPC/2015, traz a baila, em seu parágrafo único, como o instituto será validado. Assim, cabe ao Estado-Juiz, o único papel homologador da norma criada entre as partes, podendo invalidar o ato, apenas e tão somente nos casos de nulidade ou quando uma das partes estiver em total situação de vulnerabilidade.

No entanto, tal papel não é visível e nem aceito por todos. Conforme preleciona Humberto Theodoro, o CPC/2015 traz à tona a aplicação clara dos princípios processuais democráticos, afastando, pois, o protagonismo do Estado, trazendo as partes para atuarem no processo.

É nessa mesma linha que o Novo CPC resolve adotar a possibilidade de “negociação” do procedimento; e, com isso, caminha a passos sincronizados com uma concepção mais democrática de processo, valorizando ainda mais um modelo participativo de processo e trilhando uma linha de raciocínio importante para combater o mito do protagonismo judicial. (THEODORO JR., 2015, p. 251).

No entanto, tem-se que, a partir do momento em que as partes buscam o acesso à jurisdição por meio do processo, estes atribuem ao Estado-Juiz à condição de “fundamento pensante” (LEAL, 2014, p. 55), que possui escopo em uma lei democrática. Ao contrário do que tenta disciplinar o instituto do negócio jurídico processual, que nada possui de processual, quando altera sistematicamente o papel do juiz, para o de homologador da paz social.

⁸⁵ Art. 190, CPC/2015 – Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único – De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Continuando, é cediço que o disposto no artigo 190 do CPC/2015, não dispõe claramente sobre as possibilidades de aplicação do instituto do negócio jurídico processual, o que transfere a discussão para diversos pontos, tais como a figura recursal.

Insta salientar, que o recurso é um auxílio de caráter voluntário, “significa isto dizer que a interposição do recurso é um ato de vontade. O recurso é uma manifestação de insatisfação. Recorre contra uma decisão judicial aquele que vê seus interesses contrariados pelo provimento” (CÂMARA, 2007, p. 55).

Por mais que seja considerado um ato de vontade das partes, o direito recursal está assegurado pela norma, prescrita no inciso LV, do artigo 5º da Constituição da República, nesta toada, considera-se direito fundamental, tal como o direito à vida, à saúde, à educação, dentre tantos outros.

Indo além, o artigo seguinte (art. 191, CPC/2015) prevê a possibilidade das partes e dos juízes convencionarem um calendário para a prática dos atos processuais. Tal aspecto merece especial atenção, na medida em que destoa, sobremaneira, do objetivo principal do código – celeridade e eficácia da prestação jurisdicional.

Nas palavras de Trícia Navarro Xavier Cabral, o calendário processual

é o modelo de flexibilização voltado exclusivamente para que as partes e o juiz estabeleçam um cronograma sobre o procedimento a ser adotado, fixando os prazos específicos ou preestabelecendo datas de cumprimento dos atos processuais. Trata-se, pois, de espécie de modificação do procedimento que ocorre por ato conjunto das partes e do juiz (CABRAL, 2015, p. 231).

Pois bem, tal instrumento poderá ser um dos maiores responsáveis pela diminuição da produtividade do judiciário, tendo em vista que para cada processo receptor do instituto, deverá o juiz se adequar aos ditames a ele inerentes.

Não se limitando a isso, a figura da calendarização deixa clara a posição de coadjuvante na relação processual, na medida em que “a prestação dali decorrente não será exatamente imposta pelo juiz, mas pelas partes. O quê cabe ao órgão judicial é, eventualmente, resolver questão formada sobre a ocorrência, ou não, da violação que faz incidir a multa” (YARSHELL, 2015, p. 73).

Com relação aos efeitos dos atos processuais, a figura dos negócios jurídicos acaba sendo um tanto quanto discutível, tendo em vista que tais efeitos são oriundos da lei, não podendo, por isso, ter sua origem no ato de vontade das partes.

Seguindo tal raciocínio, todas e quaisquer declarações de vontade das partes deve passar, necessariamente, pela sanção do juiz para que produza efeitos no mundo jurídico. Desta forma, sem a intermediação do juiz, o instituto poderá ser considerado, como já dito,

apenas declarações de vontade das partes, nada acrescentando e nem produzindo efeitos no mundo real.

No entanto, conforme dito em diversas vezes, tal intermediação do poder judiciário é extremamente restrita, limitando-se às opções de veto previstas no único artigo que disciplina sobre o instituto.

Por fim, importante ressalva se dá no fato do artigo 190 do CPC/2015 não apresentar uma clara restrição à liberdade das partes, fato este que intensifica a preocupação com o referido instituto,

Afinal, inexistente prévia estipulação das adequações que podem ser efetuadas no procedimento, como também não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual (quais direitos, quais ônus, quais faculdades e quais deveres poderiam ser convenionados), nem do alcance e dos limites desses negócios processuais (isto é, qual o espectro dessas disposições) (REDONDO, 2015, p. 273).

Sendo assim, a mínima normatização do instituto em um único artigo, torna temerária a sua utilização, principalmente quando os limites apresentados são praticamente irrisórios em face do alcance que referido instituto poderá abarcar no mundo real.

Há de se destacar, conforme dito anteriormente, os pontos positivos do instituto, já que muitos acreditam no seu sucesso, tendo em vista a possibilidade de flexibilização procedimental pelas partes.

É evidente que a criação de modelos capazes de buscar a pacificação, via conciliação, mediação, arbitragem, ou quaisquer outros métodos, se apresenta de forma louvável; entretanto, tais modelos não podem ser expostos como forma de resolução de problemas processuais, tendo em vista os fatos e fundamentos aqui elencados.

Por fim, Fernando Araújo, ao dispor sobre a Teoria Econômica dos Contratos, já conseguia definir o problema do judiciário consoante aos contratos, fato este que, inevitavelmente, ocorrerá com o instituto do negócio jurídico processual, na medida em que

Trata-se de uma perspectiva que, ostentando as suas raízes no universo do “Common Law”, peca por pressupor nos tribunais uma competência que na prática nem sempre se verificará – limitados que estão os julgadores pelas suas próprias insuficiências informativas, pelos seus vieses – tudo agravado pelo distanciamento entre o julgador e a situação julgada, um distanciamento que por definição será maior do que o das partes. (ARAÚJO, 2007, p. 178).

Essa flexibilização que tanto se busca e que atualmente é possível, pode, muito bem, ser analogicamente estudada em consonância ao Capítulo 11 – A judicialização do processo ainda no CPC brasileiro, do renomado Rosemiro Leal, em que, no decorrer do capítulo, empresta o seu inconformismo com o *fetice das urgencialidades*. (LEAL, 2016).

Neste ponto, é possível verificar que a busca incansável por tornar o processo aplicável, célere e de fácil acesso, pode ocasionar uma mudança paradigmática que, muito provavelmente o direito brasileiro não está disposto e nem preparado.

Ainda, o que se observa claramente e que jamais poderá ser melhor afirmado em outras palavras é que

A terminologia do NCPC tornou-se uma falácia, na medida em que tudo que dispõe é perpassado por um arranjo logomáquico que cria para as partes um labor metafísico em seus pleitos ditos democráticos, porque encaminhados no sentido de um discurso aberto ao povo jurídico de “boa vontade” que kantianamente busca racionalidade para reforçar e prestigiar o saber das autoridades judicantes e jurisdicionais. (LEAL, 2016, 354).

Continuando o raciocínio, tem-se a imperiosa necessidade de se adentrar a exposição de motivos que originou o NPCP.

No deslinde do documento, observa-se uma frase marcante, que exemplifica o *fetichismo das urgencialidades*, bem como declara o propósito já alcançado, nos termos da exposição de motivos. No entanto, tal relato da comissão de juristas vai em contramão com o instituto aqui estudado, na medida em que nas palavras da comissão “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. (Anteprojeto, 2010).

E finaliza

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo. (Anteprojeto, 2010).

No mesmo sentido

Nessa lógica, a proposta teórica defende alguns ganhos práticos: (a) o gerenciamento é instrumento de aceleração processual e de redução de custos; (b) busca assegurar, para cada causa, o trâmite processual adequado, imaginando que cada caso deve receber uma estrutura processual adaptada, escapando de um modelo geral e padronizado.

Aqui, valores como celeridade e economia de custos para o Judiciário serão importantes para nortear o sistema de escolhas feitas pelo magistrado. E há quem entenda que nesse sistema de escolhas o magistrado deveria optar por alocar mais tempo e recursos em processos de maior complexidade e/ou que melhor repercutam o interesse público e, em sentido inverso, se ocupar menos com causas mais simples ou de menor impacto público. (THEODORO JR., 2015, p. 243).

Tem-se, pois, além das diversas preocupações até aqui elencadas, o medo gritante do retorno aos tempos em que os juizados especiais, eram tidos como juizados de pequenas

causas, na medida em que, o que foi dito acima, nada mais é do que a possibilidade de contratualizar diante dos processos de pequenas causas.

Assim, verifica-se que a solução buscada pelo NCPC não foi alcançada, já que se têm claramente uma mistura de valores, que não foram observados.

E, mais, não apenas no âmbito processual é observável incorreções, mas também na esfera material.

Conforme sabido, os princípios basilares do direito contratual, visivelmente elencados no CC/2002 sofrem modificações e distorções clarívidentes, tendo em vista o propósito dos princípios da autonomia privada, boa-fé objetiva e função social, isso porque, conforme dito nos itens do primeiro capítulo, os princípios se misturam, se complementam.

Dentre as várias formas de se tentar aceitar a contratualização advinda do CPC/2015, tem-se a justificativa de que o processo será como um todo respeitado, limitando o princípio da autonomia privada aos direitos fundamentais processuais:

[...] o processo é prioritariamente conduzido em ambiente não cooperativo, a participação normativamente estabelecida, conforme pressuposto, impõe aos acordos procedimentais o respeito ao formalismo democrático, que significa que a autonomia privada das partes estará embasada e limitada pelos direitos fundamentais processuais. (THEODORO JR., 2015, p. 232).

O princípio da autonomia privada foi relativizado pelo da função social, abrindo espaço ao judiciário comandar as situações de desequilíbrio contratual, criando, pois, uma incerteza do que se espera no futuro, diante de tantas antinomias.

O Código Civil de 2002 criou diversas categorias jurídicas que limitaram mais ainda o alcance do princípio da autonomia da vontade. Entre elas, o princípio da boa-fé objetiva (v. 8.5), que confere ao juiz o poder de reequacionar as condições do negócio jurídico, visando a eliminar distorções existentes, comprometedoras do equilíbrio que deve prevalecer entre o quinhão que se dá e o que se recebe (arts. 113⁸⁶ e 422⁸⁷). O art. 478⁸⁸ prevê a resolução do negócio jurídico à vista de onerosidade excessiva. No capítulo sobre defeitos dos negócios jurídicos surgiram dois vícios de consentimento: *estado de perigo* (art. 156⁸⁹) e *lesão* (art. 157⁹⁰), que

⁸⁶ Art. 113, CC/2002 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁸⁷ Art. 422, CC/2002 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁸⁸ Art. 478, CC/2002 – 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.

⁸⁹ Art. 156, CC/2002 – Configura-se o estado de perigo quando alguém, presumido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único – Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

tutelam o equilíbrio econômico dos contratos. A vedação do *enriquecimento sem causa*, previsto nos arts. 884⁹¹ e 885⁹², contribui, igualmente, para a eliminação do coeficiente de injustiça que o princípio da autonomia da vontade pode abrigar.

A *função social* do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o *abuso de direito*. A validade dos contratos não requer apenas o cumprimento dos requisitos constantes no art. 104⁹³, da Lei Civil. Além do atendimento a estes requisitos gerais é indispensável a observância dos princípios de *socialidade*, que se afinam com os valores de justiça e de progresso da sociedade. [...]

Se de um lado o princípio da autonomia da vontade comporta certos limites ditados pela *função social dos contratos* e do *valor da justiça*, rejeita todo processo de *dirigismo contratual* que vá além, seja na forma legislativa ou jurisprudencial. Além dos casos previstos diretamente no Código Civil, o juiz não está autorizado a decidir por equidade, alterando as condições livremente estipuladas pelos contratantes. O art. 4^o⁹⁴ da Lei de Introdução ao Código Civil é específico a respeito. Este é um princípio de segurança jurídica, que dá às partes a possibilidade de *um saber a que se ater*. O novo Códex proíbe as convenções que afrontem as regras de ordem pública, destacando as que visem a assegurar a função social dos contratos e da propriedade (art. 2.035, parágrafo único). (NADER, 2009, p. 24/25).

No mais, o instituto aqui estudado se apresentou como uma forma de alcançar uma maior pessoalidade ao processo judicial, trazendo o elemento da vontade para a esfera jurisdicional, o que, no presente estudo, mostrou-se frágil.

Em suma, a exposição de motivos, juntamente com a íntegra do art. 190, CPC/2015, apresenta-se, claramente, como um retrocesso ao paradigma voluntarista, apresentado no Código Civil de 1916.

O retorno ao passado pode ser verificado como uma impossibilidade de renovação, em uma era que grita por mudanças. Mudanças estas que eram esperadas com a promulgação do novo CPC, que, conforme dito acima, em nada inovou no âmbito contratual, muito antes pelo contrário, na medida em que o retrocesso ao CC/1916 pode ser visto como uma masmorra processual, podendo causar, pois, prejuízos às partes.

Assim, resta o desconforto que não se acalma, no sentido em que o NJP, grande *inovação* do processo civil brasileiro estaria realmente inovando? Não se trata apenas de uma

⁹⁰ Art. 157, CC/2002 – Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

⁹¹ Art. 884, CC/2002 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único – Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

⁹² Art. 885, CC/2002 – A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

⁹³ Art. 104, CC/2002 – A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz/ II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

⁹⁴ Art. 4º, LINDB – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

releitura de um modelo ultrapassado ou uma tentativa gritante de processualizar um instituto que já possui regulação própria?

6 CONCLUSÕES

Com a recepção do NJP no direito brasileiro, muitas são as correntes disciplinadoras do instituto, as quais se apresentam para todos os gostos – favorável ou desfavorável.

Antes de qualquer coisa, foi analisado o instituto dos contratos, sob uma ótica progressista ao longo da evolução do conceito de contrato.

Passou-se pelos modelos liberal, social e pós-moderno, trazendo à baila a noção econômica de contratos.

Chegou-se a conclusão de que a era moderna dos contratos ainda encontra suas raízes plenamente fincadas no modelo social, na medida em que o CC/2002 e a doutrina dominante ainda comungam deste modelo.

No entanto, percebeu-se a tentativa de consagrar o modelo econômico, principalmente levando em consideração a influencia crescente da economia no direito moderno.

Foram analisados os princípios constitucionais basilares do instituto contratual, sem os quais não seria possível identificar e justificar as conclusões aqui trazidas.

Concluiu-se que os princípios contratuais são complementares entre si, deixando clara a evolução do princípio da autonomia privada e sua relativização pelo princípio da função social dos contratos, princípios estes de extrema importância quando se analisa o instituto dos NJP.

Findo tal parte introdutória, foi iniciado o real objeto do presente estudo, qual seja, uma análise dos NJP dentro de uma ótica dos contratos incompletos, teoria advinda do direito econômico, objetivando demonstrar os riscos do referido instituto.

No presente trabalho, não se discutiu a necessidade de se criar mecanismos para solucionar o direito processual, tal como a proposta da exportação do instituto aqui estudado, mas sim, do seu cabimento do direito brasileiro, levando-se em consideração a análise econômica dos contratos.

Observou-se a presença de correntes discrepantes acerca do instituto, entretanto, a maioria maçante dos *doutrinadores* se posiciona de forma favorável e satisfeita com o advento do NJP, trazido pelo CPC/2015.

Considerando o instituto como um contrato incompleto, em sua essência, foi necessário trazer à tona a análise econômica do direito, inclusive, como forma a basilar o presente estudo, trazendo nova sistemática que pôde auxiliar, e muito, o direito material e, conseqüentemente o direito processual.

Em análise superficial com os contratos incompletos, teoria trazida pela análise econômica dos contratos, verificou-se uma incongruência clara do instituto com os preceitos econômicos, o que se questiona a viabilidade e eficácia dos negócios processuais.

Foram elencados, diante do fato de se considerar os NJP como incompletos, as possibilidades de solução de conflito (extrajudicial e judicial), diante de uma insatisfação de uma das partes contratuais. Possibilidades estas apresentadas para que o leitor pudesse ter uma visão clara das opções frente à insatisfação de um contrato, tendo em vista o seu inacabamento por natureza.

Passou, então, a discutir a forma usual de solução de conflitos – judicial, sob o parâmetro processual, em divergência clara ao instituto aqui estudado.

Verificou-se o retorno do paradigma voluntarista, na medida em que a vontade do homem passou-se a sobrepor os ditames processuais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao próprio princípio da função social dos contratos, um dos mais consagrados.

Discutiu-se, pois, a real inovação processual com o advento do NCPC e o instituto dos NJP, na medida em que nos termos do demonstrado, o instituto nada possui de novo, na medida em que já era possível verificar modelos de NJP típicos nos ultrapassados CPC/1939 e no CPC/1972.

Foi demonstrado ainda trechos do anteprojeto do CPC/2015, sua exposição de motivos, os quais deixam claro o real objetivo do novo CPC, celeridade processual.

Após elencar o retorno ao paradigma voluntarista e com a exposição de motivos do novo código, ficaram demonstrados os riscos que o instituto dos NJP poderá apresentar, tendo em vista a vulnerabilidade do poder judiciário frente ao acordo pactuado pelas partes.

Ainda, verificou-se a possibilidade de se estar diante de uma masmorra processual, tendo em vista o papel coadjuvante do Estado-Juiz diante de um NJP acordado entre as partes, qual seja o de homologador da paz social.

Imperioso ressaltar, que por mais que o novo instituto em nada se apresenta como novidade processual, tendo em vista o aqui exposto, diante dos variados e já consagrados modelos de NJP típicos, o grande cerne do presente estudo se encontra nos modelos atípicos, modelos estes realizados pelas partes.

Sendo assim, diante do exposto, apenas com o passar do tempo poderá se ter uma visão clara e adequada dos reais benefícios e prejuízos do instituto.

No entanto, tendo em vista os estudos aqui mencionados, conclui-se que os negócios processuais se apresentam como um instituto interessante e perspicaz, ainda passível de lapidação, porém não se aloca em perfeita harmonia com os ditames processuais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 193, p. 167-199, 2011.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Editora Almedina. 2007.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL. Anteprojeto. Código de Processo Civil, 2010. Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Senado, 2002.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Revogada pela Lei 13.105/2015, que institui sobre o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 1973.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*. *Revista Eletrônica Virtuajus*, Belo Horizonte, Ano 2, número 1, agosto de 2003. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acesso em: 25 mar. 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Editora JusPodvm, 2015.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droitfrançais. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 160, p. 61-82, 2008.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droitjudiciaireprivé*. 5.édition. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.

CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali”. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 44, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014; “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362; 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, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

CASSETTARI, Chistiano. *Elementos de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Daniel Penteadado de. Breves contribuições acerca da boa-fé objetiva e revisão contratual. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antônio Jorge (coord.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CATEB, Alexandre de Bueno. Excedentes e Peso Morto. In: Márcia Carla Pereira Ribeiro, Victor Hugo Domingues, Vinícius Klein. (Org.) *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: Editora CRV, 2016.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> . Acesso em: 25 out. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. V. 1. Ed. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Editora JusPodvm, 2015.

DIDIER JR, Fredie, Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Editora JusPodvm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 1993.

DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Ed. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Direito dos Contratos. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira. Contratos, teoria, prática e jurisprudência. 2. Ed. V. 1. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1986.

FIUZA, César. Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona Freitas; FREITAS, Carla R. C. C. Z. Direito processual e hermenêutica constitucional democrática. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coordenador); NEVES, Isabela Dias (Colaboradora). *Direito Processual: uma análise crítica no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2008.

GALLO, José Alberto Albeny. Contratos Incompletos. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. Ed. 26. 6ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de Direito Civil, Introdução – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUNQUEIRA, Gabriel José. Contratos em Geral no Código Civil de 2002 Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Imperium, 2013.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Ed. 3. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. São Paulo: Mas Limonad, 2000.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos. V. 3. Ed. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.
- MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Teoria Geral dos Contratos. V. 5. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. Ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. Ed. 39. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa do Contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.2,n.4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>. Data de acesso: 09/10/2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Contratos. V. 3. Ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; Nery Jr., Nelson. Instituições de Direito Civil – Parte Geral. V. 1, Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Fonte das Obrigações. V. 3. Ed. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 6, p. 1650-1659, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das Obrigações. Campinas: Servanda, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Flexibilização do Procedimento pelo Juiz e pelas Partes no Direito Processual Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado sob orientação da Professora Tereza A. A. Wambier. São Paulo: PUC, 2013.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, José Carlos Van Cleff de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. Manual de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHERKERKEWITX, Iso Chaitz. Contratos, Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1776.

SMITH, Adam. A Riqueza das Nações – uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Ed. 4. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 52. Ed. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 13-59, 2012.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; Pedron, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Direito Contratual Brasileiro: Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico. 2. Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 4. Ed. V. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3. Ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundamental Calouste Gulbenkian, 1997.