

O custo oculto do contrato sob tutela: a jurisprudência flexível dos tribunais superiores e o futuro da segurança contratual no Brasil

Augusto Jorge Siqueira ELIAS*

RESUMO: O crescente fenômeno da flexibilização interpretativa judicial, especialmente nas revisões contratuais fundamentadas em onerosidade excessiva e imprevisibilidade, tem se tornado um fator crítico de insegurança jurídica no Brasil. A tentativa judicial de adequação contratual via flexibilização interpretativa resulta na erosão da previsibilidade, impondo custos de transação proibitivos. Este artigo investiga criticamente esse cenário por meio de jurisprudência recente dos tribunais superiores brasileiros e propõe estratégias concretas para reduzir a divergência interpretativa, tais como o fortalecimento dos precedentes judiciais e o uso sistemático de mecanismos extrajudiciais, recuperando assim a confiança institucional nas relações contratuais.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica; revisão contratual; interpretação judicial; previsibilidade; direito privado brasileiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Segurança jurídica e relação contratual; – 2.1. A segurança jurídica como garantia de previsibilidade e calculabilidade; – 2.2. O papel do Judiciário na manutenção da segurança jurídica contratual; – 3. Flexibilização interpretativa na revisão contratual brasileira: análise dos fundamentos doutrinários e sua aplicação; – 3.1. Análise crítica da jurisprudência recente: divergências e suas consequências; – 4. Consequências práticas da flexibilização jurisprudencial para as relações contratuais: os custos econômicos e sociais da insegurança jurídica contratual; – 5. Restauração da racionalidade: o imperativo do alinhamento jurisprudencial; – 5.1. O paradoxo do CPC/2015: a ineficácia das técnicas de padronização do CPC/2015 (IRDR e repetitivos) diante da resistência cultural ao *stare decisis*; – 5.2. Incentivo aos mecanismos extrajudiciais para mitigação das divergências interpretativas: *design* contratual defensivo e desjudicialização; – 6. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *The Hidden Cost of the Contract under Guardianship: the Flexible Jurisprudence of the Superior Courts and the Future of Contractual Certainty in Brazil*

ABSTRACT: *The growing phenomenon of judicial interpretative flexibilization in contractual revisions—particularly regarding doctrines of excessive onerousness and unforeseen events—has become a critical factor of legal uncertainty in Brazil. Though aimed at adapting contracts to changing economic and social realities, this approach directly threatens the predictability fundamental to private economic relations, imposing significant costs and uncertainties for both businesses and individuals. By examining recent higher court jurisprudence, this article critically evaluates the practical consequences of such judicial trends and proposes concrete strategies, including strengthening judicial precedents and encouraging extrajudicial mechanisms, to mitigate interpretative divergences and restore institutional confidence within contractual relations.*

KEYWORDS: *Legal certainty; contract revision; judicial interpretation; predictability; Brazilian private law.*

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Legal certainty and the contractual relationship; – 2.1. Legal certainty as a guarantee of predictability and calculability; – 2.2. The role of the Judiciary in maintaining contractual legal certainty; – 3. Interpretative flexibility in Brazilian contract revision: analysis of doctrinal foundations and their

* Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento – IDP São Paulo. ORCID: orcid.org/0000-0003-1186-3285. E-mail: augustojorgesielias@outlook.com.

application; – 3.1. Critical analysis of recent case law: divergences and their consequences; – 4. Practical consequences of jurisprudential flexibility for contractual relationships: the economic and social costs of contractual legal uncertainty; – 5. Restoring rationality: the imperative of jurisprudential alignment; – 5.1. The CPC/2015 paradox: the ineffectiveness of CPC/2015 standardization techniques (IRDR and repetitive case procedures) in the face of cultural resistance to “stare decisis”; – 5.2. Encouraging extrajudicial mechanisms to mitigate interpretative divergences: defensive contract design and de-judicialization; – 6. Final considerations; – References.

1. Introdução

A incerteza nas relações contratuais brasileiras transcendeu a esfera dogmática, consolidando-se como uma barreira quantificável ao desenvolvimento nacional. Esse cenário converteu a insegurança jurisprudencial no principal vetor de risco do ambiente de negócios, banalizando a revisão contratual como regra ordinária de interpretação. Contratos que deveriam representar certezas e estabilidade, sucumbem progressivamente à imprevisibilidade, consequência direta da aplicação muitas vezes contraditória das teorias da imprevisão, onerosidade excessiva e caso fortuito ou força maior.

Este cenário desafia diretamente um dos pilares fundamentais das relações econômicas: a segurança jurídica. A previsibilidade é condição indispensável à confiança, elemento central que permite o florescimento saudável das relações contratuais e econômicas¹. Contudo, a atual jurisprudência brasileira frequentemente ignora essa premissa, resultando em consequências econômicas e sociais significativas, como aumento de custos transacionais, retração de investimentos e comprometimento da eficiência negocial.

A superação desse déficit de previsibilidade demanda uma estratégia híbrida, conjugando a rigorosa correção jurisprudencial à implementação de mecanismos extrajudiciais de mitigação de risco. Para tanto, propõe-se analisar criticamente decisões emblemáticas dos Tribunais Superiores, identificando tendências e contradições, além de sugerir caminhos práticos e concretos para mitigar a insegurança gerada.

Por fim, defende-se que a solução para esse desafio reside sobretudo na criação e fortalecimento de mecanismos extrajudiciais eficazes e no reforço da cultura dos

¹ Nas palavras de Thomas Hobbes sobre o estado de incerteza e instabilidade, por exemplo, dos tempos de guerra: “the same is consequent to the time wherein men live without other security than what their own strength, and their own invention shall furnish them withal. In such condition, there is no place for industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture of the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving, and removing, such things as require much force; no knowledge of the face of the earth; no account of time; no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short” (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Bohn, 1839, p. 113).

precedentes, como meios essenciais para assegurar um ambiente contratual mais sólido, previsível e confiável no país.

2. Segurança jurídica e relação contratual

A segurança jurídica nas relações contratuais consiste na certeza e estabilidade conferidas aos acordos validamente celebrados, de modo que as partes possam prever as consequências de seus pactos e confiar em seu cumprimento. No dizer clássico de Caio Mário, “*O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrependem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes*”.²

No mesmo sentido, Orlando Gomes ensina que “*Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades*”.³ Ao conservar a vontade das partes contra o tempo, a segurança contratual viabiliza a cooperação social e sustenta a própria estrutura do mercado. Tal juridicidade constitui o alicerce do desenvolvimento.

O postulado da segurança jurídica ancora-se na estrutura do Direito Romano, conforme a leitura de Fritz Schulz.⁴ O autor observa que, embora o sistema romano não operasse com códigos rígidos como os modernos, a segurança jurídica era garantida por uma via distinta: a confiança na ciência do direito (*Jurisprudentia*).⁵ Schulz destaca que, diante da elasticidade das fórmulas⁶ e da discricionariedade dos magistrados,⁷ a ancorava-se fundamentalmente na autoridade e na consistência dos pareceres dos juristas.⁸ Para a mentalidade romana, a certeza do direito emanava dessa orientação profissional, permitindo aos cidadãos antever as consequências de seus atos com base na tradição consolidada (*constantia*),⁹ protegendo a sociedade contra o arbítrio errático dos julgadores.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III: Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: 2014, p. 13.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 50.

⁴ SCHULZ, Fritz. *Principles of Roman Law*. 2. ed. Oxford: The Clarendon Press, 1936.

⁵ *Ibid.*, p. 246.

⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁷ *Ibid.*, p. 247.

⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁹ *Ibid.*, p. 83.

A evolução do conceito elevou a segurança jurídica ao patamar de norma-princípio (*Überprinzip*). Essa norma exige do Estado e, por consequência, do Poder Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam para a existência de um estado de confiabilidade na força da Lei.¹⁰⁻¹¹ O Direito deve servir de instrumento para que o cidadão possa, sem engano ou surpresa, conforme ensina Humberto Ávila, considerar dignamente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.¹²

Essa busca pela estabilidade evoluiu para constituir um sobreprincípio inerente ao Estado Democrático de Direito, consagrado implicitamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.¹³ Na dogmática constitucional de J.J. Gomes Canotilho, a segurança desdobra-se na “proteção da confiança” (*Vertrauensschutz*), exigindo que os atos estatais possuam “estabilidade e previsibilidade”, vedando a traição das expectativas legítimas depositadas pelos cidadãos na ordem jurídica.¹⁴ Essa previsibilidade é a condição de possibilidade da paz jurídica (*Rechtsfrieden*) presente na lição de Karl Larenz, segundo o qual a ordem jurídica só cumpre sua função pacificadora se garantir a continuidade dos efeitos jurídicos no tempo (*Rechtskontinuität*), permitindo que o indivíduo planeje sua existência com base na confiança de que a palavra empenhada sob a tutela da lei será honrada.¹⁵

Como adverte Jorge Miranda, ao retomar a lição de Gustav Radbruch, a obrigatoriedade do direito positivo pressupõe a certeza. Se os governantes – incluindo aqui os magistrados na sua função de dizer o direito – pudessem libertar-se do respeito devido às normas preestabelecidas, comprometeriam a própria segurança jurídica que legitima a sua autoridade. O Estado de Direito exige que o poder público garanta a segurança para que possa, legitimamente, impor a obediência.¹⁶

A estabilidade dos pactos subordina-se, ainda, ao imperativo ético-normativo da boa-fé objetiva. A proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) exige que a palavra empenhada e a conduta assumida gerem deveres inafastáveis de

¹⁰ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 721.

¹¹ *Ibid.*, p. 286.

¹² *Ibid.*, p. 721.

¹³ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (*Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, XXXVI).

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpr. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 264.

¹⁵ O autor alemão sustenta que a paz jurídica exige a continuidade do direito (*Rechtskontinuität*) e a proteção da confiança (*Vertrauensschutz*), sem as quais a autonomia privada se esvai (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479–484).

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115.

coerência.¹⁷ A previsibilidade normativa forma a base material da liberdade contratual,¹⁸ sem a certeza de que a palavra empenhada vincula o amanhã, a capacidade de planejamento de longo prazo colapsa, reduzindo o cidadão, agora destituído de autogoverno, à condição de refém do arbítrio estatal.¹⁹

Sob a ótica econômica, o contrato opera fundamentalmente como mecanismo de alocação de riscos e projeção de expectativas futuras, conferindo eficácia material à vontade das partes.²⁰ A obrigatoriedade do vínculo (*pacta sunt servanda*) funciona como a garantia institucional de que o futuro se comportará, dentro de limites razoáveis, conforme o desenhado no presente.²¹ Sem essa garantia de execução o instrumento contratual perde sua utilidade econômica primordial, convertendo-se em uma promessa vazia, incapaz de fomentar o investimento ou o crédito.²²

A possibilidade de revisão contratual, embora prevista no ordenamento para corrigir distorções excepcionais, deve ser interpretada como mecanismo de *ultima ratio*.²³ A

¹⁷ Sob o escrutínio econômico, a Boa-Fé Objetiva integra-se à lógica de mercado como mecanismo de redução de custos. A vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) impõe uma coerência inafastável que blinda o sistema contra *opportunistic behaviors*, preservando a base de cálculo necessária para a cooperação de longo prazo. Vide: MATTEI, Ugo. Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 18, n. 1, 1994, p. 166.

¹⁸ A liberdade econômica depende funcionalmente da estabilidade das regras. Ugo Mattei adverte que a incerteza normativa opera como um multiplicador de ineficiências: se o agente não pode antever se um dever será exigido, ele não consegue “organizar seus negócios” em torno da norma, paralisando a agência moral e econômica. MATTEI, Ugo. Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 18, n. 1, 1994, p. 563.

¹⁹ De acordo com Bocchini, o Direito deve assegurar a “calcolabilità economica delle operazioni intraprese”. Contudo, adverte-se que a busca desenfreada pela justiça no caso concreto corre o risco de converter a segurança jurídica em uma chimera, falhando em sua função primária de orientare le condotte, expondo o cidadão e o mercado à imprevisibilidade das ponderações subjetivas, em detrimento das regras vigentes (BOCCHINI, Fernando; QUADRI, Enrico. *Il contratto*. 9. ed. Torino: Giappichelli, 2022, p. 51).

²⁰ Conforme a lição clássica de Richard Posner, a função primordial do direito contratual é prevenir o comportamento oportunista e reduzir os custos de transação, alocando os riscos das contingências futuras à parte mais apta a suportá-los ou mitigá-los (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 95-100).

²¹ Na precisa lição de Enzo Roppo, o contrato opera como a “veste jurídica da operação econômica”, cuja função primordial é permitir o planejamento da atividade privada no tempo, convertendo o futuro incerto em um horizonte de previsibilidade normativa (ROPPO, Enzo. *O contratto*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-26).

²² A dogmática jurídica de matriz europeia continental converge ao identificar na estabilidade do vínculo a própria razão de ser da tutela estatal. Para Emilio Betti, a força vinculante do contrato legitima-se pela *funzione economico-sociale* do negócio jurídico, indispensável à circulação de riqueza. Ao garantir a execução, o Estado protege a utilidade social da cooperação privada (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I. Coimbra: Almedina, 1969, p. 170-175). Em linha complementar, Menezes Cordeiro sustenta que a tutela da confiança (*Vertrauensschutz*) constitui o pressuposto funcional do tráfego jurídico (*Rechtsverkehr*). A supressão da garantia de cumprimento esvaziaria o conteúdo da autonomia privada, uma vez que a validação da quebra da palavra empenhada implicaria a negação do próprio Direito como ordem de pacificação (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1234-1240).

²³ A doutrina clássica de Caio Mário da Silva Pereira ancora a teoria da imprevisão na máxima medieval *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (“os contratos de trato sucessivo e dependência futura subentendem a permanência das coisas como estavam”). Contudo, o autor adverte que a cláusula *rebus sic stantibus* não autoriza a “apreciação subjetiva do desequilíbrio”; sua aplicação exige “requisitos de apuração certa”, notadamente a ocorrência de “acontecimento extraordinário” e a “imprevisibilidade”. A resolução é terminantemente vedada quando a onerosidade provém da “álea normal”, devendo prevalecer a “execução rija do ajuste” e o princípio da obrigatoriedade, sob pena de o Direito tutelar a ruína de um contratante em benefício do outro (*Instituições de direito civil*, vol. III, cit., p. 144-150).

banalização da intervenção estatal sobre a vontade privada transforma a exceção em regra e transfere ao Poder Judiciário a prerrogativa de gerir riscos que as partes, em sua autonomia, decidiram assumir, subvertendo a lógica do sistema.²⁴ O dirigismo contratual excessivo, sob o pretexto de equidade, frequentemente desequilibra a equação econômica original do negócio, impondo ônus não calculados a uma das partes.²⁵

Portanto, a análise da segurança jurídica exige o abandono de uma visão puramente formalista em favor de uma compreensão funcional. A eficácia da segurança jurídica depende, primariamente, da previsibilidade do *enforcement*, transcendendo a simples existência formal de normas claras. Quando o Judiciário sinaliza que cláusulas de alocação de riscos podem ser desconsideradas diante de flutuações previsíveis de mercado, ele erode a base de confiança necessária para o desenvolvimento econômico, elevando o custo de transação para todos os agentes do mercado.

2.1. A segurança jurídica como garantia de previsibilidade e calculabilidade

Para compreender a extensão funcional deste fenômeno, é imperioso decompor a segurança jurídica em três ideais parciais que, somados, formam o seu conteúdo material: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade.²⁶ A cognoscibilidade refere-se ao presente, exigindo que as normas sejam inteligíveis e acessíveis; a confiabilidade volta-se ao passado, garantindo que as reações do cidadão frente ao direito pretérito sejam preservadas (estabilidade); e a calculabilidade projeta-se ao

²⁴ Richard Posner argumenta que o contrato atua como o mecanismo primário de seguro e distribuição de riscos entre as partes. A intervenção judicial *ex post*, ao alterar essa distribuição original, gera ineficiência sistêmica, uma vez que o magistrado carece das informações de mercado e da competência técnica para avaliar o risco melhor do que os próprios agentes econômicos fizeram *ex ante* (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, cit., p. 115-118). Corroborando essa tese, Alan Schwartz e Robert E. Scott demonstram que a tentativa judicial de corrigir contratos para atingir fins distributivos ou de equidade reduz o bem-estar social, pois as firmas simplesmente ajustarão os termos para neutralizar a regra. Para os autores, a soberania do texto contratual (*textualist interpretation*) é a única forma de preservar a alocação de riscos desenhada pelas partes; a reescrita judicial converte o contrato de instrumento de gestão de risco em fonte de incerteza e custo (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E., *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. *The Yale Law Journal*, vol. 113, n. 3, 2003, p. 546-569).

²⁵ As evidências empíricas confirmam que a insegurança jurídica é precificada pelo mercado. A análise técnica do Relatório de Economia Bancária de 2023 (Capítulo 3) demonstra que a inadimplência se consolidou como o componente determinante do custo do crédito no Brasil. Segundo a Tabela 3.4 do documento oficial, a participação da inadimplência na composição do spread bancário saltou para 35,7% em 2023 (ante 30,5% no ano anterior), superando largamente a margem financeira das instituições (que recuou para 19,9%). O Banco Central conclui que o encarecimento do crédito foi “impulsionado pela inadimplência”, evidenciando o subsídio cruzado onde o bom pagador financia o risco legal da recuperação de crédito (BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária - 2023*, Brasília: BCB, 2023, p. 46). Na Europa, estudos econométricos sobre o sistema bancário italiano conduzidos por Jappelli, Pagano e Bianco demonstram que, em distritos judiciais onde a execução é lenta, ocorre severo racionamento de crédito (BIANCO, Magda; JAPPELLI, Tullio; PAGANO, Marco. *Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets*, *CSEF Working Paper*, n. 58, 2002, p. 233). Em escala global, La Porta et al. confirmam que ordenamentos com fraca proteção ao credor possuem mercados de capitais atrofiados, limitando o financiamento externo (LA PORTA, Rafael et al. *Legal Determinants of External Finance*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 1997, p. 1131).

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 287.

futuro, assegurando que o indivíduo possa antecipar as consequências jurídicas dos seus atos.²⁷

A transição de uma dogmática jurídica clássica para uma análise econômica do Direito exige um refinamento conceitual entre previsibilidade e calculabilidade. Enquanto a previsibilidade se satisfaz com a antevisão qualitativa dos efeitos – a noção lógica de que determinada conduta ensejará determinada consequência jurídica – a calculabilidade (*Berechenbarkeit*) weberiana impõe uma exigência superior: a mensuração quantitativa do risco.²⁸ A racionalidade de mercado exige mais do que a ciência da norma; ela demanda a quantificação do risco de ruptura institucional, transformando a segurança jurídica em métrica financeira.²⁹ Sob essa ótica, a segurança jurídica opera fundamentalmente como instrumento de gestão de incerteza, permitindo que o mercado converta a álea judicial em risco estatístico mensurável.³⁰

Nessa lógica, Max Weber identificou que o capitalismo racional repousa sobre o pressuposto institucional da operação do Direito como mecanismo técnico. Para Weber, a racionalização da vida econômica depende de uma aplicação tão exata das regras que permita ao detentor de capital calcular as consequências jurídicas de seus investimentos com a mesma precisão matemática com que calcula seus custos operacionais.³¹

Essa necessidade de precisão não é uma demanda moderna. Essa exigência métrica é fundamental para a precificação do crédito e na atração de investimentos. Já na fundação do constitucionalismo norte-americano, James Madison alertava, em *O Federalista*, que o efeito interno de uma política mutável é calamitoso e “envenena as bênçãos da própria liberdade”.³² Para Madison, pouco vale ao povo que as leis sejam feitas por homens da sua escolha se estas sofrem alterações tão incessantes que “nenhum homem que sabe o que é hoje a lei, pode adivinhar o que será lei amanhã”.³³ A consequência econômica dessa incerteza daria uma vantagem pouco razoável aos “perspicazes e empreendedores” sobre a “industriosa e mal-informada massa do povo”, desanimando os

²⁷ Traduz-se, aqui, a fórmula desenvolvida magistralmente por ÁVILA, Humberto. *Ibid.*

²⁸ O conceito de calculabilidade (*Berechenbarkeit*) em Max Weber estabelece que o capitalismo racional exige um Direito que opere com a previsibilidade técnica de uma máquina. A aplicação da “justiça de cádi”, pautada no sentimento subjetivo de equidade do julgador, é incompatível com o mercado por impedir o cálculo racional das consequências jurídicas e o planejamento empresarial (WEBER, Max. *Economia e sociedade*, vol. 2. 4. ed. Brasília: UNB, 1991, p. 530-531).

²⁹ *Ibid.*, p. 520.

³⁰ *Ibid.*, p. 531.

³¹ *Ibid.*, p. 530-531.

³² HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2011, p. 557.

³³ *Ibid.*, p. 558.

empreendimentos úteis cujo sucesso depende da estabilidade dos preparativos existentes.³⁴

Podemos afirmar que a intangibilidade do ato jurídico perfeito constitui uma tecnologia de domínio do tempo. Esse mecanismo opera, concretamente, por meio de uma tripla funcionalidade temporal. Primeiro, atua como mecanismo de congelamento, blindando a vontade manifestada no passado (*t-o*) contra as flutuações conjunturais supervenientes (*t-n*), criando uma imunidade institucional contra o arrependimento. Segundo, opera como ferramenta de antecipação, permitindo que fluxos de riqueza futura sejam trazidos a valor presente (VPL) com taxas de desconto racionais. Terceiro, serve como instrumento de navegação, convertendo a incerteza absoluta do futuro em riscos alocados e precificados.

A força da *lex inter partes* reside na sua imunidade às conveniências políticas ou sociais supervenientes.³⁵ A jurisprudência que relativiza essa obrigatoriedade opera, sob o manto da equidade, uma expropriação silenciosa da vontade das partes.³⁶ A relativização dessa proteção desarticula a função de antecipação temporal do contrato. O Direito degenera, assim, em um mecanismo de validação momentânea de vontades, onde a liberdade de contratar se esvai, tornando-se na verdade uma aposta cujos resultados dependem, em última instância, da sensibilidade moral do magistrado de plantão.

A segurança normativa estabiliza as expectativas de comportamento, convertendo a liberdade abstrata em poder de decisão concreto, porquanto a autonomia privada constitui desdobramento direto do princípio geral da autodeterminação da pessoa, preexistente ao próprio ordenamento jurídico.³⁷ A capacidade de arquitetar projetos de longo prazo exige a garantia de que o Estado não reescreverá a história das obrigações sob o pálio de uma solidariedade superveniente; afinal, a premissa clássica permanece válida: se uma obrigação imposta pode ser injusta, uma obrigação aceita

³⁴ *Ibid.*, p. 557-558.

³⁵ Para Gomes, “nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas” (GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 230). No mesmo sentido, Roppo explica que, na ideologia do século XIX, a liberdade contratual implicava uma responsabilidade ilimitada pelos compromissos, configurados como um vínculo tão forte que se equiparava à lei, imune a interferências (ROPPO, Enzo. *O contrato*, p. 35).

³⁶ O fenômeno descritivo dessa substituição da vontade é conceituado na doutrina italiana como a “intervenção substitutiva”, momento em que, textualmente, “a heteronomia reverte a autonomia” (*l’eteronomia ribalta l’autonomia*), impondo uma determinação autoritativa sobre o pacto privado. Contudo, impende destacar o distinguishing fundamental: enquanto no modelo do art. 1419 do Codice Civile essa substituição opera “de pleno direito” por força de norma imperativa prévia (preservando a calculabilidade), a crítica aqui tecida recai sobre a substituição operada pela equidade judicial subjetiva, desprovida de tipicidade legal e, portanto, de previsibilidade. Vide: BOCCHINI, Fernando; QUADRI, Enrico. *Il contratto*, cit., p. 234.

³⁷ FLUME, Werner. *El negocio juridico*. 4. ed. Madrid: Fundacion Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

voluntariamente presume-se justa, dispensando o dirigismo corretivo.³⁸ A tutela jurisdicional da confiança representa o reconhecimento de que a maturidade cívica pressupõe a autorresponsabilidade, pois a responsabilidade é a contrapartida necessária ao reconhecimento da autonomia privada: aqueles dotados de capacidade negocial se autovinculam e, portanto, respondem.³⁹ A demanda por tutela paternalista ignora a vedação dogmática à alteração do contrato pelo juiz, mesmo sob fundamentos humanitários.⁴⁰

2.2. O papel do Judiciário na manutenção da segurança jurídica contratual

Essa demanda por tutela, contudo, não encontra amparo no desenho institucional brasileiro. Ao inaugurar o Estado Democrático de Direito, a Carta de 1988 fundou a organização social no primado da legalidade, vedando o solipsismo decisório que tenta substituir a intersubjetividade da norma por concepções particulares de justiça.⁴¹

Ao Poder Judiciário, na arquitetura da separação de poderes, foi confiada a missão de aplicar contenciosamente a lei com neutralidade ética e domínio técnico, conectando a norma geral e o conflito concreto, sem que lhe seja autorizado substituir a vontade política cristalizada na legislação por sua própria visão de mundo.⁴² A intervenção judicial sobre as escolhas privadas e legislativas encontra limites rígidos; assegurado um mínimo de liberdade para a conformação das relações, não é dado ao julgador sobrepor a sua escolha à dos agentes competentes sem a demonstração de um motivo manifesto de invalidade, sob pena de violar a prerrogativa funcional dos demais poderes e a autonomia dos cidadãos.⁴³

³⁸ TERRÉ, François *et al.* *Droit civil: les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 34.

³⁹ “A responsabilidade (como princípio do Direito das Obrigações) é contrapartida necessária ao reconhecimento da autonomia privada [...] Aqueles dotados de capacidade negocial, todavia, se autovinculam e respondem” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 257).

⁴⁰ Como dito por PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III, cit., p. 126.

⁴¹ Para Alexandre José Paiva da Silva Melo, a ordem constitucional instaura o reinado da intersubjetividade como antítese ao poder pessoal; ao comentar o inciso II do art. 5º, o autor sentencia que somente a matriz democrática do direito possui a legitimidade necessária para salvaguardar a sociedade dos riscos do autoritarismo (SILVA MELO, Alexandre José Paiva da. Art. 5º, *caput* e incisos I, II e III. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

⁴² Há que se pontuar que parte do problema de confiança no Estado advém também de uma crescente desesperança no poder Legislativo. Essa patologia confirma o diagnóstico preciso da teórica alemã Ingeborg Maus. Ao observar a ascensão de uma “justiça de valores” em detrimento da aplicação da lei, Maus adverte que o Judiciário assume a função psicanalítica de “Superego de uma sociedade órfã”. Diante da omissão do Legislativo e da imaturidade política da sociedade civil para resolver seus próprios conflitos distributivos, o juiz é convocado a atuar como a figura paterna substituta, distribuindo “justiça” com base em critérios morais subjetivos, e não mais na generalidade da norma democrática (MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17 e ss.).

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 214.

A missão institucional do Poder Judiciário na seara contratual circunscreve-se à garantia da eficácia da vontade declarada (*enforcement*).⁴⁴ Ao magistrado não foi outorgado o mandato de revisor universal da conveniência econômica dos pactos, nem a função de curador de interesses privados de agentes capazes.⁴⁵⁻⁴⁶ Sua intervenção legitima-se estritamente na verificação da licitude do objeto e na preservação dos pressupostos de validade do negócio. Qualquer incursão que ultrapasse essa fronteira para adentrar o mérito do equilíbrio financeiro subjetivo, sob o pálio de uma solidariedade abstrata, constitui usurpação da autonomia privada e fonte primária de arbítrio.

Contudo, a praxe forense brasileira revela uma patologia estrutural: a contaminação da técnica jurídica por um paternalismo ineficiente.⁴⁷ A substituição da alocação de riscos *ex ante* por uma redistribuição *ex post* fomenta o *moral hazard*. Tal postura incentiva a imprudência, pois permite ao contratante internalizar os lucros do sucesso enquanto socializa os prejuízos do fracasso via revisão judicial. Essa postura viola frontalmente o princípio da autorresponsabilidade.⁴⁸ A tutela excessiva, ironicamente, infantiliza o sujeito de direito, retirando-lhe a responsabilidade pelos próprios atos e condenando-o a uma perene menoridade cívica.

A esse desvio ético soma-se uma falha cognitiva: o Viés Retrospectivo. Violando o princípio do *tempus regit actum*, o julgador incorre no erro de avaliar a racionalidade do risco com base no evento danoso já consumado. Essa análise *ex post* converte probabilidades remotas em previsibilidades óbvias, anulando a aleatoriedade inerente

⁴⁴ Não podemos nos esquecer da lição de Montesquieu, escrita sob a égide da monarquia absolutista francesa. Para o filósofo, embora os tribunais não devam ser fixos, os julgamentos devem ser fixos a tal ponto que nunca sejam nada além de um texto preciso da lei. Se os julgamentos fossem apenas a opinião particular do juiz, viveríamos em uma sociedade sem saber precisamente quais compromissos contraímos (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de. *The Spirit of the Laws*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1989, p. 158).

⁴⁵ “A segurança da vida privada repousa sobre a certeza de que o Judiciário não exerce força nem vontade, mas apenas julgamento” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*, cit., p. 683).

⁴⁶ Como alerta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em um Estado Democrático, a definição do interesse geral e a alocação de recursos cabem aos representantes eleitos, e não ao magistrado. A democracia exige que esses magistrados sejam controlados pela lei feita pelos representantes do povo, sob pena de o poder judicial se tornar um poder político sem responsabilidade política. A pretensão do juiz de corrigir “injustiças” contratuais com base em valores subjetivos transforma o processo em um instrumento de arbítrio, pois, se o governo se serviu inconvenientemente de suas faculdades, cabe ao Congresso julgar, sendo essa a questão política; mas se transpôs os limites legais, pertence à justiça decidir, sendo essa a questão jurídica (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209, 232).

⁴⁷ Como nota Antoine Garapon, ao analisar a degradação do ritual jurídico contemporâneo, a justiça despe-se de sua necessária distância técnica para converter-se em uma instância de compaixão e proximidade. O magistrado, travestido de agente social, abandona a condição de guardião das promessas (contratos e leis) para atuar como terapeuta de infortúnios individuais. O resultado dessa moralização do direito, contudo, longe de ser sinal de aprimoramento ético da sociedade, é evidência de sua infantilização: ao transferir para o “pai-juiz” a responsabilidade por corrigir os riscos da vida e do mercado, o cidadão abdica de sua autonomia privada e política, regredindo à condição de súdito tutelado (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 175-177).

⁴⁸ Werner Flume ensina que a ordem jurídica, ao conceder o poder de autodeterminação (*Selbstbestimmung*), impõe concomitantemente o ônus da responsabilidade (*Selbstverantwortung*) pelos próprios atos. Para o autor, a tentativa estatal de proteger o indivíduo contra os riscos assumidos em contrato nega sua qualidade de sujeito moral e destrói a essência do tráfico jurídico (FLUME, Werner. *El negocio juridico*, cit., p. 89 e ss.).

ao contrato. Tal revisão, viciada pelo resultado, desmantela os incentivos à autoproteção e inviabiliza o cálculo atuarial necessário à economia de mercado.⁴⁹

A volubilidade jurisprudencial das Cortes Superiores agudiza esse quadro de anomia. A coexistência de precedentes antagônicos e a oscilação hermenêutica sobre temas basilares impedem a sedimentação de expectativas normativas. Quando o STJ ou o STF recorrem a distinções puramente retóricas para evadir-se da aplicação de seus próprios precedentes vinculantes, sabotam a autoridade do Direito que juraram guardar.⁵⁰ A jurisprudência, despida de integridade e coerência, deixa de ser farol de orientação para converter-se em fator de risco soberano, impondo aos jurisdicionados a tarefa impossível de decifrar o “humor” momentâneo dos tribunais.⁵¹

Por fim, a ingerência judicial no preço tropeça na arrogância epistêmica. Ignorando a complexidade da cadeia de valor, o magistrado tenta arbitrar um valor justo sem deter as informações dispersas de escassez e risco que apenas o sistema de preços consegue processar.⁵² Essa extrapolação da capacidade institucional introduz ruído econômico,

⁴⁹ A falha cognitiva do julgamento *ex post* é o pilar central da Behavioral Law and Economics. Cass Sunstein, Richard Thaler e Christine Jolls demonstram que o viés retrospectivo impede o julgador de reconstituir a incerteza *ex ante* enfrentada pelas partes. O fato de o dano ter ocorrido faz com que a probabilidade atribuída ao evento salte de “remota” para “inevitável” na mente do juiz, gerando condenações injustas e revisões contratuais ineficientes que ignoram a taxa de risco original (SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, 1998, p. 1523-1527). Para aprofundamento específico sobre Juízes: Vide também Jeffrey Rachlinski, que comprovou empiricamente que juízes togados são tão suscetíveis a esse viés quanto os leigos (RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, vol. 65, n. 2, 1998, p. 571-625).

⁵⁰ A demonstração empírica dessa deterioração, materializada na oscilação pendular de precedentes sobre temas cruciais como garantias locatícias e repetição de indébito, será objeto de análise detida no item 2.2 deste trabalho.

⁵¹ A tentativa de constitucionalizar todas as relações privadas sob o pretexto de eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais ignora a distinção estrutural entre Estado e sociedade. Como ensina Jorge Miranda, A sociedade não entra no Estado porque existe uma vasta teia de relações sociais, econômicas e privadas que se desenvolve fora da atividade política e que não deve ser automaticamente absorvida pela lógica estatal. A autonomia privada é um espaço de liberdade que o Estado deve garantir, e não colonizar com uma tutela paternalista que presume a incapacidade dos cidadãos de gerirem seus próprios interesses (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I: Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais. 6. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 18).

⁵² Análise Econômica do Direito e a teoria contratual contemporânea convergem aqui. Richard Epstein denuncia que o excesso de tutela parte da falsa premissa de que os indivíduos são estruturalmente incapazes de gerir seus interesses (“*incompetent agents*”), gerando o atrofiamento da responsabilidade individual e destruindo o mecanismo de aprendizado do mercado (EPSTEIN, Richard A. (Org.). *Simple rules for a complex world*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995, p. 71-75). Aprofundando o viés comportamental, Mario J. Rizzo e Glen Whitman argumentam que essa curadoria provocada reduz o sujeito de direito à condição de “fantoche” (*puppet*), bloqueando a adaptação necessária à maturidade econômica (RIZZO, Mario J.; WHITMAN, Glen. *Escaping paternalism: rationality, behavioral economics, and public policy*. Cambridge, United Kingdom New York, NY: Cambridge University Press, 2020, p. 310 e ss.). Ademais, a transferência da decisão para o Estado reduz o bem-estar social, pois, como demonstra Edward Glaeser, burocratas e juízes estão sujeitos aos mesmos vieses cognitivos dos cidadãos, mas com incentivos piores, já que não sofrem os custos diretos de seus erros (GLAESER, Edward. *Paternalism and Psychology*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2005). Por fim, Alan Schwartz e Robert E. Scott sustentam que a dignidade da “soberania pessoal” exige o respeito às preferências reveladas no contrato, sob pena de o intervencionismo degradar a autonomia privada a uma liberdade vigiada (SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, cit.).

desorganizando a alocação de recursos. A troca da métrica impessoal de preços pela sensibilidade individual do magistrado resulta apenas na institucionalização da incerteza e na ineficiência econômica, falhando na promessa assumida de equilíbrio contratual.

Impõe-se, portanto, a conclusão de que a mais elevada contribuição que o Poder Judiciário pode ofertar ao desenvolvimento nacional reside na virtude da autocontenção (*judicial restraint*). O respeito inegociável à palavra empenhada, ainda que isso implique o rigor da execução, constitui a pedra angular da maturação institucional. Ao garantir a incolumidade dos contratos, o Estado-Juiz fortalece a responsabilidade individual e restaura a confiança nas instituições, requisitos *sine qua non* para um ambiente de negócios próspero e para a verdadeira justiça, que no Estado de Direito realiza-se através da previsibilidade da aplicação da lei, e não pela distribuição casuística de favores judiciais.

Todavia, essa arquitetura de estabilidade enfrenta hoje um processo erosivo silencioso, operado pela sua releitura subjetiva do texto da lei, onde a segurança da regra posta cede lugar à incerteza do voluntarismo hermenêutico.

3. Flexibilização interpretativa na revisão contratual brasileira

A flexibilização interpretativa no direito contratual brasileiro constitui o resultado acumulado de um longo processo de erosão da tipicidade em favor de cláusulas gerais abertas. A promessa de justiça contratual, desenhada originariamente para situações excepcionalíssimas, converteu-se em instrumento de gestão judicial da economia dos contratos, gerando um cenário de incerteza sistêmica que a Análise Econômica do Direito classifica como custo de transação proibitivo.⁵³

Historicamente, a recepção da teoria da revisão contratual no Brasil distanciou-se da rigidez de suas origens europeias, sendo moldada menos pela dogmática pura e mais pela premente necessidade econômica. Diante do vácuo legislativo do Código Civil de 1916 e impulsionada pelos efeitos devastadores da Crise de 1929, a prática judiciária nacional inaugurou uma fase de intervenção nos pactos. Influenciada pela doutrina de Arnaldo Medeiros da Fonseca, que propunha substituir a rigidez da imprevisibilidade absoluta

⁵³ Oliver Hart demonstra que a interferência judicial ex post inviabiliza contratos complexos ao destruir a alocação eficiente de direitos (HART, Oliver D. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Paperback ed., reprint. Oxford: Clarendon Press, 2009). Djankov e Shleifer comprovam que o ativismo judicial atua como barreira de mercado, restringindo a oferta de crédito a níveis de exclusão (DJANKOV, S. *et al.* Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n. 2, 2003, p. 453-517). Por fim, Steven Shavell modela como a imprecisão das cortes exige prêmios de risco que tornam a operação economicamente impraticável (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004).

pelo critério da inevitabilidade, a jurisprudência, notadamente através de magistrados como Nelson Hungria, passou a admitir a revisão com base na equidade e em critérios elásticos, antecipando em décadas a solução legislativa para reequilibrar contratos atingidos pela instabilidade monetária.⁵⁴

Essa tendência flexibilizadora consolidou-se normativamente com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, que operou uma ruptura dogmática no sistema. Ao consagrar a Teoria da Base do Negócio Jurídico (*Geschäftsgrundlage*), o legislador abandonou a exigência subjetiva da imprevisão francesa. Conforme o art. 6º, V, do diploma, a revisão contratual nas relações de consumo dispensa o requisito da imprevisibilidade, bastando a constatação objetiva da onerosidade excessiva superveniente para autorizar a restauração do sinalagma, confirmando a vocação do direito brasileiro para uma tutela do equilíbrio contratual mais ampla que a de matriz civilista clássica.⁵⁵

Ao nosso ver, a ruptura metodológica e a origem da atual insegurança jurídica reside na contaminação operada após a vigência do Código Civil de 2002. Embora a legislação civil tenha adotado expressamente a teoria da onerosidade excessiva (art. 478), exigindo a cumulação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis com a extrema vantagem para uma das partes, a jurisprudência dos tribunais superiores frequentemente importa, de forma assistemática, a lógica protetiva do CDC para contratos empresariais e civis paritários.⁵⁶⁻⁵⁷

⁵⁴ A construção pretoriana da revisão no Brasil foi uma resposta institucional à rigidez do Código de 1916 frente à realidade inflacionária. Arnaldo Medeiros da Fonseca, em obra seminal, já asseverava que a “condição objetiva fundamental” para a revisão não seria a imprevisibilidade, mas sim a inevitabilidade dos efeitos econômicos. Apoiados nessa premissa, tribunais liderados por juristas como Nelson Hungria aplicaram a teoria para mitigar os efeitos da Crise de 1929, solidificando uma jurisprudência de equidade (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 29, n. 114, 1992, p. 263-282).

⁵⁵ A transição para o critério objetivo é detalhada por Cláudia Lima Marques, que aponta a adoção da teoria da base do negócio como uma evolução em relação à *rebus sic stantibus*. Para a autora, o art. 6º, V, do CDC inova ao permitir a revisão por simples onerosidade excessiva, a “quebra da base do contrato”, dispensando o elemento da imprevisibilidade e focando estritamente no reequilíbrio da equação econômica das partes na relação (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1056-1061).

⁵⁶ A doutrina denuncia esse fenômeno como uma “pan-consumerização” do Direito Civil, onde a lógica da vulnerabilidade é transplantada indevidamente para relações paritárias. Otavio Luiz Rodrigues Jr. adverte que a interpretação frouxa do art. 478 do CC/02, contaminada pelo art. 6º, V, do CDC, converte a revisão contratual em seguro gratuito contra o risco do negócio (MARQUES, Kassio Nunes. *Segurança jurídica para o desenvolvimento econômico: análises de impactos legislativos*. Rio de Janeiro: J & C, 2022).

⁵⁷ Essa tendência verifica-se nos seguintes precedentes do STJ: a) *REsp 472.594/SP*, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12/02/2003: *leading case* que determinou a repartição equitativa (50%/50%) dos ônus da variação cambial em contrato de *leasing* empresarial, aplicando a onerosidade excessiva objetiva; b) *AgRg no REsp 292.571/MG*, Rel. Min. Castro Filho, j. 26/03/2002: mitigou a natureza empresarial do crédito rural, aplicando as normas protetivas do CDC para revisar encargos da atividade produtiva; c) *REsp 1.195.642/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/11/2012: aplicou a “teoria finalista mitigada” para enquadrar pessoa jurídica como consumidora em contrato de insumos, autorizando a revisão; d) *REsp 1.186.789/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/03/2014: reduziu equitativamente a cláusula penal em contrato de exclusividade de apresentador de TV (Caso Celso de Freitas), utilizando a função social (art. 413, CC) para mitigar a autonomia privada; e) *REsp 169.300/RS*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/08/1998: antes mesmo do advento do CC/02, já aplicou princípios consumeristas a contrato bancário anterior ao CDC, reduzindo encargos com base na equidade.

Essa “consumerização” indevida do direito civil desfigura o instituto da revisão, permitindo a transferência de riscos inerentes à álea negocial ao credor sob o pretexto de reequilíbrio econômico.

Dados empíricos e estudos de jurimetria corroboram o impacto dessa postura. Relatórios focados no ambiente de negócios apontam que a instabilidade gerada por decisões que relativizam o pactuado figura entre os principais entraves ao investimento de longo prazo no país.⁵⁸ A incerteza quanto à manutenção das cláusulas de preço e risco obriga os agentes econômicos a embutirem nos contratos um prêmio de risco jurídico, encarecendo o crédito e reduzindo a eficiência global do mercado. A ausência de uma fronteira clara entre a álea normal e a álea extraordinária transformou o Judiciário em instância revisora de preços, função para a qual carece tanto de legitimidade democrática quanto de capacidade institucional para processar as complexas variáveis de mercado.

Nesse contexto, a flexibilização transfigura-se em risco institucional. A evolução jurisprudencial recente demonstra que a aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva ocorre muitas vezes desvinculada dos rigores dogmáticos originais, fundamentando-se em conceitos indeterminados como função social e boa-

⁵⁸ A decomposição do Indicador de Custo do Crédito (ICC) do Banco Central revela que a inadimplência e o custo de recuperação das garantias constituem as variáveis preponderantes na formação da taxa de juros. A decomposição do ICC nos Relatórios de Economia Bancária (REB) do Banco Central (2003-2023) demonstra a rigidez estrutural dos custos de inadimplência e de administração: (i) 2003: No marco inicial da nossa série, o regulador já identificava a “cunha fiscal e o risco da inadimplência” como componentes de custo superiores à margem líquida bancária. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária e Crédito – 2003: Avaliação de 4 Anos do Projeto Juros e Spread Bancário*, Brasília: Banco Central do Brasil, 2004, p. 17; (ii) 2008: Sob o impacto da crise global, a decomposição apontou a inadimplência como o vetor de pressão altista, impedindo a queda do spread. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária e Crédito - 2008*, Brasília: BCB, 2008, p. 19; (iii) 2011: Mesmo em cenário de pleno emprego, os custos administrativos e de inadimplência mantiveram-se elevados, limitando a redução do custo final ao tomador. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária e Crédito - 2011*, Brasília: BCB, 2011, cap. 1; (iv) 2017: No pós-recessão, a inadimplência respondeu por 37,4% da composição do spread do ICC, enquanto a margem financeira representou apenas 14,9%, evidenciando o peso desproporcional do risco de crédito. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária - 2017*, Brasília: BCB, 2017, cap. 2; (v) 2019: Com a Selic na mínima histórica, a estrutura de custos permaneceu rígida: a inadimplência (30,9%) e as despesas administrativas continuaram a superar a margem financeira (21,5%), demonstrando a ineficácia da política monetária isolada para reduzir o spread sem correção institucional. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária - 2019*, Brasília: BCB, 2019, cap. 2; (vi) 2023: O relatório mais recente reafirma o padrão, com a inadimplência (35,7%) consolidada como o principal componente do custo, em detrimento da margem financeira (12,46%), que sofreu retração. BRASIL. *Relatório de Economia Bancária - 2023*, cap. 2; A tese de que o spread bancário brasileiro decorre preponderantemente de falhas institucionais e do risco (e não de mero poder de monopólio) é corroborada pela literatura econométrica. Em estudo utilizando o Método dos Momentos Generalizados (GMM) em um painel de 142 instituições, Afanasieff, Lhacer e Nakane demonstraram que as variáveis de risco da taxa de juros e custos administrativos possuem significância estatística superior às variáveis de estrutura de mercado na determinação do spread. Os autores concluem que a instabilidade do ambiente econômico-institucional é o fator preponderante para a manutenção das taxas elevadas (AFANASIEFF, Tarsila Segalla; LHACER, Priscilla Maria Villa. *The Determinants of Bank Interest Spread in Brazil*, cit., p. 13, 17).

fé sem a devida densificação argumentativa.⁵⁹ Tal prática resulta em um paradoxo: na tentativa de promover uma justiça material casuística, o sistema judiciário compromete a justiça formal e a previsibilidade necessárias para o desenvolvimento econômico sustentável.

3.1. Análise crítica da jurisprudência recente: divergências e suas consequências

A abstração teórica ganha materialidade concreta quando confrontada com a jurimetria das Cortes Superiores. A análise de cinco casos paradigmáticos julgados na última década revela um padrão institucional que transcende a mera evolução do direito para configurar um mecanismo de gestão estocástica de riscos, onde a regra de decisão varia pendularmente em curtos lapsos temporais.

O primeiro vetor de instabilidade reside na reescrita judicial de cláusulas contratuais de saúde suplementar. Durante anos, a 3ª Turma do STJ consolidou a tese do caráter exemplificativo do Rol da ANS (REsp 1.876.630/SP), induzindo o mercado a uma lógica de proteção integral. Contudo, em junho de 2022, a 2ª Seção operou um *overruling* radical no EREsp 1.886.929/SP, definindo a taxatividade da lista e alterando, de inopino, a base atuarial do setor. A decisão frustrou a expectativa legítima de milhões de usuários e gerou repercussão social negativa suficiente para exigir a edição imediata da Lei n. 14.454/2022, restaurando a interpretação original e evidenciando o descompasso entre a Corte, o Legislativo e a sociedade.

Idêntica volatilidade dominou o regime da prescrição contratual, submetendo o mercado a quase uma década de indefinição sobre o “prazo de validade” do passivo empresarial. Enquanto a 3ª Turma aplicava o prazo trienal da reparação civil (REsp 1.281.090/SP), a 4ª Turma insistia na regra geral decenal (AgRg no REsp 1.591.223/PR). Criou-se uma

⁵⁹ A análise da jurisprudência revela uma progressiva erosão da força obrigatória dos contratos, iniciando-se com a importação de doutrinas limitadoras de direitos e culminando na intervenção direta em cláusulas penais e na tipicidade contratual. Essa evolução verifica-se na linha do tempo abaixo: a) REsp 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17/06/2010: importou o *duty to mitigate the loss* para impedir que o credor cobrasse encargos acumulados durante sua inércia, limitando o direito de crédito com base na boa-fé objetiva; b) REsp 1.051.270/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/08/2011: aplicou a “teoria do adimplemento substancial” para impedir a reintegração de posse em *leasing* (devedor com 86% pago), relativizando a garantia real sob a ótica da função social; c) REsp 1.195.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/11/2012: aplicou a “teoria finalista mitigada” para enquadrar pessoa jurídica como consumidora em contrato de insumos, autorizando a revisão de cláusulas pela vulnerabilidade técnica; d) AgInt no AREsp 681.409/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 07/02/2019: consolidou o poder-dever do juiz de reduzir *de ofício* a cláusula penal em contratos empresariais (art. 413, CC), mitigando a autonomia privada e a preclusão; e) REsp 1.820.330/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/11/2020 (Tema 1002): ao disciplinar os distratos, consolidou a premissa de que o promitente comprador inadimplente tem direito potestativo à resilição unilateral (transformando a compra e venda em opção), ainda que limitando a retenção.

“loteria judiciária” onde o direito material dependia exclusivamente da distribuição do processo. A pacificação pelo prazo de dez anos, ocorrida apenas em 2019 (EREsp 1.280.825/RJ), manteve o passivo de insegurança gerado pela convivência duradoura de teses inconciliáveis dentro do mesmo tribunal.

A oscilação contamina também a precificação do risco imobiliário, onde a Corte Superior ajustou sua hermenêutica à conjuntura econômica. Durante o *boom* do setor, a jurisprudência (AgRg no REsp 1.202.506/RJ) utilizava o dano moral presumido (*in re ipsa*) pelo atraso de obra como *punitive damage* implícito. Com a crise das construtoras, o Tribunal reverteu o entendimento (REsp 1.641.037/SP) para exigir prova cabal de lesão extraordinária. Tal plasticidade interpretativa, sensível a pressões exógenas, retira do contrato sua função de isolamento de riscos, transformando-o em instrumento de política econômica judiciária.

Ainda mais grave apresentou-se a desarticulação das garantias locatícias promovida pelo dissenso entre STF e STJ. A fiança em locação comercial, pilar dos contratos empresariais, viu sua eficácia suspensa quando a 1ª Turma do STF (RE 605.709), em 2018, inovou ao distinguir a locação comercial da residencial para fins de impenhorabilidade do bem de família. O STJ passou a derrubar penhoras validamente constituídas até que o Supremo, quatro anos depois, reafirmasse a constitucionalidade da constrição no Tema 1.127. Nesse interregno, o mercado operou sob uma zona de ineficácia das garantias, encarecendo os custos de transação.

Por fim, a reescrita judicial do risco atingiu o regime da repetição de indébito. Por décadas, a Súmula 159 do STF e a jurisprudência do STJ exigiram a comprovação de má-fé para a devolução em dobro. Em 2020, contudo, a Corte Especial (EAREsp 676.608/RS) dispensou o elemento volitivo, estabelecendo que a conduta contrária à “boa-fé objetiva” basta para a penalidade. Essa decisão transformou, retroativamente, erros operacionais sistêmicos em condutas puníveis, multiplicando o passivo oculto de contratos de massa e ignorando a legítima expectativa criada por anos de jurisprudência consolidada.

Esses cinco exemplos compõem apenas a amostra preliminar de um problema sistêmico. Um levantamento ampliado da jurisprudência dos últimos 15 anos identifica, pelo menos, outros 15 casos de alterações radicais de precedentes ou divergências internas

graves que impactaram diretamente o ambiente de negócios.⁶⁰ Tal cenário demonstra que a insegurança se revela menos como acidente e mais como método de governo judicial.

4. Consequências práticas da flexibilização jurisprudencial para as relações contratuais: custos econômicos e sociais da insegurança jurídica contratual

A tradução econômica da instabilidade jurisprudencial descrita compõe uma fatia determinante do *spread* bancário e do custo de vida no Brasil. Quando o Judiciário relativiza garantias reais (como visto nos casos de alienação fiduciária e busca e apreensão), o mercado reage precificando a incerteza na taxa de juros. Dados do Relatório de Economia Bancária do Banco Central confirmam que o custo de recuperação de crédito e a inadimplência, inflados pela dificuldade de execução contratual, respondem por mais de 30% do *spread* no país.⁶¹ Na prática, a proteção desmedida ao devedor inadimplente em um processo judicial específico resulta na restrição do crédito e no encarecimento dos juros para a totalidade dos bons pagadores, gerando um efeito de subsídio cruzado perverso onde a sociedade financia a ineficiência da execução judicial.⁶²

⁶⁰ a) Impenhorabilidade Salarial: Transição da regra absoluta (CPC/Art. 833, IV) para a mitigação pretoriana baseada no “mínimo existencial” (STJ, REsp 1.582.475/MG), subjetivando a execução. b) Alienação Fiduciária de Imóveis: Conflito sobre a aplicação do art. 53 do CDC (devolução de valores) versus Lei 9.514/97, pacificado apenas em 2022 com a prevalência da lei especial (STJ, Tema 1.095). c) Coisa Julgada Tributária: A relativização automática e imediata da coisa julgada por mudança de entendimento do STF (Temas 881 e 885), criando passivos retroativos para contribuintes antes isentos. d) Taxa de Juros Legal (Art. 406 CC): Indefinição de duas décadas entre 1% a.m. e Selic, finalizada com a fixação da Selic sem correção monetária em 2024 (STJ, REsp 1.795.982/SP), gerando juro real negativo em certos períodos. e) Revisão da Vida Toda: A anulação, em 2024, de um direito previdenciário reconhecido pelo próprio Plenário do STF em 2022 (Tema 1.102 vs. ADIs 2.110/2.111), revertendo o resultado de milhares de processos. f) Recuperação Judicial do Produtor Rural: Mudança permitindo a contagem de tempo de atividade anterior ao registro formal, alterando o risco de crédito retroativamente (STJ, REsp 1.800.032/MT). g) Vínculo em Plataformas Digitais (“Uberização”): Conflito institucional entre TST (reconhecendo vínculo) e STF (cassando decisões via Reclamação e Tema 725), criando dupla sinalização normativa. h) Terceirização de Atividade-Fim: Superação da histórica Súmula 331 do TST pelo STF (ADPF 324), validando modelos de negócio antes considerados ilícitos trabalhistas. i) Comissão de Corretagem: Divergência sobre “venda casada” resolvida apenas com a validação condicionada ao dever de informação (STJ, Tema 938). j) Taxa de Conveniência (Ticketing): Declaração de ilegalidade total em 2019 (REsp 1.737.428/RS) seguida de recuo e distinções (*distinguishing*) para evitar colapso do setor de eventos. k) Honorários de Sucumbência: Fixação da tese da legalidade estrita pelo STJ (Tema 1.076) seguida de suspensão e rediscussão constitucional pelo STF (Tema 1.255), mantendo a incerteza remuneratória. l) Eficácia Territorial da ACP: Derrubada da restrição territorial do art. 16 da LACP pelo STF (Tema 1.075), expandindo o risco de decisões locais para nível nacional. m) Base de Cálculo do ITBI: Disputa entre “Pauta Fiscal” municipal e valor da transação, pacificada a favor do contribuinte em 2022 (STJ, Tema 1.113), ainda alvo de resistência administrativa. n) Responsabilidade Aérea Internacional: Mudança de paradigma da aplicação do CDC (reparação integral) para os Tratados Internacionais (indenização tarifada) pelo STF (Tema 210). o) Fraude à Execução Fiscal: Tensão permanente entre a proteção do comprador de boa-fé (Súmula 375/STJ) e a presunção absoluta de fraude em dívidas fiscais (Tema 290/STJ).

⁶¹ Sobre a decomposição do *spread* e o impacto do custo administrativo e da inadimplência, vide a análise detalhada na nota 58.

⁶² Vide NAKAMURA, João. Brasil tem 2º maior juro real do mundo; veja *ranking*. *CNN Brasil*, 2025.

No setor de infraestrutura e construção civil, a oscilação hermenêutica sobre os distratos imobiliários cobrou um preço bilionário. Antes da pacificação legislativa (Lei 13.786/2018), a jurisprudência permissiva que autorizava a rescisão unilateral com devolução de até 90% dos valores pagos paralisou o setor. Segundo levantamento da agência de classificação de risco *Fitch Ratings* e da CBIC, a insegurança jurídica gerou um rombo de bilhões de reais às incorporadoras, levando empresas à recuperação judicial e travando o lançamento de novos empreendimentos.⁶³ O resultado social imediato foi a destruição de postos de trabalho na construção civil, o setor que mais emprega mão de obra de base, demonstrando como a tentativa do Judiciário de proteger o consumidor individualmente acabou por prejudicar a coletividade de trabalhadores e adquirentes de imóveis.⁶⁴

A saúde suplementar oferece o exemplo mais dramático da correlação entre ativismo judicial e exclusão social. A “loteria” sobre o caráter do rol da ANS e a explosão de liminares concedendo tratamentos fora do contrato impuseram ao setor um custo adicional de bilhões de reais anuais apenas com a judicialização, conforme dados da FenaSaúde.⁶⁵ A imprevisibilidade atuarial converteu-se em barreira econômica: incapazes de absorver o risco judicial, as pequenas operadoras sucumbem, enquanto as grandes repassam a conta via reajustes recordes.⁶⁶ O resultado é um ciclo de exclusão que devolve milhões de beneficiários ao Estado, colapsando o SUS sob o peso de uma demanda que a iniciativa privada foi juridicamente impedida de gerenciar.

A instabilidade afeta também o microempreendedorismo através da insegurança nos contratos de locação comercial. A oscilação jurisprudencial sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador elevou as barreiras de entrada para novos negócios. Diante do risco de a garantia ser anulada pelo STF ou STJ anos após a assinatura do contrato, locadores passaram a exigir garantias mais onerosas, como o seguro-fiança ou títulos de capitalização, que custam múltiplas vezes o valor do aluguel.⁶⁷ Essa barreira financeira, imposta pela incerteza da execução, asfixia o pequeno comerciante na origem,

⁶³ O impacto é documentado: “Distratos custaram R\$ 7,5 bilhões às construtoras”, reportou a Exame citando a Fitch Ratings no auge da crise pré-lei. A CBIC relatou que, em determinado período, para cada 100 imóveis vendidos, 41 eram devolvidos via distrato graças ao incentivo judicial, colapsando o fluxo de caixa das obras (REDAÇÃO EXAME. De cada 100 imóveis vendidos, 41 foram devolvidos em 2015. *Exame*, 2016).

⁶⁴ Vide: GOMES, Irene. Indústria da construção perde 93,6 mil trabalhadores e 564 empresas em 2017. *Agência de Notícias - IBGE*, 2019; e: ESTADÃO. Em quatro anos, emprego cai 34% na construção. *Estadão*, 2017.

⁶⁵ FENASAÚDE. Planos de saúde gastaram R\$ 90 bilhões com medicamentos desde 2019. *Fenasaúde - Notícias Institucionais*.

⁶⁶ CNN BRASIL. Entenda por que os planos de saúde ficaram até 25% mais caros, em média, em 2023. *CNN Brasil*, 2024; REDAÇÃO GLOBO. Planos de saúde acumulam alta de quase 400% em uma década. *Valor Econômico*, 2025.

⁶⁷ ESTADÃO BLOGS. Fiador perde espaço para novas garantias de aluguel de imóvel. *Estadão*, 2019; AGRELA, Lucas. Loft planeja fechar 2025 com 650 mil contratos de fiança aluguel. *Estadão*, 2025.

impedindo a abertura de lojas e a circulação de riqueza em centros urbanos, conforme atestam relatórios de mercado do Secovi.

Podemos afirmar, assim, que o custo de transação adicional da instabilidade jurisprudencial é inevitavelmente precificado pelos agentes econômicos. Longe de ser absorvido pela margem de lucro dos fornecedores, esse ônus financeiro é repassado ao preço final dos contratos, atingindo difusamente a coletividade de consumidores. A insegurança jurídica atua, assim, como um fator de regressividade econômica, restringindo o acesso ao mercado justamente para a parcela mais vulnerável da demanda, que se vê alijada pelo encarecimento do crédito e dos serviços.

5. Restauração da racionalidade: o imperativo do alinhamento jurisprudencial

O diagnóstico traçado nas seções anteriores aponta para uma conclusão inevitável: o problema da insegurança jurídica no Brasil não decorre de anomia ou ausência de leis, mas da forma como as cortes lidam com sua própria autoridade.⁶⁸ A cultura jurídica nacional aposta na crença de que a simples edição de novos textos normativos, cada vez mais detalhados, seria suficiente para estancar o ativismo judicial e ordenar a conduta dos agentes econômicos.⁶⁹ Essa estratégia de positivação excessiva, contudo, tem se revelado inócua diante de intérpretes que não se sentem vinculados à literalidade do texto.

A promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) é o exemplo mais recente dessa tentativa frustrada de contenção via lei ordinária. Embora o diploma tenha

⁶⁸ Segundo o Ex-Ministro Luís Roberto Barroso, “Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, no mundo democrático, desempenham três papéis diversos: contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório.”. Para o Autor, “O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão”. O Iluminismo das cortes, para o autor, tem o sentido “[...] de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens” (BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2173, 2208-2209).

⁶⁹ Dados do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) revelam a dimensão dessa hipertrofia normativa: nos primeiros 35 anos de vigência da Constituição de 1988, foram editadas mais de 7,7 milhões de normas no país, uma média superior a 800 novos regramentos por dia útil. O estudo aponta que, desse total, a grande maioria são normas infralegais e tributárias, evidenciando a tentativa estatal de microgerenciar a atividade econômica através de textos normativos detalhados, que acabam por elevar o custo de compliance e gerar insegurança jurídica. Apenas para referência, no fim de 2025 o Brasil conta com 138 Emendas Constitucionais, evidenciando a necessidade de constitucionalização de matérias para garantir sua garantir a eficácia do texto legal (AMARAL, Gilberto Luiz do *et al.* *Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 35 anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: IBPT, 2023).

positivado a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, a jurisprudência continuou a operar com as mesmas chaves hermenêuticas abertas da função social e da boa-fé, muitas vezes ignorando as novas diretrizes sob o pretexto de interpretação constitucional.⁷⁰ Fica evidente que a inflação legislativa não resolve a crise de previsibilidade; ao contrário, muitas vezes fornece mais substrato textual para fundamentar divergências interpretativas.

A gênese do problema é dogmática e cultural. O cenário nacional é marcado por um realismo jurídico à brasileira,⁷¹ em que a jurisdição opera como instância constituinte de direitos, deslocando a legitimidade da norma posta para a convicção subjetiva do intérprete.⁷² O desfecho dos litígios passa a submeter-se à composição momentânea do órgão julgador, gerando uma dispersão decisória que anula a objetividade do direito posto e compromete a segurança sistêmica.

Portanto, a restauração da racionalidade exige uma mudança de eixo: deslocar o foco da produção de novas leis para o controle rigoroso da aplicação das normas existentes. A solução para a insegurança contratual passa, necessariamente, pela criação de constrangimentos institucionais que limitem a discricionariedade judicial. Longe de mitigar a autonomia do julgador, a proposta visa reconduzi-la aos trilhos da responsabilidade institucional. O exercício da jurisdição deve curvar-se à estabilidade dos precedentes e principalmente à aplicação da lei, obstando que a validade dos pactos fique refém das vicissitudes do cenário macroeconômico ou da temperatura social do momento.

Esse movimento de contenção deve ocorrer em duas frentes simultâneas e complementares. A primeira, endógena, envolve a internalização real do sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, convertendo-o de mera recomendação teórica ou diretriz formal em regra vinculante de fato, capaz de constranger a volatilidade interpretativa. A segunda, exógena, depende da iniciativa privada em aprimorar seus instrumentos contratuais, reduzindo as lacunas redacionais

⁷⁰ Esse fenômeno opera mediante um mecanismo de substituição normativa: o julgador afasta a aplicação literal do art. 421-A do Código Civil, norma introduzida pela Lei da Liberdade Econômica para preservar a matriz de riscos pactuada, sob o argumento da supremacia abstrata dos princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana. Essa técnica converte, na prática, regras de alta densidade normativa em diretrizes derrotáveis. A resistência cultural evidencia-se na prevalência do Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil sobre o novo regramento, uma vez que o verbete, ao admitir a atenuação ou redução da autonomia contratual em nome da dignidade, franqueia a via do subjetivismo judicial e neutraliza a presunção de paridade instituída pelo legislador.

⁷¹ Vide: TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 11, n. 3, 2020, p. 447-460.

⁷² Vide: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

que permitem a entrada da discricionariedade judicial e buscando vias extrajudiciais que privilegiem a autonomia da vontade.

Se o Estado falha na garantia da uniformidade da interpretação da lei, cabe à dogmática e ao mercado a construção de mecanismos de defesa, edificados sobre uma engenharia contratual de alta precisão. Contudo, para que a frente endógena avance, é imperioso enfrentar o abismo que hoje separa a intenção legislativa da prática forense.

5.1. O paradoxo do CPC/2015: a ineficácia das técnicas de padronização do CPC/2015 (IRDR e Repetitivos) diante da resistência cultural ao *stare decisis*

A doutrina celebrou o Código de Processo Civil de 2015 como o marco da estabilidade, ao introduzir um sistema de precedentes vinculantes (arts. 926 e 927) inspirado na tradição do *Common Law*.⁷³ Com mecanismos robustos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Recursos Especiais Repetitivos, a promessa legislativa era garantir a isonomia, assegurando que casos idênticos recebessem soluções idênticas. A aposta era que a verticalização das decisões dos tribunais superiores eliminaria a dispersão jurisprudencial na base, criando um ambiente de negócios mais previsível.

Contudo, a prática forense da última década frustrou essa expectativa, revelando o paradoxo da importação de institutos processuais sem a correspondente cultura jurídica. O Brasil importou o arcabouço formal do sistema de precedentes, mas não internalizou o *ethos* do *stare decisis*, o princípio ético-jurídico de que o juiz deve obediência às decisões passadas da Corte, mesmo que delas discorde pessoalmente.⁷⁴ Sem essa cultura de deferência, a força vinculante dos precedentes tornou-se, em muitos casos, meramente retórica, incapaz de conter a dispersão decisória.

O principal mecanismo de esvaziamento desse sistema tem sido o uso abusivo e estratégico da técnica do *distinguishing*. Sob o pretexto de que o caso concreto possui

⁷³ Vide, e.g.: MITIDIEIRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022; SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 18, n. 36, 2015; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁷⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014, p. 1-16; NUNES, Dierle; SENA HORTA, André F. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 82, n. 3, 2016, p. 77-100.

peculiaridades fáticas ou nuances sociais não abrangidas pela tese vinculante, magistrados de instâncias inferiores (e até mesmo ministros do STJ) afastam a aplicação de precedentes consolidados para fazer valer sua posição.⁷⁵ Essa prática transforma a regra da vinculação em exceção, permitindo que a jurisprudência continue flutuando ao sabor das inclinações subjetivas do julgador, mitigando a autoridade dos tribunais.

Essa permeabilidade do sistema gera um efeito colateral econômico nefasto: o incentivo racional à litigância predatória. Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, se a taxa de aderência aos precedentes pelas instâncias inferiores é baixa, o agente econômico, especialmente o devedor contumaz, precifica o recurso como um investimento em um provimento judicial mais favorável à sua situação. A chance, ainda que estatística, de se obter uma decisão desviante que ignore a tese vinculante justifica a manutenção do litígio, congestionando o Judiciário e frustrando a finalidade pacificadora do precedente. Além disso, a falta de sanções processuais efetivas para o desrespeito aos precedentes incentiva o comportamento refratário das instâncias ordinárias. Enquanto o princípio do livre convencimento motivado for utilizado como um salvo-conduto para superar a *ratio decidendi* de julgados superiores, mecanismos como o IRDR servirão apenas como mais uma etapa burocrática no processo, incapazes de gerar a previsibilidade econômica que o mercado exige. A segurança jurídica torna-se refém da boa vontade do intérprete, e não uma imposição do sistema.

A crise, portanto, é de ética judicial. A estabilização do direito contratual não virá de novas reformas processuais, mas do desenvolvimento de um *self-restraint* por parte do Judiciário.⁷⁶ Enquanto não houver um constrangimento doutrinário e institucional que puna a inovação hermenêutica desnecessária, o sistema de precedentes brasileiro permanecerá como uma estabilidade meramente formal, sobreposta a uma prática decisória arbitrária.

5.2. Incentivo aos mecanismos extrajudiciais para mitigação das divergências interpretativas: *design* contratual defensivo e desjudicialização

Diante da falência parcial do Estado em prover segurança jurídica via processo judicial, a resposta do mercado tem sido a busca pela autotutela técnica. Percebendo que a justiça

⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria e precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2011, p. 285 e ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Agz Holding Ltda., 2020, p. 320-331.

⁷⁶ TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. *Direito & Justiça*, vol. 39, n. 2, cit., 2013.

estatal tornou-se um fator de risco e não de pacificação, os agentes econômicos passaram a desenvolver um *design* contratual defensivo. Essa postura abandona a confiança estrita na lei geral e passa a tratar o contrato como um sistema normativo autossuficiente e exaustivo, desenhado para reduzir ao máximo a margem de intervenção externa.

O ponto de partida reside no refinamento da redação contratual, com o abandono de modelos genéricos em favor de instrumentos de alta densidade regulatória. O uso estratégico dos “Considerandos” ganhou centralidade: não mais meras introduções formais, eles servem agora para declarar expressamente as premissas econômicas do negócio, a alocação de riscos (art. 421-A, II, do CC) e a racionalidade financeira da operação. Ao detalhar a base econômica do negócio ao juiz dentro do próprio texto, as partes buscam limitar a interpretação judicial contra visões de equidade que desconheçam a lógica subjacente ao pacto.

A estipulação expressa das expectativas de retorno estabelece precisamente a função social daquele ajuste específico, protegendo-o de leituras genéricas. Tal técnica entrincheira hermeneuticamente o contrato contra a discricionariedade. A alteração do equilíbrio econômico passa a exigir prova robusta da falsidade das premissas declaradas, inviabilizando a intervenção baseada apenas no voluntarismo judicial.

Simultaneamente, avança-se para a tipificação contratual do fortuito e da força maior. Em vez de remeter à definição legal genérica do Código Civil, os contratos sofisticados passaram a listar taxativamente quais eventos constituem álea extraordinária e quais são riscos assumidos pelas partes. Cláusulas de *hardship* e de reajuste automático são desenhadas para criar um procedimento privado de revisão, retirando do juiz o poder de ditar o novo preço e mantendo o reequilíbrio sob o controle estrito dos contratantes.

Paralelamente à qualificação do texto, ocorre a fuga do foro estatal. A inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem consolidou-se como a regra em contratos de infraestrutura e grandes operações corporativas. A arbitragem oferece não apenas a especialização técnica do julgador que tende a respeitar mais a autonomia da vontade do que o juiz togado generalista, mas também a certeza de que a disputa será resolvida com base nas regras estritas do contrato, longe da influência de políticas públicas ou de pressões sociais que contaminam a justiça comum.

Para relações onde a arbitragem é custosa demais, a solução tem sido a desjudicialização da execução. O sucesso do instituto da alienação fiduciária de imóveis reside justamente

na possibilidade de expropriação do bem pela via das serventias extrajudiciais, sem a necessidade de um processo judicial de execução. A expansão desse modelo para outras garantias e o uso crescente de *Dispute Boards* e da mediação extrajudicial demonstram a preferência do mercado por soluções que, embora privadas, oferecem a confiança que o judiciário tem perdido.

A eficiência desse modelo reside na inversão do ônus do tempo. Enquanto no processo de execução tradicional o credor suporta a morosidade estatal para satisfazer seu crédito, na execução extrajudicial o ativo é recuperado de imediato, transferindo ao devedor inadimplente o ônus de buscar o Judiciário caso entenda haver irregularidade. Essa alteração na arquitetura temporal da recuperação de crédito reduz drasticamente o custo de oportunidade do capital imobilizado, refletindo-se, em última análise, na redução do spread bancário para aquela modalidade de garantia.

Observa-se, assim, a formação de uma ordem jurídica privada, onde a segurança é um produto adquirido através de custos de transação mais altos. É uma resposta eficiente do ponto de vista microeconômico para quem pode arcar com essa estrutura, mas que evidencia, macroeconomicamente, a incapacidade do Judiciário brasileiro de fornecer o bem público mais elementar para o desenvolvimento: a certeza de que o pactuado será cumprido.

6. Considerações finais

A dissolução da previsibilidade no direito privado nacional denuncia uma fratura ética na relação entre a jurisdição e a cidadania. A conversão do processo judicial em instrumento de ajuste e correção de expectativas ex post corrói a tecnologia social mais eficiente para a cooperação humana: o contrato. Ao substituir o regramento pactuado pela sensibilidade do julgador ao caso apresentado, o Estado institui um regime estocástico no qual a validade da palavra empenhada se subordina à aleatoriedade da distribuição processual. O preço dessa discricionariedade recai sobre a própria sociedade, pois a incerteza é invariavelmente precificada pelo mercado e devolvida sob a forma de juros proibitivos e retração de crédito, penalizando justamente a parcela da população que a tutela jurisdicional almejava proteger.

Esse ativismo engendra uma estratificação censitária do acesso à justiça. Agentes econômicos sofisticados imunizam seus ativos mediante arbitragem e engenharia contratual de alto nível técnico, enquanto o cidadão comum e o pequeno empresário

restam submetidos às intempéries da jurisdição estatal. A segurança jurídica converte-se em bem posicional, acessível apenas àqueles capazes de custear estruturas jurídicas defensivas que estabelecem estruturas prescrites às intempéries diversas e naturais do mercado. A intervenção estatal sobre a vontade privada concentra riqueza e retira da base da pirâmide seu principal instrumento de mobilidade social: a capacidade de firmar compromissos intertemporais confiáveis.

A restauração da racionalidade demanda a reafirmação do vínculo indissociável entre liberdade e responsabilidade. A maturidade institucional impõe aos tribunais a virtude do *self-restraint* e a resistência à tentação de reescrever obrigações sob o pálio de uma solidariedade abstrata. A observância do *pacta sunt servanda* constitui o reconhecimento da dignidade do indivíduo como agente moral apto a se autovincular. O desenvolvimento nacional exige o retorno à função primaz da jurisdição: a de assegurar a perenidade da palavra dada e garantir a operação do direito como âncora de estabilidade institucional.

Bibliografia

AFANASIEFF, Tarsila Segalla; LHACER, Priscilla Maria Villa. The Determinants of Bank Interest Spread in Brazil. *Working Papers Series*, n. 46, 2002.

AMARAL, Gilberto Luiz Do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do *et al.* *Quantidade de normas editadas no Brasil: 35 anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: IBPT, 2023.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, vol. 9, n. 4, 2018.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I. Coimbra: Almedina, 1969.

BIANCO, Magda; JAPPELLI, Tullio; PAGANO, Marco. Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets. *CSEF Working Paper*, n. 58, 2002.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 29, n. 114, 1992.

BOCCHINI, Fernando; QUADRI, Enrico. *Il contratto*. 9. ed. Torino: Giappichelli, 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria e precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpr. 14 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013.

DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F. *et al.* Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n. 2, 2003.

EPSTEIN, Richard A. (Org.). *Simple rules for a complex world*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad. José Maria Miguel González; Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundacion Cultural del Notariado, 1998.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GLAESER, Edward. *Paternalism and Psychology*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2005.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad. João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2011.
- HART, Oliver D. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Paperback ed., reprint. Oxford: Clarendon Press, 2009.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Bohn, 1839.
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANE, Florencio; SHLEIFER, Andrei *et al.* *Legal Determinants of External Finance*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Kassio Nunes. *Segurança jurídica para o desenvolvimento econômico: análises de impactos legislativos*. Rio de Janeiro: J & C, 2022.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MATTEI, Ugo. Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules. *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999.
- MATTEI, Ugo. Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 18, n. 1, 1994.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I: Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MITIDIEIRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de. *The Spirit of the Laws*. Trad. Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller; Harold Samuel Stone. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1989.
- NUNES, Dierle; SENA HORTA, André F. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 82, n. 3, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III: contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: 2014.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, vol. 65, n. 2, 1998.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIZZO, Mario J.; WHITMAN, Glen. *Escaping paternalism: rationality, behavioral economics, and public policy*. Cambridge, United Kingdom New York, NY: Cambridge University Press, 2020.

- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SCHULZ, Fritz. *Principles of Roman Law*. Trad. Marguerite Wolff. 2. ed. Oxford: The Clarendon Press, 1936.
- SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract Theory and the Limits of Contract Law. *The Yale Law Journal*, vol. 113, n. 3, 2003.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of law*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SILVA MELO, Alexandre José Paiva da. Art. 5º, *caput* e incisos I, II e III. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOUZA JUNIOR, Fredie Didier. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 18, n. 36, 2015.
- SUNSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, 1998.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.
- TERRÉ, François; SIMLER, Phillipe; LEQUETTE, Yves; *et al.* *Droit civil: les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. *Direito & Justiça*, vol. 39, n. 2, 2013.
- TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 11, n. 3, 2020.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Agz, 2020.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*, vol. 2. Trad. Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB, 1991.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Como citar:

ELIAS, Augusto Jorge Siqueira. O custo oculto do contrato sob tutela: a jurisprudência flexível dos tribunais superiores e o futuro da segurança contratual no Brasil. **Civilistica.com**, a. 15, n. 2, 2026. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
11.1.2026