

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO

RONALDO GUARANHA MERIGHI

LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E AS (INDEVIDAS) MODIFICAÇÕES NOS
CONTRATOS DO CÓDIGO CIVIL.

SÃO PAULO

2024

RONALDO GUARANHA MERIGHI

LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E AS (INDEVIDAS) MODIFICAÇÕES NOS
CONTRATOS DO CÓDIGO CIVIL.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Bercovici.

SÃO PAULO

2024

Merighi, Ronaldo Guaranha.

Lei da liberdade econômica e as (indevidas) modificações nos contratos do código civil. / Ronaldo Guaranha Merighi. 2024.

220 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Gilberto Bercovici.

1. Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19).
2. Código civil.
3. Constituição federal.
4. Autonomia privada e contratos.
5. Interpretação e função social.

I. Bercovici, Gilberto. II. Título.

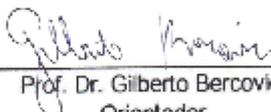
RONALDO GUARANHA MERIGHI

**LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E AS (INDEVIDAS) MODIFICAÇÕES NOS
CONTRATOS DO CÓDIGO CIVIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 12 de abril de 2024.

BANCA EXAMINADORA



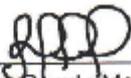
Prof. Dr. Gilberto Bercovici

Orientador
UNINOVE



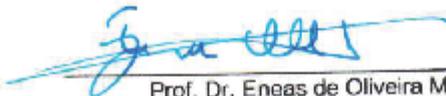
Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Examinadora Interna
UNINOVE



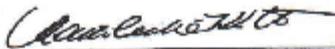
Profa. Dra. Renata Mota Maciel

Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. Eneas de Oliveira Matos

Examinador Externo
USP



Profa. Dra. Maite Cecília Fabbri Moro

Examinadora Externa
PUC/SP

Para Betina,
com todo amor do mundo, do
seu “Vovô”.

AGRADECIMENTOS

Entre o meu Mestrado e o Doutorado houve um lapso de mais de vinte anos, dentro do qual desempenhei, concomitante e ininterruptamente, as funções de juiz de direito e de professor. Ambos os trabalhos ensinaram-me muito, como pesquisador e aplicador do Direito, e como pessoa. Agradeço aos meus alunos, aos colegas professores, juízes, promotores, advogados e serventuários da Justiça que comigo conviveram ao longo de todo esse período.

No retorno aos estudos formais, a ponte criada entre a Associação Paulista dos Magistrados e a Universidade Nove de Julho foi fundamental. Viabilizou a compatibilização do Doutorado com as atividades judicantes, as de magistério e o fato de estar no interior do Estado. Agradeço à APAMAGIS, na pessoa da então Presidente Vanessa Mateus, e de seu então Vice-Presidente, Thiago Elias Massad, por terem ousado pensar nos juízes paulistas na Academia.

Agradeço, igualmente, aos professores e colaboradores da Universidade Nove de Julho, que não pouparam esforços para tornar esta pesquisa possível. Faço-o, especialmente, celebrando um duplo reencontro, com dois grandes professores: a Professora Doutora Claudia Lima Marques, de quem havia sorvido os conhecimentos no início dos anos 2000, em Congresso do Direito do Consumidor realizado em Maceió, que foi contemporâneo ao desenvolvimento da minha dissertação de Mestrado, na qual escrevi sobre a inversão do ônus da prova, e foi fundamental para o seu término; como também foram as suas aulas, muito úteis na pesquisa atual; o segundo reencontro foi de tempo ainda mais distante, o Professor Doutor Newton de Lucca, que fora meu Mestre nas Arcadas, em meados dos anos 80. Depois de todos aqueles anos pude novamente beber de seu conhecimento, igualmente fundamental para vários aspectos desta pesquisa. E ainda mais: pude absorver um pouco do entusiasmo da sua *juventude tardia* e da sua gentileza, fazendo-me perceber que nunca é tarde para nos aperfeiçoarmos e como o brilhantismo genuíno nada tem a ver com o pedantismo e a presunção.

Agradeço, ainda, aos Professores Doutores Eneas de Oliveira Matos e Renata Mota Maciel pelas valiosas contribuições oferecidas durante a qualificação desta tese.

Por fim, reservo espaço para agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Gilberto Bercovici. Desde a escolha do tema desta tese, passando por suas aulas, nossos encontros de orientação, nossas mensagens constantes por correspondência eletrônica ou aplicativos de

mensagens, os ensinamentos foram gigantescos. Mas, maiores do que eles foram a honestidade intelectual e a generosidade do Professor Gilberto que me conduziram por esta pesquisa. Respeitando os meus entendimentos, embora nem sempre com eles concordasse; fazendo-me contrapontos de muita importância e apresentando-me ao mundo do Direito Econômico que me era praticamente desconhecido. De modo denso, mas com leveza. Tocando em feridas, que são as feridas abertas da pátria (pobreza, desigualdades, iniquidades), mas, quando possível, sem perder o bom humor.

(O 'bom direito') não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em 'privilégios', mas, ao contribuir para melhorar a qualidade de vida, tende a difundi-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. (Pietro Perlingieri)

RESUMO

O objetivo desta tese é analisar as modificações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019, Lei da Liberdade Econômica, no Código Civil, na parte relativa aos contratos. Esta análise parte da premissa de que a lei em questão apresentou-se como um instrumento do Direito Econômico, razão pela qual a pesquisa iniciou-se com a análise desse ramo do Direito e das intersecções entre ele e o Direito Contratual. Realçamos a importância desta conformação, ante a ideia de um Direito Civil Constitucional, ou seja, que não pode ignorar a Lei Maior no vértice de nosso sistema jurídico. Ademais, ao considerar a Constituição de 1988 como uma Constituição Econômica, qualquer alteração de lei infraconstitucional que pretenda traduzir os comandos de seu Art. 170, deve-lhe total obediência. Percorremos, na análise do Direito Contratual, toda a evolução do conceito de contrato e a sua colocação, como instrumento de geração e distribuição de riquezas em um Estado Social, como o brasileiro. Sempre a fim de checar a atualidade e a utilidade da visão implantada pelo Legislador da Lei da Liberdade Econômica. Avaliamos, com a mesma busca, a base principiológica do Código em si, e de seu capítulo contratual. Procuramos conectar os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, socialidade, livre iniciativa e redução de desigualdades, com a função social do contrato, frontalmente atingida pela Lei nº. 13.874/2019. Em face do pesquisado, concluímos que a mencionada lei distanciou-se da ideologia constitucional ao procurar alçar a livre iniciativa a uma posição de destaque, em vez de conciliá-la com os demais princípios da Lei Maior. Assim, tentou incutir nos contratos a visão voluntarista, igualmente incompatível com a base principiológica do Código de 2002; buscou reduzir os poderes interpretativos do juiz, ressuscitando regras interpretativas do Código Comercial de 1850; bem como manifestar a função social do contrato, de modo a deixar de realçar o seu conteúdo verdadeiramente funcional, ao excluir o *em razão* da norma do Art. 421; procurou emplacar um inexistente e desnecessário princípio da intervenção mínima nos contratos, e reforçar, também sem necessidade, a excepcionalidade da revisão contratual, a partir da não comprovada premissa de excesso de intervenção do Judiciário nos contratos. A Lei nº. 13.874/2019 só acertou ao modificar o termo liberdade de contratar para liberdade contratual (*caput*, do Art. 421) e não errou ao expor que contratos civis e empresariais podem ser assimétricos, ainda que paritários (*caput*, do Art. 421-A). São as reflexões que submetemos ao debate sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19). Código Civil. Constituição Federal. Autonomia Privada e Contratos. Interpretação e Função Social.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to analyze the modifications promoted by Law No. 13,874/2019, Law of Economic Freedom, in the Civil Code, in the part related to contracts. This analysis starts from the premise that the law in question presented itself as an instrument of Economic Law, which is why the research began with the analysis of this branch of Law and the intersections between it and Contract Law. We emphasize the importance of this conformation, before the idea of a Constitutional Civil Law, that is, that cannot ignore the Major Law at the apex of our legal system. Moreover, when considering the Constitution of 1988 as an Economic Constitution, any amendment of an infra-constitutional law that intends to translate the commands of its Article 170, owes it total obedience. In the analysis of Contract Law, we go through the whole evolution of the concept of contract and its placement as an instrument of generation and distribution of wealth in a Social State, such as the Brazilian one. Always in order to check the timeliness and usefulness of the vision implemented by the Legislature of the Economic Freedom Act. We evaluate with the same search the principle basis of the Code itself and of its contractual chapter. We seek to connect the constitutional values of the dignity of the human person, sociality, free enterprise and reduction of inequalities with the social function of the contract, frontally affected by Law No. 13.874/2019. Based on our research, we conclude that the mentioned law distanced itself from constitutional ideology by seeking to elevate free enterprise to a prominent position instead of reconciling it with other principles of the Supreme Law. Thus, it attempted to instill a voluntarist perspective into contracts, equally incompatible with the principled foundation of the Civil Code of 2002. It sought to diminish the interpretative powers of the judge by resurrecting interpretative rules from the Commercial Code of 1850 and to constrain the social function of the contract by excluding "due to" from Article 421. It aimed to establish a nonexistent and unnecessary principle of minimal intervention in contracts and, also unnecessarily, reinforce the exceptionality of contractual revision, based on the unproven premise of excessive judicial intervention in contracts. The Economic Freedom Law only succeeded in modifying the term "freedom to contract" to "contractual freedom" (Article 421's heading) and, although with a different intention, did not err in stating that civil and business contracts can be asymmetrical, even when considered equal (the heading of Article 421-A). As reflections we submit for discussion on the topic.

KEYWORDS: Economic Freedom Law (Law 13.874/19). Civil Code. Federal Constitution. Private Autonomy and Contracts.- Interpretation and Social Function.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questa tesi è analizzare le modifiche apportate dalla Legge n. 13.874/2019, nota come Legge sulla Libertà Economica, nel Codice Civile, nella parte relativa ai contratti. Tale analisi parte dal presupposto che la legge in questione si presenti come uno strumento del Diritto Economico, motivo per cui la ricerca è iniziata con l'analisi di questo ramo del diritto e delle intersezioni tra esso e il Diritto Contrattuale. Sottolineiamo l'importanza di questa conformazione, considerando l'idea di un Diritto Civile Costituzionale, ovvero un diritto che non può ignorare la Legge Suprema nel vertice del nostro sistema giuridico. Inoltre, considerando la Costituzione del 1988 come una Costituzione Economica, qualsiasi modifica della legge infra-costituzionale che intenda tradurre i comandi del suo Art. 170, deve obbedirle totalmente. Nell'analisi del Diritto Contrattuale, abbiamo esaminato l'intera evoluzione del concetto di contratto e il suo ruolo come strumento di generazione e distribuzione di ricchezza in uno Stato Sociale, come quello brasiliano. Sempre allo scopo di verificare l'attualità e l'utilità della visione introdotta dal Legislatore della Legge sulla Libertà Economica. Abbiamo valutato, con la stessa ricerca, le basi principiologiche del Codice stesso e del suo capitolo contrattuale. Abbiamo cercato di collegare i valori costituzionali della dignità della persona umana, socialità, libera iniziativa e riduzione delle disuguaglianze, con la funzione sociale del contratto, frontalmente colpita dalla Legge n. 13.874/2019. Sulla base della ricerca, abbiamo concluso che la suddetta legge si è allontanata dall'ideologia costituzionale cercando di elevare la libera iniziativa a una posizione di rilievo, anziché conciliarla con gli altri principi della Legge Suprema. Pertanto, ha cercato di infondere nei contratti una visione volontaristica, altrettanto incompatibile con le basi principiologiche del Codice del 2002; ha cercato di ridurre i poteri interpretativi del giudice, riportando in vita regole interpretative del Codice Commerciale del 1850; così come ha cercato di manifestare la funzione sociale del contratto, trascurando di evidenziarne il vero contenuto funzionale, escludendolo in virtù della norma dell'Art. 421; ha cercato di promuovere un inesistente e non necessario principio dell'intervento minimo nei contratti e ha rafforzato, anche senza necessità, l'eccezionalità della revisione contrattuale, partendo dalla premessa non provata di un eccesso di intervento del Giudiziario nei contratti. La Legge n. 13.874/2019 ha avuto ragione solo nel modificare il termine libertà di contrattare in libertà contrattuale (capoverso, Art. 421) e non ha sbagliato a esporre che i contratti civili e commerciali possono essere asimmetrici, anche se paritari (capoverso, Art. 421-A). Queste sono le riflessioni che sottoponiamo al dibattito sul tema.

PAROLE CHIAVE: Legge sulla Libertà Economica (Legge 13.874/19). Codice Civile. Costituzione Federale. Autonomia Privata e Contratti. Interpretazione e Funzione Sociale.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIs	Ações Direitas de Inconstitucionalidade.
AED	Análise Econômica do Direito
AResp	Agravo em Recurso Especial
AgInt	Agravo Interno
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BGB	<i>Bürgerlichesgesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1946
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNTI	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria
CPC	Código de Processo Civil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Edcl	Embargos de declaração
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LLE	Lei da Liberdade Econômica
LRJ	Lei da Recuperação Judicial
Rel	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RJET	Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
Tut. Prov.	Tutela Provisória

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO ECONÔMICA PELO ESTADO	21
1.1 DIREITO ECONÔMICO, ESTADO E MERCADO.....	21
1.2 O DIREITO ECONÔMICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	27
1.2.1 A Constituição Econômica.....	27
1.2.2 A Constituição de 1988: Econômica e Dirigente.....	30
1.3 O DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO	36
1.3.1 O Contrato e a Atividade Econômica.....	37
1.3.2 A Intervenção do Estado no Contrato.	39
1.3.3 A Intervenção Estatal e a Ordem Pública.....	43
2 O DIREITO CONTRATUAL	48
2.1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO.....	48
2.1.1 Corte Temporal: a Pós-Modernidade, a Sociedade Complexa ou a Modernidade Líquida	48
2.1.2 As Modificações do Modelo Clássico do Contrato: a Queda da Liberdade Contratual.....	54
2.1.3 Uma Proposta de Definição Contemporânea do Contrato	57
2.2 REFLEXOS CONSTITUCIONAIS: AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E A LIVRE INICIATIVA.....	66
2.2.1 A Autonomia da Vontade.....	67
2.2.2 A Autonomia Privada.....	68
2.2.3 Livre Iniciativa	70
2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS	72
2.3.1 A Necessidade de um novo Código ou de um Código Civil.....	72
2.3.2 As Cláusulas Gerais e os Princípios: Distinções e Semelhanças	77

2.3.3 Os Novos Princípios Sociais do Código Civil de 2002: a Boa-Fé Objetiva	81
2.4 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL.....	88
2.4.1 Hipóteses Legais: o Desequilíbrio Genético na Lesão e nos Vícios Redibitórios ...	88
2.4.2 Hipóteses Legais: o Desequilíbrio Funcional da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva.....	91
3 A LEI Nº. 13.874/2019 (LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA).....	99
3.1 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA COMO INSTRUMENTO DE DIREITO ECONÔMICO	99
3.2 CONTEXTO HISTÓRICO E IDEOLOGIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 881/2019.....	106
3.3 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E A SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE	111
3.4 A LIBERDADE ECONÔMICA DE 2019 E A PANDEMIA DE 2020: A NÃO INTERVENÇÃO POSTA À PROVA.....	118
4 MODIFICAÇÕES QUE A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA PROCUROU IMPOR AOS CONTRATOS DO CÓDIGO CIVIL	129
4.1 A INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	129
4.2 O ART. 421, PRIMEIRA PARTE: DA LIBERDADE DE CONTRATAR PARA A LIBERDADE CONTRATUAL.....	142
4.3 O ART. 421, SEGUNDA PARTE: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO MUTILADA	150
4.4 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 421: O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL	170
4.5 O NOVO ART. 421-A: PARIDADE E SIMETRIA DOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS; PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS E DE PRESSUPOSTOS DE REVISÃO E RESOLUÇÃO ESTABELECIDO PELAS PARTES E A ALOCAÇÃO DE RISCOS	176
4.6 PRIMEIROS ECOS DAS MODIFICAÇÕES NOS CONTRATOS PROMOVIDA PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).....	186

4.6.1 Decisões monocráticas	187
4.6.2 Acórdão	198
CONCLUSÃO.....	202
REFERÊNCIAS.....	209

INTRODUÇÃO

A suposta dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, para alguns, viria do Direito Romano^{1 2} e, depois de perder força durante a Idade Média, teria voltado a ganhar ímpeto no período das codificações, por conta do interesse burguês:

Valendo-se das codificações, a burguesia pretendia determinar, de forma bem clara, o âmbito das relações privadas, de modo a assegurar a não intervenção do Estado nessa seara e limitá-lo aos escaninhos do direito público.³

Em discurso proferido no ano de 1899, em face da Assembleia de Jurisconsultos de Viena, de Otto von Gierke, ele já defendia a incompatibilidade entre um Direito Público absolutista e um Direito Privado individualista. Propunha a necessidade de um Direito Público abrangente, que estabelecesse uma relação recíproca entre a sociedade e as suas partes, incluindo associações menores e o indivíduo. Destacava a importância de um Estado impregnado dessa ideia, ao equilibrar limitações e proteções, priorizar deveres para com o todo, mas garantir direitos individuais. Além disso, ressaltava a importância de um Direito Privado que, apesar de respeitar a esfera inviolável do indivíduo, incorporasse a noção comunitária do social.⁴ O alerta de Gierke não perdeu a atualidade, ante a persistência da bipartição.

Acostumados que estamos, pois, com essas divisões tradicionais do Direito em ramos, a interrelação entre as várias facetas da ciência jurídica parece esvaír-se aos olhos dos especialistas, nas suas respectivas subespecialidades.

¹ “A divisão do direito objetivo em público e privado fora já estabelecida pela ciência jurídica romana” (RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Trad. da 6. ed. italiana por P. Capitanio, atual. por P. R. Benasse. v. 1. Campina: Bookseller, 1999. p. 75.

² “*Ius publicum*, dizia Ulpiano (D. I, 1, 1, 2), *est quod ad statum rei Romanae spectat, priuatum quod ad singulorum utilitatem* (direito público é o que diz respeito ao interesse do Estado Romano; direito privado o que se refere ao interesse dos particulares). O critério distintivo, segundo o texto, é a *utilitas* (interesse). No entanto, contra ele, há uma objeção irrespondível: o que interessa ao Estado também é do interesse de seus cidadãos, e a recíproca é verdadeira. Em vista disso, admite-se que Ulpiano, em verdade, pretendesse, estabelecer a divisão com base na função imediata das normas jurídicas: as que interessam imediatamente ao Estado e apenas mediamente aos cidadãos se enquadram no *ius publicum*; caso contrário, no *ius priuatum*.” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104).

³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis *et. al.* Os Direitos da Personalidade em Face da Dicotomia do Direito. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208 – 220, 2018. p. 210-211.

⁴ GIERKE, Otto Von. **La función social del derecho privado y otros estudios**. Trad. José M. Navarro de Palencia, Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 30.

Assim, para aqueles que se debruçam sobre o estudo do Direito Civil, mais ainda, sobre o Direito Contratual, causa estranhamento perceber, por mais paradoxal que seja, ter o contrato muita relação com o Direito Econômico. Paradoxal, porque a conexão deveria ser óbvia se atentarmos à ideia de que o contrato é um meio de circulação de riquezas na sociedade e a definição daquela disciplina, como:

[...]o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade”.⁵

Não se trata de haver consenso acerca do pertencimento do Direito Econômico à subcategoria do Direito Público, sendo criticável também essa tentativa de reduzi-lo àquele espaço:

Todas as dificuldades em identificar o objeto e as relações do direito econômico geram a simplificação de sua caracterização como mais um "ramo" do direito ou como um conjunto de normas e instituições jurídicas que regulam e dirigem o processo econômico, perdendo assim, segundo Vital Moreira, a especificidade do direito econômico, que vem de sua historicidade. [...] Justamente por surgir em um contexto de crise e revisão dos métodos jurídicos tradicionais, o direito econômico tem enormes dificuldades em ser classificado em mais um “ramo” do direito.⁶

Aliás, Washington Peluso trata-o como “um ramo autônomo do Direito” por dispor de “sujeito, objeto, normas e campo próprio, que não permitem confundi-lo com os demais”.⁷

Fábio Bensoussan e Marcus de Gouvêa, por outro lado, sustentam que hoje se aceita “que o direito econômico se situa no âmbito do direito público, não em um terceiro ramo do direito”⁸.

Seja como for, há de se reconhecer que a visão privatista do Direito Civil dominou a doutrina pátria por quase todo o século XX e, em termos classificatórios, certamente ainda hoje a matéria é inserida, não raro, de modo insular, no tal *ramo* privado.

⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

⁶ BERCOVICI, Gilberto. O. Ainda Indispensável Direito Econômico. In: **Direitos Humanos, Democracia e República**. Homenagem a Fábio Konder Comparato. Maria Victória Benevides. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 505.

⁷ SOUZA, 2003, p. 23.

⁸ BENSOUSSAN, Fábio; GOUVÊA, Marcus de. **Manual de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 31.

É bem verdade, que desde a década de 1990, depois da promulgação da Constituição de 1988, e ainda mais com o Código Civil de 2002, surgiu uma visão mais publicizada do Direito Civil, a ponto de alguns defenderem um *Direito Civil Constitucional* que se afasta da suposta neutralidade do método positivista *exclusivamente jurídico*:

A metodologia civil constitucional nasce da convicção oposta: a de que não existe um direito civil “neutro” ou “não histórico”. A aparente neutralidade ideológica das codificações civis europeias servia, na verdade, a um projeto bem definido: manter a segurança e a estabilidade dos negócios a salvo de qualquer intervenção, mudança ou crise do Estado, apartando o direito civil do restante do ordenamento jurídico e protegendo-o como espaço da autonomia da vontade, tutelada em si mesmo, independentemente dos fins que a vontade individual se propusesse a perseguir.⁹

O fato é: quando primeiramente a Medida Provisória nº. 881, de 30 de abril de 2019¹⁰, e posteriormente, mediante as modificações, a Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica)¹¹, alterou dispositivos do Código Civil (inclusive em seara contratual), houve o impacto: uma legislação que instituía a *declaração de direitos de liberdade econômica* e estabelecia (em seu texto) *garantias de livre mercado e análise de impacto regulatório*, bem como modificava vários e importantes artigos do Código de 2002.

A Lei nº. 13.874/2019 (LLE) traz normas de conteúdo econômico e busca regulamentar atividades igualmente econômicas, o que parece não haver dúvida. Logo, em princípio, é um corpo normativo adstrito ao Direito Econômico. Consequentemente, se a referida Lei trouxe algum benefício ao Direito Civil Contratual foi chamar a atenção de que, sim, os contratos civis e empresariais, como de resto os de consumo não abordados pelo diploma, também integram outra dimensão, que não as estritas dos direitos privados. No Direito Econômico, a interface com o Direito Civil talvez fosse mais nítida, como pontuava Washington Peluso:

⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde *et. al.* In: **Direito civil constitucional**. Anderson Schreiber e Nelson Konder (Coords.). São Paulo: Atlas, 2016. p. 4.

¹⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº. 881, de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

¹¹ BRASIL. **Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

Nas relações entre o Direito Econômico e o Direito Civil temos a possibilidade de identificar o mesmo fato econômico como “conteúdo” de um e de outro. Vemos que, em se tratando da atividade econômica dos indivíduos, o Direito Econômico oferece as normas que colocam os interesses individuais dentro do quadro da realidade econômica de toda a sociedade, e não, individualmente, a dos particulares que a compõe.¹²

A doutrina civil mais moderna, reconheça-se, mesmo antes daquele corpo legislativo, também tinha essa compreensão. Paulo Lôbo comenta que as regras do Direito Contratual têm um papel fundamental na distribuição de riquezas e poderes nas sociedades contemporâneas. Em países que reduzem a redistribuição de renda pelo governo, as regras de mercado se tornam a força determinante que governa as chances de cada pessoa na vida, o que exige uma regulação eficiente, segundo pontua. Acrescenta que as regras do mercado não são neutras e beneficiam algumas pessoas mais do que outras. Portanto, conclui o Autor, o Direito Contratual é uma parte importante da regulação do mercado com o objetivo de alcançar a justiça social, como estabelecido no artigo 170 da Constituição brasileira.¹³

Surge oportuno esse estudo, por assim dizer *híbrido*, ao trazer a análise da Lei da Liberdade Econômica e as ingerências que ela trouxe no âmbito dos contratos civis e empresariais.

Do ponto de vista de delimitação do objeto da pesquisa não serão abordados outros aspectos da lei, nem tampouco outras modificações impingidas a outras normas do Código Civil de 2002, como a que diz respeito, por exemplo, à desconsideração da personalidade jurídica, dos Arts. 49-A e 50, que não se refiram aos contratos.

Conseqüentemente, deverão ser avaliadas as mudanças promovidas nos Arts. 421 e 422 do Código Civil, mas também as do Art. 113, que cuida da interpretação do negócio jurídico (gênero ao qual fazem parte os contratos).

Em termos de problematização, dentro dos aspectos do Direito Econômico, as indagações que devem ser respondidas, sempre com o contrato como pano de fundo, são as seguintes.

Primeiramente, se a Lei nº. 13.874/2019 pode ser interpretada, efetivamente, como um instrumento útil e importante *para assegurar a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos e regulamentar a atividade contratual de acordo com a política econômica definida na ordem jurídica* (para ficarmos no conceito acima adotado¹⁴).

¹² SOUZA, 2003, p. 63.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. v. 3, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 17.

¹⁴ Vide na p. 3 o conceito proposto de Direito Econômico.

Será preciso, nesse mister, avaliar, em segundo lugar, a constitucionalidade da lei; afinal, o Art. 170, da Constituição de 1988, estabelece com primazia a *política econômica definida na ordem jurídica*. Como se trata, outrossim, de norma confessadamente de inspiração *liberal* (e melhor seria classificada como *neoliberal ou ultraliberal*¹⁵), realizaremos um cotejo entre o seu escopo e a realidade pandêmica que se abateu poucos meses após o início de sua vigência. Inclusive, mediante a promulgação da Lei nº. 14.010/2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19) e outras que a sucederam.

O plano da pesquisa compõe-se das etapas seguintes. No primeiro capítulo partiremos do Direito Econômico: da sua definição e dos modelos de intervenção e regulação da economia pelo Estado. A base constitucional, localizada no título VII, que cuida da ordem econômica e financeira (Art. 170 e seguintes da Constituição) deve ser analisada, pois qualquer lei infraconstitucional sobre a matéria deve-lhe obediência, por evidente. Nesse mister, analisaremos a ideia de Constituição Econômica e cotejaremos-na com a Constituição de 1988. Na sequência, analisaremos as interfaces existentes entre o Direito Econômico e o contrato. Traçaremos a localização do contrato como instrumento da atividade econômica; ou seja, como instituto gerador e de circulação de riquezas na sociedade. Exporemos algumas hipóteses de intervenção do Estado na atividade econômica e conseqüentemente no contrato, para avaliar se o denominado *dirigismo* contratual é, de fato, algo nocivo conceitualmente; ou, se, por outra, atende aos comandos constitucionais sociais de promoção da dignidade, da solidariedade e da erradicação da miséria, dentre outros.

Sob a ótica do Direito Contratual, será preciso analisar o contrato em termos hodiernos para efetuar o corte temporal de interesse deste trabalho e localizá-lo num período de tempo por alguns denominado de *pós-modernidade*, o que faremos no segundo capítulo. Como fenômeno sociojurídico que é, o contrato não se furta de conectar-se com a complexidade (ou liquidez) da sociedade em que se desenvolve. Verificaremos as modificações do modelo clássico do contrato e a queda da liberdade contratual, conforme concebida pelos ideais do Estado Liberal.

¹⁵ Como se verá oportunamente, os ideólogos da Lei nº. 13.874/2019 citam como um dos exemplos que pretendiam alcançar o Chile. É bem verdade que isso ocorreu antes da eleição presidencial de 2021, que foi vencida pelo candidato de esquerda Gabriel Boric (BBC. **Eleições no Chile**: Esquerdista Gabriel Boric é eleito presidente no segundo turno. (2021). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59722740>. Acesso em: 15 set. 2022). Na verdade, a inspiração vinha de outro continente: “Em 1982, por exemplo, a economia chilena, reorganizada por jovens economistas formados na escola neoliberal de Milton Friedman da Universidade de Chicago – e por isso conhecidos como os Chicago boys – sofreu verdadeiro colapso. O PIB chileno caiu 14,3% em um ano, e o desemprego atingiu 23,4% da força de trabalho do país. Felizmente, essa ruína econômica produziu o bom resultado de minar o regime de terrorismo de Estado, e acabou por precipitar a queda do ditador Augusto Pinochet.” (COMPARATO, Fábio Konder **A civilização capitalista**: para compreender o mundo em que vivemos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 271).

Apresentaremos em seguida uma proposta de definição contemporânea do contrato. Subsequentemente, inseriremos elementos de Direito Constitucional, ainda na tarefa de avaliar a concepção atual do Direito Privado, do Direito Civil e mais propriamente do Direito Contratual, sem descurar-se dos comandos constitucionais aos quais todos eles devem obediência. Merece menção a mudança de paradigma da Constituição em relação ao Direito Civil, o que é dimensionável por uma constatação: de 1917 (entrada em vigor do Código Civil de 1916) até 1988, em que o Brasil teve quatro cartas constitucionais que pouco abalaram o Direito Civil Contratual. Como de resto, a Constituição pós-independência, de 1824, e a primeira da República, de 1891, deixaram o Direito Civil ao mando das Ordenações Filipinas, em confirmação à premissa de que se interpretava o Código Civil como um fim em si, descolado da realidade político-social brasileira. Confira-se o que escreveu Clóvis Bevilacqua em 1916:

Proclamada a independência, em 1822, já no anno seguinte, a lei de 20 de Outubro de 1823, mandando vigorar, no Imperio, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos Reis de Portugal, até 25 de Abril de 1821, lhes dava autoridade provisória: *enquanto se não organizar um novo Código*, ou enquanto não forem especialmente alteradas. A Constituição do Imperio, mandada cumprir por lei de 25 de Março de 1824, no n. XVIII, do Art. 179, solemnemente, declarou: *Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas solidas bases da justiça e da equidade*. [...] Esses bons desejos, porém, não se puderam realizar senão agora, depois de grandes e continuados esforços. E, durante esses estirados noventa e quatro annos, depois da nossa independência política, permanecemos sob o domínio das *Ordenações* do reino, já revogadas no paiz de sua origem[...].¹⁶

Na continuidade, cotejaremos os conceitos de autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa. Realce-se que a LLE pretendeu, aos olhos de seus artífices, preponderar a livre iniciativa dentre os demais valores constitucionais, do Art. 170, o que será objeto de crítica. O passo seguinte será traçar observações acerca do Código Civil de 2002, na sua parte relativa à Teoria Geral dos Contratos naquilo que diz respeito à tese. Verificaremos em que medida esse Diploma atualizou a disciplina legal dos contratos e se o fez mediante a modificação apenas das normas ou também da base principiológica. Abordaremos a questão da necessidade da promulgação do Código Civil de 2002 e a conveniência da codificação no nosso século. Aferiremos as semelhanças e as diferenças entre as cláusulas gerais e os princípios para, a seguir, adentrarmos na boa-fé objetiva, haja vista que a função social do contrato merecerá análise destacada. Estes dois princípios, conhecidos como sociais, foram impactados pela lei objeto deste trabalho, assim como foi impactada a intervenção judicial nos contratos, razão pela

¹⁶ BEVILAGUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 11-12.

qual abriremos um subitem para desenvolver este assunto. Nesta fase, averiguaremos se é efetivamente verificável uma das hipóteses de sustentação da Lei da Liberdade Econômica, qual seja, de que haveria excesso de intervenção do Judiciário nos contratos civis e empresariais, de modo a abalar a segurança jurídica.

No terceiro capítulo, efetuaremos uma análise mais específica da Lei nº. 13.874/2019; parte-se do questionamento que se trata de um instrumento efetivo e eficaz de intervenção do Estado na economia e, portanto, de Direito Econômico, dentro da ideologia constitucional. Vale indagar: as modificações promovidas nas normas do Código Civil, de fato, eram necessárias? Facilitarão a transferência de riquezas de forma a preservar a segurança jurídica e os valores sociais constitucionalmente cuidados? Destacamos que os direitos sociais de natureza econômica envolvem:

[...] todas as prestações positivas do Estado voltadas: 1º) à busca do pleno emprego; 2º) à redução das desigualdades sociais e regionais; 3º) à erradicação da pobreza e da marginalização; 4º) à defesa do consumidor e da concorrência.¹⁷

Como a historicidade é sempre relevante, verificaremos o contexto histórico e ideológico da Medida Provisória nº. 881/2019, convertida, mediante modificações, na sobredita lei, afinal:

O Direito é um reflexo do pensamento dominante em cada época e em cada lugar. É ele o resultado daquilo que a classe dominante apresenta como o melhor, o mais adequado, o mais justo.¹⁸

A constitucionalidade da LLE e a sua submissão aos valores constitucionais, mormente no que diz respeito ao objeto mais agudo dessa tese, igualmente precisa ser observada. Por fim, perquiriremos se a pandemia de 2020 e as leis que foram editadas por sua conta atinentes à intervenção do Estado na economia colocaram ou não à prova o modelo não intervencionista proclamado por ela.

No quarto capítulo, analisaremos mais especificamente as mudanças promovidas pela Lei da Liberdade Econômica na parte contratual do Código Civil de 2002. Para tratar das modificações impingidas no tocante à interpretação do negócio jurídico e do contrato, analisaremos o Art. 113, que cuida da interpretação do negócio jurídico e, conseqüentemente, do contrato. Pesquisaremos a questão da interpretação das normas jurídicas e até que extensão

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.735.

¹⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 2.

estaria o juiz adstrito a uma interpretação cingida previamente pelas partes no momento da formação do vínculo contratual.

A pesquisa sobre as modificações do Art. 421, por sua vez, desenvolver-se-á em três subitens, cada um correspondente a uma mudança introduzida pela Lei nº. 13.874/2019. Perquiriremos os conceitos de liberdade contratual em face da liberdade de contratar, com as mudanças de paradigma que uma ou outra definição representam na doutrina. Estudaremos a modificação introduzida na função social do contrato, mediante a investigação correta dessa figura, desde a sua fonte inspiradora, qual seja, a função social da propriedade. Avaliaremos a conveniência da modificação do *caput* da norma, que retirou a expressão *em razão da* e a sua eficácia, diante do parágrafo único, do Art. 2.035, e da base principiológica do Código Civil. Pesquisaremos o recém inserido *princípio da intervenção mínima* que teria introduzido a excepcionalidade da revisão contratual. Avaliaremos o novo Artigo editado, o 421-A, tanto no tocante ao estabelecimento de cláusulas negociais com parâmetros interpretativos introduzidos pelas partes (inciso I), como cláusulas para a alocação de riscos (inciso II), que ganham um novo colorido após a pandemia do coronavírus. Ainda, o seu inciso III, que trata, redundantemente, da revisão contratual. Por fim, analisaremos os primeiros ecos das modificações promovidas nos contratos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A inovação da presente tese está na análise interdisciplinar e aprofundada das modificações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, a partir da análise dessa Lei, em cotejo com o Direito Econômico, com os valores constitucionais e com a visão global, e igualmente constitucionalizada, que se deve ter do Direito Civil.

Nosso trabalho adere à Linha de Pesquisa 1, *Estruturas do Direito Empresarial*, da Universidade Nove de Julho. O Direito Contratual insere-se como mecanismo de circulação de riquezas na estrutura do Direito Empresarial e da empresa. Ademais, a análise da Lei nº. 13.474/2019 refere-se diretamente às estruturas da Ordem Econômica Constitucional e à concepção de intervenção estatal, inclusive no ambiente contratual.

O método a utilizar na presente pesquisa é dedutivo, mediante uma pesquisa acadêmica cuja abordagem é qualitativa, por meio do exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis sobre as modificações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019, Lei da Liberdade Econômica, no Código Civil, na parte relativa aos contratos. Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa teórica e descritiva, e quanto ao procedimento, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de livros, artigos científicos de revistas

especializadas, dissertações e teses, bem como documental, por meio da revisão de normas constitucionais e infraconstitucionais, e decisões jurisprudenciais sobre o tema.

Feitas estas considerações introdutórias, passamos à análise dos pontos necessários para a defesa de nossa tese.

1 O DIREITO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO ECONÔMICA PELO ESTADO

Neste capítulo partiremos de algumas análises relacionadas ao Direito Econômico que é o ramo do Direito que cuida da atuação do Estado na Economia. Trata-se de disciplina jurídica essencial para a compreensão de temas que circundam a pesquisa, na medida em que a LLE procurou estabelecer um tipo de intervenção (ou de *não intervenção*) estatal, culpando um propalado *excesso de Estado* como óbice ao desenvolvimento econômico nacional. É preciso cotejar esse ponto de vista com as vertentes do Direito Econômico e com aquilo que Constituição estabeleceu como parâmetros ao tratar da Ordem Econômica.

1.1 DIREITO ECONÔMICO, ESTADO E MERCADO.

Nenhuma definição jurídica é desprovida de significado concreto porque não se pode conceber o Direito como algo desconectado da realidade social, em que este surge como mecanismo de regulação das relações humanas. Conseqüentemente, os conceitos são formulados de acordo com as tomadas de posição ideológicas.

O que se racionaliza nesse pensamento é naturalmente contra a ideia kelseniana de *pureza*¹⁹, haja vista a dependência intrínseca do Direito e do Direito Econômico em relação a várias outras áreas do conhecimento e da Política. E porque as conceituações jurídicas não são *puras e assépticas*²⁰ e sim persuasivas²¹, o conceito de Direito Econômico também não o é:

¹⁹ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. [...] De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. (Trad.) João Baptista Machado, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 17.

²⁰ Cabe lembrar a crítica de Goffredo da Silva Telles Júnior acerca do formalismo de Kelsen: “O direito da Escola de Viena é, neste sentido, um direito-zero. E um direito que serve tanto para este mundo como para qualquer outro; é um direito construído como se o principal, num sistema jurídico, não fosse o destino do homem - do homem concreto, vivo, lutador; deste homem que se alimenta e que trabalha, que sonha e que realiza, que ri e que chora. É um puro direito formal, indiferente à realidade, indiferente à vida; um direito com qualquer conteúdo, como se a vida real pudesse ser qualquer. (TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **A criação do direito**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 218.)

²¹ Veja as ponderações de Tércio Sampaio Ferraz Jr. acerca da definição de Direito: “Contudo, tendo em vista a carga emotiva da palavra, é preciso saber que, qualquer definição que se dê de *direito*, sempre estaremos diante de uma definição *persuasiva* (Stevenson, 1958:9). Isso porque é muito difícil, senão impossível, no plano da prática doutrinária jurídica, uma definição *neutra*, em que a carga emotiva tivesse sido totalmente eliminada. Como a língua é um fenômeno comunicativo, mesmo que tentássemos uma tal definição (como a procurou Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito), a discussão teórica acabaria por restabelecer aquela carga

O direito econômico comporta inúmeras definições, das mais destacadamente liberais às mais declaradamente intervencionistas. Um dos primeiros teóricos da disciplina, Justus Wilhelm Hedemann utiliza a expressão “direito econômico” (“Wirtschaftsrecht”) para descrever uma nova concepção do papel do Estado e do direito em relação à economia, considerando a dimensão econômica como o elemento de especificidade do direito contemporâneo.²²

Na introdução adotamos o conceito de Washington Peluso²³, que evidentemente não é o único disponibilizado pela doutrina.²⁴ Cabe realizar uma perquirição mais detalhada do conceito adotado.

Parte-se do seu objeto, qual seja, o tratamento jurídico da política econômica, assim entendida pelo formulador do conceito como “o conjunto de medidas postas em prática para atender aos objetivos econômicos.”²⁵ Em complemento, e com base nas lições de Cuadrado Roura²⁶, acrescentamos que essas medidas são colocadas em prática por uma decisão da autoridade estatal, em que se entrevê os sujeitos do Direito Econômico: não somente o Estado, como propulsor²⁷ e regulador da política econômica, como também todos aqueles dela destinatários e partícipes.

Na verdade, agentes econômicos são todos os que participam do processo: o Estado, a empresa, o empreendedor individual, o empregado, o prestador de serviços e, enfim, qualquer um que entabule um contrato com finalidade patrimonial. Essa primeira constatação é oportuna para tornar clara a nossa posição em duas principais vertentes: a política econômica é

em que pese a intenção de seu proponente.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 17).

²² BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, p. 137-147, jan. 2009. p. 142.

²³ “[..]o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade”. (SOUZA, 2003, p. 23.)

²⁴ Fábio Bensoussan e Marcus de Freitas Gouvêa transcrevem, além do conceito que utilizamos, as definições de Modesto Carvalhosa, Geraldo Vidigal e Eros Roberto Grau. (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2022, p. 32-33.

²⁵ SOUZA, 2003, p. 25.

²⁶ ROURA, Juan R. Cuadrado *et. al.* **Política económica**: elaboración, objetivos e instrumentos. 4. ed. Madrid: McGraw-Hill Education, 2010. p. 19 *et seq.*

²⁷ Para Fábio Konder Comparato “[...] o que caracteriza a política econômica do Estado contemporâneo, tanto a Leste quanto a Oeste, não só nas sociedades industrializadas como nos países subdesenvolvidos, é o objetivo de expansão. Assegurar as condições de um aumento elevado e constante da renda nacional per capita aparece hoje em dia, acima das querelas ideológicas e políticas, como a tarefa primeira e indeclinável do Poder Público.” (COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 464).

impulsionada²⁸ e dirigida pelo Estado; e não são apenas a empresa e o empresário que dela fazem parte.

A primeira assertiva, acerca da tarefa desenvolvimentista e do dirigismo estatal, realiza-se em total observância e obediência ao previsto, respectivamente, nos Arts. 173 e 174, da Constituição de 1988²⁹. Conseqüentemente, não se está a propor que a direção da política econômica deva dar-se apenas por atuação direta do Estado (embora também ela não seja vedada pela Lei Maior).

A segunda afirmação, na qual os agentes econômicos são vários, serve para sublinharmos a parte do conceito adotado que preceitua que as normas de Direito Econômico devem assegurar “harmonia dos interesses individuais e coletivos”. Harmonia esta que não é obtida de modo *natural* ou *espontâneo*, mas que demanda a presença da autoridade estatal “como agente normativo e regulador da atividade econômica” (Art. 174, da Constituição de 1988). Serve também para realçar que qualquer contratante há de ser incluído nessa equação, como se mencionou em outras oportunidades.

Logo, não se pode deixar de considerar como um dos pontos cruciais do Direito Econômico, ainda que não o único,³⁰ a regulação da política econômica e, conseqüentemente, do mercado pelo Estado.

A ideia de mercado passa pelo mesmo (ou até mais estreito) filtro ideológico mencionado no início deste capítulo, no momento da sua conceituação. É fundamental a tomada de posição de que não se trata apenas de um local e muito menos de um *ente natural*. Ao invés disso, é uma instituição jurídica, como ensina Natalino Irti. No seu conhecidíssimo texto reporta-se ao mercado como um *locus artificialis* e não um *locus naturalis*. O Autor pontua que a artificialidade decorre de uma opção do Direito, por sua vez dependente de decisões políticas

²⁸ *Impulsionada* porque o Estado “[...] é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento.” (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 111) e a ele cabe a implantação de uma política econômica nos moldes constitucionais, como desenvolveremos adiante. Sobre a experiência desenvolvimentista estatal do período dos Governos de Getúlio Vargas, que redundou em forte industrialização capitaneada pelo Estado, confira-se DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses: Um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil, 1930-1960**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2004. p. 75-124.

²⁹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

³⁰ Gilberto Bercovici refere-se à dupla instrumentalidade do Direito econômico que “[...] ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser usado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos, incorporando, assim, os conflitos entre a política e a economia”. (BERCOVICI, 2022, p. 94).

(mutáveis, pois, no correr do curso da História), que “confere forma à economia”.³¹ De modo ainda mais amplo, Karl Renner afirma que “não há igualdade fora da sociedade em um Estado fictício pré-social. A igualdade é uma criação do Direito e da sociedade”(tradução nossa).³²

Essas primeiras linhas são importantes porque, para alguns, os pensamentos desenvolvidos no século XVIII passaram a ser entendidos como as *grandes novidades*, e as ideias de Adam Smith um tanto descontextualizadas; aliás, a serem invocadas como se ele as tivesse publicado no último mês. Luciano Coutinho traz uma visão interessante acerca desse fenômeno, observável a contar das décadas de 1970 e 1980, mediante o surgimento do que ele denomina de *capitalismo triunfante*. O Autor afirma que, em razão do fracasso do Socialismo, houve um reavivamento da ideologia liberal pura, como a supervalorização do mercado: “[...] o mercado tudo resolve, o mercado é sempre infalível e eficiente, ele é portador de todas as soluções e, por isso, a concorrência é a mais benfazeja das virtudes econômicas.”³³

A conclusão é um tanto simplista, assim como é a invocação da tão decantada *mão invisível* do mercado. Para que ela seja contextualizada, é oportuno gizar algumas linhas sobre as ideias de Adam Smith no magistério de Rosanvallon:

Para Smith, a frugalidade é um instrumento de moderação das paixões e de regulação da vida social. Essa concepção de frugalidade lhe permite desenvolver sua teoria fundamental da igualização relativa dos interesses e das necessidades, que exprime numa célebre passagem seguinte da Teoria dos Sentimentos Morais: “uma mão invisível parece forçar (os ricos) a contribuir para a mesma distribuição das coisas necessárias à vida que teria tido lugar se as terras tivessem sido dadas em porções iguais a cada um dos seus habitantes; e, assim, sem ter a intenção, sem mesmo saber, o rico serve ao interesse social e à multiplicação da espécie humana.”³⁴

Frugalidade e ricos impelidos por uma mão invisível a distribuir as suas riquezas são ideias bem desconectadas de um Brasil assolado por uma desigualdade social indiscutível.³⁵ e

³⁶ Caberia, igualmente, a indagação: onde estava a *mão invisível* do mercado quando o País

³¹ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 145, jan. 2007. p. 44.

³² RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. (Trad. Agnes Schwarzschild). London: ROUTLEDGE '& KEGAN PAUL LIMITED BROADWAY HOUSE, 1949, p. 71. No original: “*There is no equality outside society in a fictitious pre-social state. Equality is a creation of law and society.*”

³³ COUTINHO, Luciano. **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. (Org.) Tércio Ferraz Júnior, Calixto Salomão Filho e Fábio Nusdeo. Barueri: Manole, 2009. p. 74.

³⁴ ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da ideia de mercado**. Trad. Antônio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002. p. 52.

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Senado Notícias**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infoma>. Acesso em 24 jan. 2022.

³⁶ Ampliando a análise, em termos mundiais a *santidade do mercado* também não foi capaz de reduzir imensas desigualdades, haja vista, por exemplo, que em pleno século XXI “17% da população mundial, isto é, mais

mergulhou na hiperinflação, antes do Plano Real³⁷, em 1994? O certo é que a *mão visível* estava operando diariamente as famigeradas máquinas de remarcação de preços.

Portanto, é evidente que a autorregulação isolada é mormente uma falácia e nunca houve, a rigor, um mercado que não merecesse alguma intervenção estatal. Nem os Estados Unidos da América, país sempre citado como exemplo pelos neoliberais, desenvolveram-se com um mercado livre e avesso às intervenções. Gilberto Bercovici, com base nas pesquisas de William Novak, demonstra como os Estados-membros americanos intervieram forte e decisivamente, de modo direto e indireto, na economia, no momento da formação da nova nação.³⁸

Na atualidade, é interessante anotar que o homem apontado como o mais rico do mundo (que em 2022 adquiriu o Twitter, atualmente nomeado como “X”, por mais de 40 bilhões de dólares estadunidenses³⁹), Elon Musk, usou incentivos e créditos fiscais do governo americano na sua empresa Tesla, de carros elétricos.⁴⁰

É verdade que por vezes o discurso neoliberal é suavizado. Ao admitir *alguma intervenção* no mercado, os seus difusores pretendem professar uma visão que seria diversa da neoclássica do século XIX:

[...] o mercado não está separado da sociedade; ele é parte integrante dela. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas (com maiores ou menores eficácias social e econômica). Portanto, não se pode dizer que o mercado seja algo artificialmente garantido pelo

de 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade”.(SILVA, Filipe Piazzi Mariano da, *et al.* A conformação entre a ordem econômica e o direito social ao trabalho no contexto do século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** v. 122, nov./dez. 2020. p. 212).

³⁷ “Em 1993, no governo Itamar Franco, foi editada a Medida Provisória no 336, de 28 de julho de 1993, alterando novamente a unidade monetária brasileira para “Cruzeiro Real”. A medida foi convertida na Lei no 8.697, de 27 de agosto de 1993. Foi o primeiro passo de implantação do Plano Real. Em 28 de abril de 1994, surgiu a Unidade Real de Valor, a URV, instituída pela Medida Provisória no 434, permanecendo a moeda cruzeiro real. A ideia era a de criar-se uma transição para uma futura moeda, denominada Real, sem recorrer ao congelamento de preços.[...]O Plano Real foi o único programa de controle bem-sucedido da inflação no país, após décadas de esforços governamentais mais ou menos bem articulados. Em poucos meses, de fato, o mercado foi se ajustando à nova moeda e aos poucos a inflação foi sendo reduzida, de 40% ao mês, até atingir patamares aceitáveis, em torno de 10% ao ano.” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 182)

³⁸ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a suprema corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, n. 89. São Paulo, 2013. p. 107-108.

³⁹ G1. Tecnologia. **Elon Musk compra o Twitter: o que se sabe até agora e quais são os próximos passos**. (2022). Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/04/25/elon-musk-compra-o-twitter-o-que-se-sabe-ate-agora.ghtml>. Acesso em: 3 maio 2022.

⁴⁰ Vide notícia intitulada: *Musk construiu a Tesla com ajuda do governo, mas rejeita imposto a bilionários*. (WOLF, Zachary B. **Musk construiu a Tesla com ajuda do governo, mas rejeita imposto a bilionários**. (2021). Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/musk-construiu-tesla-com-ajuda-do-governo-mas-rejeita-imposto-a-bilionarios/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

ordenamento jurídico, como querem alguns que atacam a característica espontânea de suas forças.⁴¹

Mas, percebemos não haver distinção significativa. A visão é basicamente a mesma: a quase-santidade do mercado; o Estado sempre interpretado como letárgico, corrupto (como se fosse possível haver corrupção sem corruptores) e incompetente; e o uso de instrumentos microeconômicos, entre outros⁴².

Tudo o que redundará numa visão asséptica do Direito Econômico⁴³ desconectada da História e de todo, ou quase todo, conteúdo social perseguido pela Lei Maior. Percebemos que há uma lógica, ou um método no raciocínio: partimos da versão mais simplista da pureza kelseniana do Direito para aplicá-la na formulação de um Direito Econômico tão *perfeito* quanto desligado de qualquer realidade social, tanto que poderia ser usado na Namíbia ou no Canadá.

O Direito Econômico não é este – e sim aquele que, para além da manutenção do *status quo* do poder econômico, serve de instrumento transformador –que deve intervir na economia do país. Mas, o que não se pode perder de vista é que essa intervenção pode ser admitida somente nos moldes constitucionais. Não apenas na medida e dentro dos limites, mas respeitar a teleologia da Carta Magna.

Essa deve (ou deveria) ser a leitura ao que se refere à interferência ideológica, como explicita Washington Peluso:

Não se trata do sentido filosófico ou político amplo, de ideologia, nem mesmo de cada ideologia política geralmente referida, tal como a capitalista, a socialista, a comunista e etc. [...] a ideologia a que nos referimos é aquela definida, em direito positivo, no

⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 199.

⁴² Ideias neoliberais alinhadas ao chamado Consenso de Washington, que de acordo com Sidney Tanaka S. Matos : [...] pode ser resumido em um conjunto de dez recomendações de caráter liberalizante da economia: 1) disciplina fiscal, 2) reorientação das prioridades de gastos públicos para áreas denominadas pelo autor como “politicamente sensíveis” (educação, saúde, infraestrutura), 3) reforma fiscal 4) liberalização de financiamento visando à determinação das taxas de juros pelo mercado, 5) unificação das taxas de câmbio em nível competitivo, 6) liberalização comercial, 7) liberalização do investimento externo direto, 8) privatização, 9) desregulamentação de mercado e 10) proteção de direitos de propriedade”. (MATOS, Sidney Tanaka S. Conceitos primeiros de neoliberalismo. **Mediações**, v. 13, n. 1-2, jan./jun. e jul./dez. 2008. p. 207).

⁴³ Nesse sentido: “É nesta perspectiva que o discurso da regulação deve ser apreendido para uma compreensão crítica do que se convencionou chamar de “novo direito público da economia. Distanciando-se da perspectiva macroeconômica e conferindo cientificidade apenas aos fenômenos jurídicos tomados de uma perspectiva microeconômica, o discurso regula-tório vai organizar, a partir da racionalidade dos investimentos privados, setores importantes da economia, produzindo um ambiente de negócios seguro e apto à valorização do capital investido. Mantém-se o plano da acumulação, buscando isolar os mercados e equilibrá-los a partir de seus limites internos. Ocultam-se, no entanto, as referências políticas que sustentam a apropriação do excedente e as novas formas de dominação derivadas da implantação desta nova racionalidade.” (BERCOVICI; MASSONETO, 2009. p. 146.)

Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país. Por isso, a definimos como “ideologia constitucionalmente adotada”.⁴⁴

Analisaremos, no desenvolvimento do trabalho, se a Lei da Liberdade Econômica ateu-se à ideologia adotada constitucionalmente ao buscar intervir nos contratos do Código Civil, iniciando esta análise com a interface existente entre o Direito Econômico e a Constituição.

1.2 O DIREITO ECONÔMICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL

O Direito Econômico, como observa Leonardo Vizeu Figueiredo, tem como objeto a organização da economia, com a definição jurídica do sistema e regime econômico a ser adotado pelo Estado, a condução da economia pelo Estado e a disciplina das decisões econômicas emanadas pelos agentes não estatais.⁴⁵ Consequentemente, não há como tratar do Direito Econômico de modo desconectado com a Ordem Constitucional, o que remonta a ideia de Constituição Econômica, como veremos na sequência.

1.2.1 A Constituição Econômica

Costuma-se atribuir à Constituição de Weimar⁴⁶, de 1919, a primazia⁴⁷ de ter inserido no seu corpo normas relativas especificamente aos direitos econômicos, de modo a cunhar a expressão *Constituição Econômica*. Na definição de Vital Moreira, trata-se do “[...] conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e

⁴⁴ SOUZA, 2003, p. 28

⁴⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 5.

⁴⁶ Sobre a República de Weimar, na Alemanha pré-Segunda Guerra, confira-se: “[...] exatamente em 30 de janeiro de 1933, chegava-se à débâcle de uma experiência e projeto de socialização do Estado e dos instrumentos de democracia política na Alemanha: a República de Weimar. A anteceder o trágico cenário que se seguiria no mundo para o ser humano e as relações internacionais, especialmente com a ascensão do nazifascismo, enquanto ideologia, e do nacional-socialismo, enquanto facção partidária- razões que dominaram a Alemanha nos anos da Segunda Guerra Mundial, havia uma crença. Firmes em suas premissas, acreditavam os primeiros social-democratas alemães que a Constituição seria a esperança para transformação da realidade social de um país que lutava para se refazer das perdas ocorridas na Primeira Guerra Mundial.” (POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários. *RTDC*, v. 27, jul./set. 2006. p. 4.

⁴⁷ A rigor, com menor repercussão, a Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a ter positivado a Ordem Econômica, servindo de “marco das constituições sociointervencionistas” (FIGUEIREDO, 2021, p. 110). Tanto ela como a de Weimar são consideradas *míticas* por Eros Robert Grau, na medida em que serviram para amortecer os conflitos de classe e previram direitos sem propriamente os institucionalizar (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29).

funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica”.⁴⁸

Ao propor o conceito, o Autor esclarece que limitá-lo “à intervenção estatal apresenta-se demasiado estreito para apreender toda a sua problemática”⁴⁹. Mas, sem dúvida, a intervenção do Estado na economia foi um dos dados importantes da Carta de Weimar e nas constituições vindouras por ela inspiradas.

Alexandre de Moraes informa ter havido uma necessidade de maior intervenção estatal na economia, fruto da socialdemocracia que redundou, primeiramente, na inclusão de normas programáticas sobre direitos sociais e económicos, de modo complementar ao Constitucionalismo do Estado Liberal. Várias constituições passaram a contar com princípios e normas “[...] sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo.”⁵⁰

Até aquela época, prevalecia a concepção de que as constituições serviam apenas para a organização política de um Estado que não devia intervir (embora, na prática, em alguma medida, sempre intervira⁵¹) na economia. Como anota Eros Grau, mediante a crença de que o mercado era composto de iguais:

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder económico. Na *praxis*, todavia, os defensores do poder económico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios—o princípio do livre mercado—passaram, e desde então perseveraram a controlar os mercados.⁵²

No discurso neo ou ultraliberal do Brasil da atualidade, o fenómeno repete-se: vários micros e pequenos empresários e pequenos empreendedores endossam, sem muito questionamento, propostas que a rigor em nada os beneficiam, ombreando-se com alguns dos detentores do poder económico⁵³. Não raramente vociferam, por exemplo, contra a intervenção

⁴⁸ MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Para o conceito de Constituição Económica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 41.

⁴⁹ MOREIRA, 1979, p. 43.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 936.

⁵¹ Na verdade “ [...] o problema da constituição económica não é o de saber se o estado e o direito intervêm ou não na economia, mas, antes, o problema do modo e da forma como esta intervenção se manifesta.” (MOREIRA, 1979, p. 44).

⁵² GRAU, 2004, p. 17-18.

⁵³ Merece menção, neste aspecto, a observação de Luiz Carlos Bresser-Pereira, para quem: “Enquanto o liberalismo foi originalmente uma ideologia que nasce no século XVIII para defender os interesses da classe média burguesa contra a oligarquia militar e religiosa e o Estado absoluto ou autocrático, o neoliberalismo surge no último quartel do século XX para defender os interesses dos ricos contra os trabalhadores e os pobres

judicial dos *contratos* enquanto ajuízam ações revisionais para reclamar dos juros bancários *contratados*. Enfim, a História, para quem a conhece, explica muito.

Na realidade, se o Liberalismo, historicamente, teve a sua inegável importância, o que impulsionou o surgimento da cidadania política, esta última “[...] não passa de ilusão quando as condições económicas impedem o ‘cidadão’ de efectivamente fazer uso dos seus direitos”, como pontua Vital Moreira⁵⁴. Desde Weimar não se pode conceber um Estado capitalista democrático que não promova a *cidadania económica*. Para obtê-la, fazia-se necessária a implantação de uma nova ordem económica. E, não por acaso, isso se tornou premente depois da Primeira Guerra Mundial, “precisamente quando as circunstâncias obrigaram a perder a confiança no princípio de autorregulação da economia, constituinte, da representação clássica”, como observa o Autor.⁵⁵ Vital Moreira considera a Constituição de Weimar a “mãe das constituições modernas” e afirma ter ela servido de modelo para outras, inclusive, a nossa Carta de 1934⁵⁶.

Segundo André Ramos Tavares, não obstante as suas origens *liberais*:

[...] a Carta de 1934 determinou que sua organização se desse ‘conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna’ (Art. 115, *caput*). Previu a possibilidade de monopólio, pela União, de indústrias e atividades económicas (Art. 116) e determinou a promoção, por meio de lei, da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito (Art. 117, *caput*).⁵⁷

Como consequência:

Desde 1934 todas as Constituições brasileiras conterão um capítulo atinente à Ordem Económica e Social, a partir de 1988 dividido em distintas seções, “Ordem Económica” e “Ordem Social”.⁵⁸

e contra um Estado democrático.” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Modernidade Neoliberal. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**; v. 29, n. 84, 2014, p. 88.

⁵⁴ MOREIRA, 1979, p. 20-21.

⁵⁵ MOREIRA, 1979, p. 35.

⁵⁶ MOREIRA, 1979, p. 80.

⁵⁷ TAVARES, 2020, p. 95. Ressaltando o aspecto social da Carta de 1934, Afonso Arinos de Melo Franco anota: “Quanto ao conteúdo, a Constituição de 1934 incorpora plenamente aquilo que os autores costumam chamar *o sentido social do Direito*. Estas palavras têm um significado mais amplo do que o contido na expressão *Direito do Trabalho*. O sentido social do Direito compreende todas as manifestações da tendência de se enquadrar, dentro do molde das normas constitucionais, as mais importantes relações humanas estabelecidas no seio da sociedade.” (FRANCO, Afonso de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 378).

⁵⁸ CANOTILHO, José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.877.

Desta feita, se enxergarmos o Direito Econômico, inspirados na lição de Fábio Konder Comparato, como o Direito de “[...] que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”⁵⁹, desde a Carta de 1934 o Estado brasileiro passou a contar com instrumento normativo apropriado para cuidar da política econômica nacional.

Analisaremos no próximo item como isso se deu na Constituição de 1988, que trouxe nortes sociais bastante nítidos no sentido de promover existência digna a todos, erradicando a miséria e minimizando as desigualdades, inclusive as regionais. De tal sorte que há de ser ressaltada aquela finalidade aperfeiçoadora e transformadora do Direito Econômico, mencionada por Comparato, no sentido de atingir as estruturas do sistema econômico para superar tais mazelas de nosso capitalismo periférico, ou subdesenvolvido.⁶⁰

1.2.2 A Constituição de 1988: Econômica e Dirigente

Há uma diferença entre algumas Cartas anteriores—mormente a de 1967(1969)—e a de 1988, que perpassa pela classificação distintiva das constituições estatutárias (ou orgânicas) de um lado e as diretivas de outro, para ater-se às denominações usadas por Eros Grau:

Toma-se, genericamente, como Constituições estatutárias ou orgânicas as que se bastam em definir um estatuto do poder, concebendo-se como “mero instrumento do governo”, enunciadoras de competências e reguladoras de processos. [...]. Já como Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero instrumento de governo”, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados.⁶¹

Certamente que as classificações são várias e dependem das diversas vertentes do Constitucionalismo, cuja análise aprofundada escapa dos objetivos deste estudo. O que se pretende destacar é que, embora as Constituições anteriores tenham, de fato, tratado em seus textos da Ordem Econômica e da Ordem Social, esse tratamento era muito mais enunciativo do que concreto, pelo menos no espraiamento de seus comandos às veredas do Direito Privado.

Pelos motivos expostos podemos assentar, com Gilberto Bercovici, que a Constituição de 1988 é considerada *dirigente* (ou diretiva, na denominação da classificação usada nas linhas anteriores) “[...] pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins

⁵⁸ COMPARATO, 1978, p. 465.

⁶⁰ COMPARATO, 1978, p. 464.

⁶¹ GRAU, 2004, p. 68-69.

e programas de ação futura para a melhoria das condições sociais e econômicas da população.”⁶² Em outras palavras: a busca da vida digna e, portanto, da cidadania econômica (um de seus requisitos), deve servir de lume inarredável. Para tanto, a construção de um Estado Social foi projetada pela Constituição. Em que medida isso foi implementado, ou em que medida essa consciência ainda prevalece, diz respeito à vontade política que sempre encontra (aliás desde Weimar) operadores jurídicos prontos para retorcer ou distorcer as suas normas ao sabor da encomenda. Mas a vontade do constituinte é muito clara, por exemplo, no trato dispensado à Ordem Econômica e Social.

Importa, neste momento, que se traga o significado técnico da expressão *ordem econômica*, o qual interessa mais de perto para a pesquisa. O ponto de partida para a conceituação dessa figura é notar que a Economia “não é um conjunto caótico de elementos e processos; possui uma estrutura, que os articula numa ordem: a ordem econômica.”⁶³ Essa ordem dependerá do sistema adotado (por exemplo se capitalista ou socialista) e da sua forma de produção (Capitalismo de concorrência, Capitalismo de Estado, etc.)⁶⁴.

A Ordem Econômica pode ser lida em dois sentidos:

[...] um sentido fáctico (como ordem dada, ordem existente, realidade econômica) e um sentido sobretudo jurídico-normativo (conjunto das normas que regulam a vida econômica)⁶⁵

Ou, em outros termos:

Também podemos conceituar Ordem Econômica a partir da ideia de um conjunto de princípios que, funcionando harmoniosamente, oferecem-nos tanto a concepção de “sistema econômico” quanto a de regime econômico.

- O primeiro corresponderia à concepção teórica, ao “modelo econômico” idealizado, ao tipo ideal.
- O segundo já se afirma como traduzindo a realidade da vida econômica.⁶⁶

⁶² BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 142, abr./jun. 1999. p. 36.

⁶³ MOREIRA, 1979, p. 53.

⁶⁴ Vital Moreira bem explicita essa ideia e acrescenta que “[...] uma economia concreta não é, em geral, a realização de um único sistema ou forma, antes é a combinação de vários, um dos quais, contudo, é dominante, subordinando os outros. E é nessa medida - enquanto «expressão» de um sistema econômico ou forma econômica - que uma economia concreta possui uma estrutura ordenadora, uma ordem econômica. (MOREIRA, 1979, p. 47-48.

⁶⁵ MOREIRA, 1979, p. 53.

⁶⁶ SOUZA, 2003, p. 178.

Ao priorizar o termo que traz a concepção de *Ordem Jurídica Econômica*, trazemos a definição de Leonardo Vizeu Figueiredo:

[...] o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio econômico privado.⁶⁷

Para viabilizar a intervenção do Estado no domínio econômico, a nossa Carta passa a cuidar no primeiro capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, no seu Art. 170⁶⁸, cujo enunciado é “inquestionavelmente normativo”⁶⁹. Vale dizer: “o artigo não se limita a descrever a realidade econômica nacional e sim pretende moldá-la, fiel à ideia de Constituição Econômica (que é quem atribui o carácter de ordem à ordem econômica, que a constitui como tal”⁷⁰).

Em comentário específico ao referido artigo, Eros Grau valoriza a importância da compreensão dos princípios⁷¹, eis que:

A interpretação do direito é [= deve ser] dominada pela força dos princípios. São eles que conferem coerência ao sistema. O direito consubstanciando, enquanto sistema, uma ordem axiológica ou teleológica de princípios – qual observei em meu “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” – cumpre prontamente verificarmos quais princípios compõem essa ordem.⁷²

⁶⁷ FIGUEIREDO, 2021, p. 23.

⁶⁸ Art. 170. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 6, de 1995). 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.

⁶⁹ GRAU, 2004, p. 59.

⁷⁰ MOREIRA, 1979, p. 68.

⁷¹ Na realidade, na obra a que faz referência na citação transcrita, o Autor desenvolve longamente as suas ideias, diferenciando os princípios em gerais *de* direito, que são aqueles no *direito pressuposto* (que vem a ser o direito preexistente àquele posto pelo Estado e, portanto, o *direito posto*) que são resgatados ou positivados pelo Estado: “Para que possamos conscientemente falar de um *direito*—o direito aplicado em um determinado Estado—previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei linhas acima: em cada sociedade manifesta-se um determinado direito. Importa observarmos, pois, que os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento—isto é, sob cada *direito posto*—repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Nesse *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 149).

⁷² CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1.882.

As classificações acerca das normas constitucionais, que apresentam as propostas mais variadas de distinção, podem resvalar na questão da aplicabilidade ou não de um mandamento constitucional específico; portanto, não se trata de mera discussão etérea ou acadêmica.

Assim, no *caput* do Art. 170 podemos extrair facilmente quatro verdades fundantes ou elementos estruturadores que se estenderão também aos princípios previstos em seus incisos. São elas: (a) a valorização do trabalho humano; (b) a livre iniciativa; (c) a dignidade humana e (d) a justiça social.

Não se trata de valores estanques, que possam prevalecer de modo solitário ou insular. Em uma tentativa simplificada de compatibilização, a livre iniciativa deve priorizar o trabalho humano para garantir uma vida digna para todos, dentro de uma distribuição socialmente justa.

Como bem explicitado por Eros Grau:

A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre-iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional.⁷³

A *obviedade* enxergada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal não é entrevista por todos.

Ives Gandra, v.g., considera, de modo diverso, que a Constituição de 1988 teria enumerado “dois fundamentos (valorização social e liberdade de iniciativa) e nove princípios, no Art. 170”⁷⁴, referindo-se aos seus nove incisos. Além de discutir a terminologia fora do âmbito de interesse desta pesquisa, a posição divergente reflete outra visão ideológica. Afinal, coloca-se nessa classificação a valorização do trabalho humano, a dignidade humana e a justiça social em um mesmo *fundamento*, equiparável à livre iniciativa. Ela, ao lado da livre concorrência, é exaltada pelo texto do sobredito Autor que entende, contrariamente ao que sustentamos, que “a economia dirigida, própria dos países marxistas ou filomarxistas, não foi hospedada pelos constituintes de 88 [...]”⁷⁵.

Calixto Salomão reflete com mais profundidade ao propor que o Art. 170 fosse praticamente ignorado para a aplicação isolada do Art. 174, em matéria de livre iniciativa:

⁷³ CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1.884.

⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Econômico na Constituição de 1988. In: **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º. centenário da Constituição de Weimar. Fábio Nusdeo. (Coord.) *et al.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 38.

⁷⁵ MARTINS, 2019, p. 40.

A questão é, obviamente, até que ponto essa liberdade pode ser limitada. A resposta a essa pergunta não se encontra, no entanto, no Art. 170. A magnanimidade do legislador na inclusão de princípios, muitas vezes contraditórios, faz com que se devam buscar parâmetros em outros dispositivos da Constituição que permitam sua conciliação. Na matéria que aqui nos interessa a solução encontra-se no Art. 174, caput. Ali fixam-se claramente os limites da influência do Estado na ordem privada e, conseqüentemente, os limites da livre-iniciativa. Torna-se, então, claro que o Estado pode regulamentar a atividade privada até o ponto em que essa regulamentação não chegue a caracterizar planejamento econômico.⁷⁶

Sem dúvida, ao nosso sentir, duas perspectivas liberais, como houve oportunidade de gizar ao longo do texto, contrárias à ideologia constitucional.

Algumas perspectivas, em defesa dessa posição neoclássica, apegar-se-ão ao Art. 219⁷⁷, da Constituição, como se a *economia de mercado* fosse erigida a uma posição de supremacia. Entretanto, como esclarece Gilberto Bercovici, “[...] o mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns.”⁷⁸. Como pontua Alexandre Veronese, “[...] o dispositivo está contextualmente ligado, em primeiro lugar, aos temas da ciência e da tecnologia, como parte da ordem social [...]”⁷⁹, em uma perspectiva de desenvolvimento econômico e social a ser incentivado⁸⁰.

Portanto, a norma apenas confirma a visão que temos da Constituição de 1988, alcunhada de *Constituição Cidadã* porque afirmou os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, cuja garantia há de ser dada pelo Estado, e também pela intervenção econômica (conferindo-lhes cidadania econômica).

O Direito Econômico, conseqüentemente, ao buscar intervir na Ordem Econômica, deve fazê-lo de modo a adequar-se a esses valores constitucionais. Na compatibilização dos princípios, o princípio da livre iniciativa não pode ser interpretado como o fim máximo a ser alcançado. O Estado apenas protege a livre iniciativa se esta viabilizar-se fundada na valorização do trabalho humano para que, reduzindo-se as desigualdades sociais (e promovendo-se, pois, a justiça social⁸¹) venha a garantir uma vida digna para todos:

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104.

⁷⁷ “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

⁷⁸ BERCOVICI, 2022, p. 103.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coords.). **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.319.

⁸⁰ Neste sentido, o Art. 1º, Inciso I, da Lei nº. 10.973/2004, que regulamenta, dentre outros, o Art. 219.

⁸¹ No magistério de André Ramos Tavares, “A justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem

Isso significa que a livre-iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.⁸²

Inegável, desta feita, que a Ordem Econômica deve ser pensada como um ambiente e, concomitantemente, um mecanismo em que diversos atores trabalham, empreendem e lucram, mas o farol máximo a ser perseguido, de modo individual e mormente coletivo, é a vida digna. Para que essa dignidade alcance a todos, o grande promotor de justiça social há de ser o Estado, a quem compete diminuir as injustiças sociais. Como fazê-lo? A repartição do produto econômico é um dos caminhos:

Justiça social, inicialmente, quer significar a superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.⁸³

Não se defende neste estudo a eliminação do lucro⁸⁴, componente indissociável do Capitalismo adotado pela Carta de 1988, e nem tampouco a igualdade plena, utopia socialista destruída pelas experiências práticas do século passado (embora aqui e ali, contrapondo-se aos ultraliberais, existam os que ainda exortam o regime cubano ou nicaraguense). Não se pode perder de vista que esses valores previstos na Constituição de 1988 definem a sua identidade, como conclui Ingo Wolfgang Sarlet:

Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado Democrático e Social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, com destaque para os arts. 1.º, I a III, e 3.º, I, III e IV [...]. Não resta, portanto, qualquer dúvida de que

econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco.”(TAVARES, 2020, p. 822/823)

⁸² CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1.887.

⁸³ CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1.885.

⁸⁴ Acerca do *lucro*, confira-se uma noção mais contemporânea deste instituto: “O desenvolvimento técnico dos meios de produção, os efeitos econômicos-sociais profundos da aplicação da máquina, a ação racional ou racionalizada do conjunto constitutivo da empresa, deslocaram o conceito de lucro da simples recompensa pelo risco enfrentado. [...] O lucro vai caminhando conceitualmente no sentido de ser reconhecido como uma retribuição ao empreendedor, pelo seu esforço despendido no sentido de realizar a produção.” (SOUZA, Washington. Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 43/49.)

o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição[...].⁸⁵

E não se altera a Lei Maior com artigos doutrinários e nem tampouco com leis infraconstitucionais. O alerta que tece Gilberto Bercovici é necessário:

Afinal, a Constituição, de 1988, para desespero ou fúria de nossos auto-intitulados “liberais” (estariam melhor classificados como conservadores ou até reacionários), não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que eles façam.⁸⁶

E por outra, como acrescenta Eros Grau:

A substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. Em outros termos: essa substituição não pode ser operada sub-repticiamente [...].⁸⁷

O que se fez com a denominada Lei da Liberdade Econômica, em grande medida, como se analisará oportunamente, foi tentar operar uma modificação do modelo constitucional de bem-estar nos moldes de uma cartilha neoliberal; fora, portanto, daqueles limites amplos, mas não irrestritos, o que não ocorreu de forma sub-reptícia.

Para obter este desiderato, um dos alvos do legislador da LLE foi o contrato, tema intrinsecamente ligado com a circulação de riquezas, com a economia e, portanto, com a política econômica. Em outras palavras: com o Direito Econômico, como veremos.

1.3 O DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO

Washington Peluso afirma que enxergar “[...] uma antítese entre Direito Civil e Direito Econômico é conceituar esse último de maneira menos precisa”⁸⁸. Como um dos propósitos deste estudo é o de realizar análise mais ampla do fenômeno contratual, vamos, nas próximas linhas, mostrar os pontos de contato entre ele e o Direito Econômico.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 154-155.

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista Da Faculdade Direito, Universidade De São Paulo**, São Paulo, v. 102, jan. 2007. p. 461.

⁸⁷ GRAU, 2004, p. 39.

⁸⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. As Teorias do Contrato e o Direito Econômico. **Revista de Direito Civil**. n. 9, jul.-set./1979, São Paulo. p. 111.

1.3.1 O Contrato e a Atividade Econômica

No capítulo 2 deste estudo efetivaremos uma análise específica do contrato e de sua compreensão hodierna. Neste segmento, pretendemos demonstrar a conexão existente entre o Direito Contratual e o Direito Econômico e como este reconhecimento impacta no entendimento da socialidade naquela relação que por muito tempo era interpretada (e por alguns é até hoje) como *exclusiva entre as partes contratantes*. Também na aversão que os saudosistas do Liberalismo têm ao dirigismo contratual, correlacionado fortemente à ideia de política econômica e de Ordem Pública Econômica de feição constitucional. Por fim, na constatação de que o dirigismo estatal sobre os contratos excede a intervenção do Estado-juiz.

Não é possível pensar em contrato sem pensar em economia e vice-versa. Como preceitua Washington Peluso, “[...] jamais a atividade econômica do particular deixou de influir no sentido da vida econômica geral da sociedade.⁸⁹” De modo regular, ou conformar, como prefere Eros Grau, o objetivo do contrato é regular o exercício da atividade econômica.⁹⁰

A par das discussões teóricas acerca da melhor acomodação do Direito Econômico entre os ramos do Direito, parece haver algum consenso “de que o estado, nas suas tarefas de direção econômica, não se limita a utilizar instrumentos de direito público; também o direito privado pode servir de instrumento da política econômica.”⁹¹ Dentre as figuras do Direito Privado, o contrato emerge com destaque.

Ao partir do que é mais amplo, toma-se por base o contrato de trabalho ou os contratos de consumo. Seria possível conceber essas duas relações contratuais sem impactos imensos na política econômica e, conseqüentemente, no Direito Econômico? À evidência que não.

As modificações, por exemplo, trazidas pela Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017, ao modificar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e apresentar a tão propalada *Reforma Trabalhista*, foi tratada (ao menos pelo Governo e por boa parte da mídia) como essencial em termos macroeconômicos para a incrementação de novos postos de trabalho^{92 93}.

⁸⁹ SOUZA, 2002, p. 113.

⁹⁰ GRAU, 2004, p. 86.

⁹¹ MOREIRA, 1979, p. 61.

⁹² Nesse sentido: “Esperemos que a reforma possa representar um marco regulatório mais seguro para as relações entre patrões e empregados, bem como para o próprio Judiciário Laboral, de modo a reduzir demandas e promover o retorno ao desenvolvimento e incremento da empregabilidade. E, nesse passo, a Justiça do Trabalho poderá desempenhar um papel de protagonista na superação da crise econômica brasileira, se souber harmonizar as relações de trabalho, distribuindo com justiça os frutos da produção entre o capital e o trabalho, na esteira do comando do Art. 766 da CLT.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Reforma Trabalhista no Brasil. Revista de Direito do Trabalho*, v. 181, p. 19- 29, set. 2017.

⁹³ No sentido contramajoritário, vide artigo de Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Quanto à oportunidade de eventual reforma trabalhista, notadamente em momentos de crise econômica mais acentuada, a ameaça, ainda

Percebemos do exposto que se promoveu a intervenção do Estado ao modificar contratos de trabalho de acordo com uma visão ideológico-econômica que deveria, *muito em tese*, ser compatível com a ideologia constitucional (de acordo com o Art. 170, valorização do trabalho, no *caput*, e busca do pleno emprego, do Inciso VIII, para ficar no mínimo).

Acerca dos contratos de consumo⁹⁴, consideramos, para fixarmo-nos em uma ideia mais recente, v. g., a Lei nº. 14.181, de 1º. de junho de 2021, que visa a prevenir o superendividamento, e alterou o Código de Defesa do Consumidor (CDC) no que diz respeito à oferta e à contratação de crédito. Os consumidores superendividados, que ficam à margem do mercado de consumo, afora a questão protetiva (de garantia de existência digna e de proteção ao consumidor, nos termos do *caput* e do inciso V, do citado Art. 170), não interessam para o incremento da política econômica.

Podemos argumentar também, em termos das ingerências macroeconômicas das relações contratuais, com a Lei do Inquilinato de 1990 (Lei nº. 8.245/1990), que houve forte influência no mercado locativo⁹⁵ e por consequência na questão da moradia:

A situação difícil do mercado imobiliário na época da edição deste diploma legal, a difícil relação então entre locatários e locadores, a problemática da moradia em geral, estavam a reclamar profunda reestruturação na legislação locacional. De um lado, mostrava-se grande o desestímulo à construção de novos imóveis destinados à locação, tantas as mordanças impostas aos proprietários e locadores em geral, enaltecendo aparentes direitos dos inquilinos. De outro lado, era aflitiva a situação de quem necessitava de imóvel para alugar, principalmente para moradia, tendo em vista o desequilíbrio de preços de locação ocasionados principalmente pela revogada

que implícita, de desemprego e de dispensas coletivas, como é evidente, reduz o poder de negociação dos trabalhadores organizados em sindicatos, com vistas à melhoria e mesmo à manutenção das condições sociais. Por consequência, autorizar a prevalência do negociado em tempos de maior instabilidade e fragilidade é deixar justamente a classe social já desfavorecida, que não detém os meios de produção, em vulnerabilidade ainda mais acentuada em face do setor econômico. Trata-se, ademais, de medida nitidamente contraditória perante os objetivos almejados, pois a flexibilização prejudicial de direitos trabalhistas, ao reduzir o nível salarial em termos globais, desaquece o mercado de consumo e, conseqüentemente, desacelera a produção, aprofundando a crise econômica.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista es Crise Econômica: Negociado Versus Legislado. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 181, p. 43 – 44, set. 2017.

⁹⁴ Em complemento ao nosso raciocínio, confira-se o que diz Cláudia Lima Marques: “Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade” (MARQUES, Cláudia. Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.(livro digital)).

⁹⁵ Confira-se prefácio de obra acerca da lei, lançada pouco após o seu início de vigência: “A profunda crise que abala as instituições de nosso país se a alguns desespera, a outros demonstra que contamos com os meios, capacidade inventiva e pertinácia para resolvê-la – tal se evidencia pela nova Lei do Inquilinato. A Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes e inova profundamente em diversos campos do Direito. Sua anunciada vigência propiciou, de um lado, sensível mudança no mercado imobiliário, que se anquilosava na estulta intervenção estatal; por outro lado, entusiasmo mudou a todos os interessados pela superioridade do seu texto em face da legislação revogada. (SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. **Comentários à Lei do Inquilinato**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. XXI.

legislação, pois há muito já era anacrônica, dando uma proteção ao inquilino mais aparente do que real.⁹⁶

E também na quantidade de ações de despejo, que sofreu queda significativa após a sua vigência, pois basta lembrar que no Estado de São Paulo um dos Tribunais de Alçada Civil tinha grande parte de seus processos relativos à locação residencial e ao despejo.

O que comentar dos contratos empresariais, que dão substrato jurídico para as atividades essenciais para o desenvolvimento econômico, eis que:

[...] a cada instante relações econômicas novas, ou renovadas, reformuladas ou realmente originais passam a sugerir denominações para os contratos, como “leasing”, “know-how”, “franchising”, “engeneering”, “factoring”, alienação fiduciária, seguro de crédito e outros [...]⁹⁷

Sobre os contratos empresariais vale, em reforço, menção ao magistério de Paula Forgioni:

O sistema de mercado baseia-se em trocas, que somente vêm à luz a partir da celebração de contratos. Para que possa haver trocas e associações, os agentes econômicos devem interagir, estabelecer vínculos entre si.⁹⁸

A economia é movimentada pelas relações jurídicas contratuais que envolvem os mais distintos agentes econômicos, empresários e não empresários. Cabe ao Estado orientar a Ordem Econômica para que a faça seguir no sentido finalístico determinado pela ideologia constitucional, qual seja, do desenvolvimento, não de um, ou de alguns grupos, mas de todos os cidadãos. Em outros termos, cabe ao Estado também intervir no contrato em busca daquele desiderato, como explicitaremos na sequência.

1.3.2 A Intervenção do Estado no Contrato.

O crescimento populacional fez surgir uma economia de massa e a correlata contratação massificada. As relações jurídicas de massa são caracterizadas pela despersonalização e anonimato, afora a grande quantidade de contratos firmados, o que exige um modelo contratual adequado para dar conta desta demanda. Da mesma forma, exigiu-se do Estado uma nova modalidade de intervenção e a mudança dos paradigmas fincados no voluntarismo contratual.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada**: doutrina e prática. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 15.

⁹⁷ SOUZA, 2002, p. 114.

⁹⁸ NUSDEO, 2019, p. 139.

A padronização dos contratos, mediante o incremento dos contratos de adesão, como é cediço, é um dos reflexos visíveis do fenômeno da contratação em massa. O Estado interveio nessa modalidade contratual pelos menos em duas vertentes: tanto para conferir ao aderente um tratamento desigual, reconhecendo a sua debilidade (como se percebe, nas relações civis e empresariais pelos Arts. 422 e 423, do Código Civil (CC)⁹⁹), quanto para padronizar cláusulas contratuais.

Acerca desses contratos, padronizados por ato estatal, Eros Grau dá como exemplos os contratos de loteamento, as convenções condominiais e os contratos celebrados com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).¹⁰⁰

O dirigismo contratual com o fim de desenvolver políticas econômicas é também encontradiço nos denominados *contratos coativos*, como os realizáveis com as concessionárias de água e de energia. Trazemos a definição de Humberto Gomes Macedo:

São novos tipos de contratos que nos são “impostos”, que demandam cobrança via Preço ou Tarifa, como dito, e que não possuem todas regras pertinentes para serem definidos como Tributos. Afinal, são serviços realizados na maioria das vezes por pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público e que prestam serviços em contrapartida direta a um preço.¹⁰¹

Não é fenômeno de todo novo no Direito nacional, e Santiago Dantas referia-se a essa modalidade contratual:

As leis que obrigam a vender, aplicáveis em regra a produtores e fornecedores de gêneros alimentícios ou de matérias-primas; as que obrigam a produzir, aplicáveis a indústrias, cujos estabelecimentos são solicitados pelo Poder Público a aceitar e executar determinadas encomendas; as que obrigam a comprar, aplicáveis sobretudo nas subscrições compulsórias de empréstimos públicos, dão lugar a contratos coativos, em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais.¹⁰²

Podemos acrescentar, no quadrante relativo aos contratos de Direito Privado celebrados entre concessionários de Direito Público, a interferência das Agências Reguladoras, ao atuar de

⁹⁹ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

¹⁰⁰ GRAU, 2004, p. 88.

¹⁰¹ MACEDO, Humberto Gomes. Os Contratos Coativos na Nova Modelagem Civil Constitucional: exemplo das contas de água e luz. **Direito Público**: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, n. 1/2, jan./dez., 2010. p. 109-110).

¹⁰² DANTAS, Santiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo. Imprevisão. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 6, 2016, p. 264 – 265, jan. - mar. 2016.

forma não apenas a regular, como também impulsionar a atividade, como se dá com o contrato de compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*). Trazemos a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, que analisa o compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. O Autor aponta as vantagens deste “negócio de direito privado celebrado entre as concessionárias dos referidos setores regulados, os quais têm seu regramento delineado pela regulação.”¹⁰³

Em tema de Propriedade Industrial, podem ser vislumbradas algumas hipóteses nítidas de dirigismo contratual sob a inspiração de Direito Econômico. Cita-se, neste diapasão, as *licenças compulsórias*, previstas pela Lei nº. 9.279/1996¹⁰⁴, que também têm essa feição de contratos obrigatórios, como ensina Luís Gustavo Minatti, para quem, não obstante a atuação do órgão administrativo responsável, qual seja, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), não perdem o caráter contratual; mas “[...] um contrato forçado, imposto administrativamente, por questões de interesse público, desde que antes tenha se tentado, convencional e razoavelmente, obter a autorização junto ao titular.”¹⁰⁵

Em seara semelhante verificar-se-á a ingerência direta do Estado nos contratos de fusão, incorporação ou cisão de empresas, também por questões concorrenciais e, portanto, econômicas. Luiz Guerra assinala que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal, deve zelar pela não realização de atos de concentração econômica que redundem em turbação à livre concorrência. Logo, qualquer contrato de fusão, incorporação ou cisão de empresas pode ser desautorizado pelo referido Órgão.¹⁰⁶

Há também intervenção estatal direta no controle de preços, como aconteceu com os combustíveis e hodiernamente ocorre com os medicamentos. É clássica a menção aos elementos constitutivos da compra e venda em coisa, preço e consenso.¹⁰⁷ Por consequência, a fixação do

¹⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Liberdade Econômica: uma contradição necessária. In: **Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação.** (Org.) Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. p. 26.

¹⁰⁴ “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial. § 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória: I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.”

¹⁰⁵ MINATTI, Luís Gustavo. Contratos de Licença e sua Natureza Jurídica. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 2, n. 11. Lisboa, 2013. p. 12.628 .

¹⁰⁶ GUERRA. Luiz. Competição Global. O sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** v. 33, jan./jun. 2014. p. 145.

¹⁰⁷ “*Res, pretium et consensus* são os elementos constitutivos da compra e venda.” (BEVILAQUA, 1979, p. 238.

preço deveria, ao menos em tese, ser decorrente do consenso das partes acerca do objeto da compra e venda. Nas relações de consumo, porém, no atinente aos medicamentos, a Lei nº. 10.742, de 6 de outubro de 2003, editou normas de regulação para o setor farmacêutico, e a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos estabelece tetos e prazos de reajuste:

A análise das políticas brasileiras de regulação contemporâneas deve considerar o contexto de seu surgimento e a conformidade com os modelos regulatórios que as informam. Após a CPI de medicamentos, consolidaram-se iniciativas de controle de preços em que foram adotados em sucessão dois modelos de regulação—controle de lucros, com desindexação dos preços em relação ao IPCA, na Lei nº 10.213/2001; e controle por teto de preços, na Lei nº 10.742/2003.¹⁰⁸

As iniciativas de controle de preço ocorreram após a verificação da abusividade de preços de medicamento ter sido avaliada ao longo dos anos, notadamente durante a CPI dos medicamentos:

Na prática, entre 1980 e 2001, os preços tiveram aumentos de 89% relativamente ao valor do dólar, e de 541% na correção pela inflação (Bônus do Tesouro Nacional). Um aumento de 267% ocorreu entre 1987 e 2000. É compreensível, portanto, que um dos destaques na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre medicamentos, em meados de 2007 tenha sido as críticas aos ‘aumentos abusivos’ nos preços desses produtos. A CPI culminou na implantação, a partir de 2003, de um marco regulatório econômico para o mercado farmacêutico, que permanece essencialmente inalterado até os dias atuais.¹⁰⁹

Perguntamos novamente onde estava a *mão invisível* do mercado antes da regulação. A intenção primária, a esse ponto, é demonstrar como os contratos são impactados por políticas públicas de Direito Econômico. Numa venda prosaica de um carro usado entre particulares, embora o interesse da parte possa sobrelevar, não é impossível vislumbrar o interesse público ou social do negócio. Na medida em que há circulação de riquezas, o veículo continua em trânsito, consome combustível e o comprador paga os tributos relativos ao veículo, ao invés de ser abandonado de modo a eventualmente trazer algum dano ambiental. Ao pontuar sobre a linha divisória tênue entre as duas categorias de interesse obtempera Perlingieri:

¹⁰⁸ DIAS, Eteócles Brito Mendonça; SILVA, Jaceguara Dantas da. Regulação contemporânea de preços de medicamentos no Brasil - uma análise crítica. **Saúde e Debate**. Rio de Janeiro, v. 43, n. 121, abr./jun. 2019. p. 552.

¹⁰⁹ DIAS; SILVA, 2019, p. 544.

[...] em uma sociedade como a atual torna-se árdua, se não impossível, individuar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público.¹¹⁰

Ao partir do pressuposto da interseção entre os dois Direitos – o Econômico e o Contratual – parece ser nítido que, se há uma Ordem Econômica Constitucional, a uma, o Direito Contratual deve-lhe obediência; e, a duas, não é possível cogitar-se de contrato sem alguma intervenção estatal que persiga os seus fins. Voltaremos ao tema ao analisarmos a revisão contratual no Código Civil de 2002.

No próximo subitem demonstraremos que alguma intervenção estatal no ambiente contratual sempre foi tranquilamente aceita pelos operadores do Direito, como a prevalência da *ordem pública* em detrimento da vontade dos contratantes. Desenvolveremos também a evolução do conceito de ordem pública.

1.3.3 A Intervenção Estatal e a Ordem Pública

Algum grau de intervenção estatal, vale mencionar, sempre foi aceito pela doutrina contratual civilista, incluindo-se a doutrina tradicional. Basta relembrar as referências aos limites à liberdade de contratar e à autonomia da vontade pela Ordem Pública:

Para se resguardar nos seus fundamentos e preservar sua política institui a ordem pública e os bons costumes como fronteiras da liberdade de contratar e atribuir caráter imperativo a preceitos cuja observância impõe irresistivelmente, negando validade e eficácia aos negócios jurídicos discrepantes desses princípios ou infringentes dessas normas.¹¹¹

Sílvio Rodrigues, na primeira edição que se seguiu à atualização do Código Civil, abordou a ordem pública, ao anotar que nela a “[...] liberdade concedida ao indivíduo de contratar o que entender, encontrou, sempre, limitação[...]”.¹¹² Sobre a sua definição, depois de reconhecer não ser tarefa simples, dispôs:

A ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. [...]. Com efeito, a vida social se alicerça

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. (Trad.) M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

¹¹¹ GOMES, Orlando. Atualizadores BRITO, E.; BRITO, R. P. de. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 149.

¹¹² RODRIGUES, 2002. p. 16.

em alguns princípios gerais cuja incidência não pode ser arredada por ajuste entre os jurisdicionados, sob pena de ameaça à própria estrutura da sociedade.¹¹³

A concepção de Sílvio Rodrigues inseria-se em um contexto de entendimento da ideologia liberal acerca da Ordem Pública, como pontua Washington Peluso:

Envolve a preocupação de impedir que pelo contrato se comprometam os elementos básicos da sociedade a que esta ideologia se aplica: o Estado, a Família e o indivíduo.¹¹⁴

Nunca houve dúvida de que as normas tidas como imperativas, ou de Ordem Pública, não podiam ser derogadas pelo contrato, fazendo prevalecer o poder do Estado. Nesse contexto, ainda voluntarista, admitia-se que a Ordem Pública limitasse as avenças particulares para a proteção da família, quando, por exemplo, proibia-se a contratação sobre herança de pessoa viva, ou se cominava anulabilidade à doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (Arts. 426 e 550, do Código Civil, respectivamente). E, no atinente à pessoa, “limita a sua liberdade contratual para garantir a liberdade individual e não se alienar”¹¹⁵. Por conseguinte, seria inimaginável um contrato que contivesse, por exemplo, uma escravidão voluntária.

A Ordem Pública era considerada um limitador excepcional para reforçar a liberdade de as partes contratarem, ao corroborar a virtude da vontade. Não por acaso, os defeitos de consentimento, reconhecidos por lei, nunca foram tidos como intromissão indevida do legislador na seara do negócio jurídico.

Afora a mudança de paradigma da *autonomia da vontade* para a *autonomia privada*, a ser analisada em segmentos vindouros deste estudo, faltava também conectar esses elementos da Ordem Pública com a ideia de Ordem Pública Econômica.

Gerard Farjat define a Ordem Pública Econômica como “[...] o conjunto das regras obrigatórias nas relações contratuais, relativas à organização econômica, às relações sociais e à economia interna dos contratos.”¹¹⁶

Houve, no entanto, um caminho longo até que a Ordem Pública Econômica passasse a ter verdadeiramente o significado que fizesse jus a esse qualificativo (*pública*), pois “a autonomia da vontade e a plena liberdade conduzem à ‘Ordem Privada Econômica’”¹¹⁷.

¹¹³ RODRIGUES, 2002, p. 16.

¹¹⁴ SOUZA, 2002. p. 119.

¹¹⁵ SOUZA, 2002, p. 119.

¹¹⁶ FARJAT, Gerard *apud* SOUZA, 2002, p. 121.

¹¹⁷ SOUZA, 2002, p. 129.

Significa dizer que o importante era estabelecer uma fixação de limites, como fariam as cordas hipotéticas de um ringue de lutas: as regras do certame seriam estabelecidas pelos lutadores, pouco importando se um fosse notadamente mais forte do que o outro, desde que observados aqueles limites tênues. Eis que “a atividade econômica processar-se-ia segundo regras que configuravam uma autêntica “Ordem Privada Econômica”, e estas garantiriam juridicamente a luta, vale dizer, o poder do “mais forte”.¹¹⁸, ainda de acordo com Washington Peluso.

Nesse aspecto o contrato era concebido como um modelo teórico. Como toda abstração, bem construído e teoricamente perfeito:

A teoria clássica do contrato, observa Lawrence Friedman, é cega em relação aos detalhes da *fattispecie* e da pessoa; não pergunta quem compra e quem vende e que coisa é comprada ou vendida; o Direito dos Contratos é uma abstração, importando em uma voluntária renúncia ao particular, em um deliberado abandono da tentação de restringir-se a livre autonomia individual ou o mercado livre em nome de qualquer política pública.¹¹⁹

P. S. Atiyah acrescenta, em análise ao mesmo fenômeno, ao situar-se na Inglaterra de 1870, que esse modelo de princípios genéricos do Direito Contratual em conformidade com o livre mercado levou a um recuo no interesse em uma justiça substantiva ou na equidade¹²⁰; portanto, um Direito Contratual totalmente avesso ao reconhecimento de que ele não se desenvolve em um ambiente estéril e controlado, mas em sociedade

A Ordem *Pública* Econômica deveria intervir para “manter a ‘Ordem Privada Econômica’ e, assim, na defesa desta [...]”¹²¹ é que a primeira era concebida. No entanto, essa concepção trouxe consequências indesejadas também para os voluntaristas, haja vista que a concentração de poderes econômicos construiu monopólios e oligopólios que distorciam as ideias sacrossantas de *oferta e procura* e *concorrência*, sem contar os aspectos sociais, reconhecidos pelas Constituições Econômicas, a partir de Weimar, as quais passaram, ao menos no ambiente constitucional-econômico, a afrontar a influência do Código Napoleônico.

Algum progresso fez-se necessário e o seu reflexo foi apontado por Washington Peluso:

Quanto o conceito de ‘Ordem Pública Econômica’ evoluiu no sentido de situar o Poder Público em sua correta posição de resguardar a igualdade de direitos para todos

¹¹⁸ SOUZA, 2002, p. 123.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, jan. 2001. p. 427.

¹²⁰ ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Oxford university press, 1979. p. 402.

¹²¹ SOUZA, 2002, p. 123-124.

os componentes da sociedade, isto é, também o direito do ‘fraco’, a ‘intervenção’ continuou sendo ‘intervenção’, mudando apenas o seu objetivo. Mas, então, a ideologia liberal se insurgiu contra o que considerava ‘atentados ao contrato’, praticados pelo Estado, e escusou-se de ‘dirigir’ a vontade das partes.¹²²

Abrimos um parêntese para notar como uma convicção similar surge atualmente nos neoliberais ou ultraliberais: demoniza-se a intervenção estatal no contrato, mas não qualquer intervenção: apenas aquela que busca de alguma forma controlar o poder econômico¹²³, invariavelmente sob a alegação de *insegurança jurídica e fuga de investidores*.¹²⁴

A partir da mudança de leme de algumas Constituições para considerar valores sociais, senão em abandono, ao menos em mitigação ao individualismo e voluntarismo, alguns teóricos do Direito Civil Contratual recusaram-se a aceitar que a novidade permeasse os seus domínios.

Percebemos, portanto, que, em certa medida, o Direito Econômico seguiu à frente do Direito Contratual, ainda que não sem oposições. Os fatores macroeconômicos dos dois períodos posteriores às Grandes Guerras contribuíram para que a necessidade superasse as inconformidades teóricas.

O Direito Civil brasileiro, no entanto, encapsulou-se em maior parte, apegando-se à ideia antiga de que a Constituição tratava apenas das relações que envolvem o Estado e desconsiderou, tanto quanto possível, o chamado *dirigismo contratual*, que é “[...] uma das manifestações eloquentes do que em Direito Econômico denominamos por efetivação da ‘política econômica’ por intermédio do contrato”¹²⁵.

Não obstante a resistência, que a bem da verdade perdurou durante a quase totalidade das Constituições que vigoraram no Brasil, o fato é que a partir da Constituição de 1988 e, pouco depois, a partir da vigência do Código Civil de 2002 (malgrado a sua longa gestação ter se dado em décadas anteriores) a postura antiaderente perdeu espaço, de maneira que houve movimento de pêndulo em reação ao excesso de intervenção alegado nos contratos, a tentativa

¹²² SOUZA, 2002, p. 124.

¹²³ Clóvis Bevilacqua já tinha essa percepção no começo do século passado: “A acumulação de capitais e a concentração de empresas impuseram essa mudança. Entre contractantes poderosos e contractantes infimos, desapareceu a liberdade contractual. Era forçoso que interviesse outro poder, para transformar a igualdade theorica, contrariada pelos factos, em igualdade effectiva, com urna política de regulamentação e intervencionismo, de onde resultou não a morte do contracto, mas a transformado do seu conceito, o phenomeno do dirigismo contractual.” (BEVILAQUA, Clóvis. *Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias. Revista de Direito Civil Contemporânea*. v. 9, p. 327 – 328, out./dez. 2016).

¹²⁴ Confira-se, v.g., trecho da exposição de motivos da Medida Provisória nº. 881/2019, posteriormente convertida na Lei da Liberdade Econômica: “ Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda. “

¹²⁵ SOUZA, 2002, p. 130.

de ressuscitar a *laissez-faire* recém promovida pelo diploma legislativo, de Direito Econômico, pontue-se, objeto deste estudo. Agora, não se verá pelos ferrenhos críticos do dirigismo contratual nenhuma farpa lançada contra a intervenção econômica que sirva para manter a intocabilidade da vontade e da livre concorrência. O que leva, boa parte deles, de fato, de volta ao século XIX, e à Lei da Liberdade Econômica, pintada, de forma megalomaniaca, como a reencarnação do Código Napoleônico.

Para sustentarmos a visão que entendemos ser anacrônica da LLE acerca da compreensão do fenômeno contratual hodierno desenvolveremos nas páginas seguintes a análise e a evolução do Direito Contratual.

2 O DIREITO CONTRATUAL

Se o Direito está em constante evolução, porque visa normatizar os fatos sociais que lhe seguem adiante, as imensas modificações experimentadas pelo contrato no correr do século XX e das duas primeiras décadas do século XXI provocaram a necessidade do desenvolvimento das teorias que dão sustentação ao Direito Contratual. Demonstraremos nos itens que se seguem como a queda da teoria contratual clássica torna anacrônica a tentativa da Lei da Liberdade Econômica de revivê-la.

2.1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO

A primeira tarefa a ser desenvolvida nos tópicos que se seguem será a localizar o contrato no tempo presente para, depois, comparar o modelo clássico do contrato e a sua insuficiência para fazer frente às necessidades atuais. Ao final desta análise teremos condições de propor uma definição contemporânea do contrato.

2.1.1 Corte Temporal: a Pós-Modernidade, a Sociedade Complexa ou a Modernidade Líquida

Ao iniciar por uma advertência delimitadora, este estudo não pretende discutir profundamente os conceitos de pós-modernidade, segunda modernidade ou modernidade líquida. Não há, tampouco, a adoção de um marco teórico dentre as três ideias que, em certa medida, complementam-se e cumprem o papel aqui desejado: situar o fenômeno contratual no tempo presente, considerando, em termos de recorte temporal, o final do século XX e o século XXI. E, do ponto de vista geográfico, fundamentalmente no Brasil (embora a compreensão do contrato e a sua evolução no mundo ocidental seja, em certa medida, essencial).

A opção, portanto, é mais objetiva, embora algumas características comuns da chamada era pós-moderna, que digam respeito, no nosso sentir, aos contratos, devam ser exploradas. A escolha daquele período dá-se por conta de alguns fatores considerados fundamentais. Destacam-se: a Constituição de 1988, a difusão da *Internet*, a contar dos anos 1990, o Código de Defesa do Consumidor de 1991 e o Código Civil de 2002.

Não são necessárias maiores divagações para perceber a diferença vertiginosa entre o ambiente contratual existente na época do Código Civil de 1916 e o da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Dois mundos absolutamente diversos.

De acordo com dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira, em 1920, era estimada em 30 milhões de habitantes, ao passo que no final do século, em 2000, havia mais de 169 milhões¹²⁶. No início do século XX, dos 30 milhões da população estimada, a maioria era composta de moradores da zona rural, não alfabetizados (cerca de 70%) e conseqüentemente excluídos, em sua maioria, do acesso aos bens e serviços. O contrato, assim entendido, como um acordo autônomo de vontades conducente a produzir efeitos jurídicos era concentrado, pouco complexo e reservado para poucos.

Ao fazermos um corte para o fim do século XX, podemos detectar, no entendimento de Paulo Lôbo¹²⁷, a massificação das relações contratuais, o reconhecimento da vulnerabilidade de um grupo de pessoas na sociedade, como os trabalhadores, os consumidores e os inquilinos, entre outros. Visualizamos relações complexas, eletrônicas, despersonalizadas e transnacionais.

A simples explosão demográfica, a urbanização, o Capitalismo (ainda que tardio ou periférico), a diminuição do analfabetismo, o consumo (e o consumismo), o desenvolvimento tecnológico e o acesso ao crédito são alguns dos fatores que tornam a sociedade do século XXI e a dos anos que antecederam a virada um *outro mundo* em relação ao começo do século XX.

Com Antônio Junqueira de Azevedo destacamos como característica contemporânea a hipercomplexidade que:

se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais – porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um, querendo uma norma ou lei especial para si – quer formais – com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos etc. etc. – quebram a permanente tendência à unidade do mundo do direito¹²⁸

Aliás, essa ideia vai ao encontro a Edgar Morin, para quem as ciências cujos postulados foram construídos sobre os pilares da certeza, da separabilidade e o valor da prova absoluta estão em estado de desintegração¹²⁹, devendo ceder espaço a abordagens multidisciplinares.

Não por coincidência, são várias as críticas (passadas e vindouras) que tecemos acerca da compreensão de institutos jurídicos a partir de definições perfeitas, formais, abstratas e

¹²⁶ IBGE. **Brasil 500 Anos**. (2000). Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

¹²⁷ LÔBO, 2022, p. 28 *et seq.*

¹²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 33, jan./mar. 2000. p. 123.

¹²⁹ MORIN, Edgar. **O método 1. A Natureza da natureza**. (Trad.) Ilana Heineberg. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 62-65.

insulares. Uma preocupação fulcral deste estudo relaciona-se com a multidisciplinariedade do entendimento do fenômeno contratual, ao conectá-lo ao Direito Econômico, ao Direito Constitucional e a outros ramos da ciência (como a Economia).

Às concepções da complexidade ou da hipercomplexidade somam-se as da modernidade líquida ou fluida de Bauman, com as modificações significativas experimentadas pelos cinco conceitos-chaves. Segundo o Autor, “em torno dos quais as narrativas ortodoxas da condição humana tendem a se desenvolver: a emancipação, a individualidade, o tempo/espaço, o trabalho e a comunidade”.¹³⁰ Na verdade, o contrato perpassa por todas essas definições e acompanha as modificações experimentadas em cada uma delas.

A emancipação do indivíduo de Bauman, que talvez pudesse ser entendida como um clamor para a volta da liberdade plena, também na seara contratual, comporta uma interpretação bem diversa, dada pelo Autor. Afinal, ele alerta acerca das “bênçãos mistas da liberdade” e questiona se a libertação é “uma maldição disfarçada de benção, ou uma benção temida como maldição”¹³¹. E posteriormente afirma que “a liberdade não pode ser ganha contra a sociedade.”¹³² A decantada *liberdade contratual* existiria de fato no *Capitalismo fluido* contemporâneo? Quando sofregamente apertamos as teclas de *ok* nos nossos computadores ou smartphones para fazermos rolar rapidamente as telas que nos separam dos nossos desejos¹³³, estamos de fato *consentindo*? Por outra via: as pessoas abaixo da linha da pobreza, que padecem de insegurança alimentar intensa¹³⁴ e sem acesso ao mercado de consumo? O que a liberdade contratual tem a oferecer-lhes? São indagações que precisam ser feitas e permearão as linhas seguintes deste ensaio.

Quando Bauman refere-se a tempo e espaço enxergamos uma conexão com a compreensão de Erik Jayme acerca da pós-modernidade, ao destacar as características¹³⁵ da

¹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. (Trad.) Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001. p. 12.

¹³¹ BAUMAN, 2001, p. 21.

¹³² BAUMAN, 2001, p. 23.

¹³³ Ainda segundo Bauman: “Já foi dito que o *spiritus movens* da atividade consumista não é mais o conjunto mensurável de necessidades articuladas, mas o desejo — entidade muito mais volátil e efêmera, evasiva e caprichosa[...]”. (BAUMAN, 2001, p. 72)

¹³⁴ Vide pesquisa realizada em meados de 2022 pelo 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, segundo a qual “mais da metade (58,7%) da população brasileira convive com a insegurança alimentar em algum grau – leve, moderado ou grave (fome)”. (A REDE. 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Fome avança no Brasil em 2022 e atinge 33,1 milhões de pessoas. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/2o-inquerito-nacional-sobre-inseguranca-alimentar-no-contexto-da-pandemia-da-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 10 jun. 2022).

¹³⁵ Erik Jayme também destaca outras características como a pluralidade: “Dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage an universelle Ansprüche eigener*

ubiquidade e da velocidade como causadoras de um novo tipo de vulnerabilidade nos contratos de consumo¹³⁶. Com efeito, a possibilidade de estarmos simultaneamente no ambiente de trabalho e em um *marketplace* qualquer contratando, a tendência é haver menos atenção e menos reflexão. Afinal, se o comércio eletrônico¹³⁷ ou aquele que se desenvolve no mundo digital acessível a muitos (ainda que não a todos) foi revolucionário, não podemos perder de vista que estamos na antessala do *metaverso*¹³⁸, que promete uma nova revolução digital, com reflexos notórios no universo jurídico e reflexamente nos contratos.

Interessa apontar nesta seção a contradição em termos do que é o mantra da *segurança jurídica* em um mundo plural, complexo, veloz e fluido. Como construir-se um muro sobre o mar? Uma barragem, que seja, conteria o oceano?

Traçado este breve panorama do que entendemos como contemporaneidade, as indagações que se seguem são: as ideias de contrato, sistematizadas majoritariamente no século XIX, seriam suficientes e adequadas para compreender o fenômeno contratual da atualidade? E, em um segundo momento, a Lei da Liberdade Econômica, ao modificar algumas das ideias codificadas de contratos civis e empresariais ajudou nesse mister?

Anschauungen). Isto pode ser dito de forma mais radical: É a aceitação do não conciliável (Hinnahme des Unvereinbaren). (JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado**. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=erik+jayme+e+p%C3%B3s-modernidade+direito+comparado&biw=1280&bih=625&sxsrf=ALiCzsYT-trf1hwozYc24fnvSYfQyDiMHQ%3A1654280904317&ei=yFKaYon7EuSQ1sQP1eK1mAM&ved=0ahUK EwiJ_6PN9JH4AhVkiJUCHVVxDtM4ChDh1QMIDg&uact=5&oq=erik+jayme+e+p%C3%B3s-modernidade+direito+comparado&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EAM6BwgjELADECc6BQghEKABOgcIIXCwAhAnOgcIIRAKEKABSgQIQRgBSgQIRhgAUN8CWIwpYNUqaAFwAHgAgAHMAYgBtRWSAQYwLjE3LjGYAQCgAQHIAQHAAQE&sclient=gws-wiz. Acesso em: 3 jun. 2022.

¹³⁶ JAYME, Erik *apud* MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. [S.l.]. **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 40-41.

¹³⁷ Trazemos a definição de Newton de Lucca: “Pode-se dizer, então, de forma singela, que o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços. Por serem celebradas, como se disse, no âmbito do espaço virtual, devem ser consideradas como feitas a distância, tal como se entendeu, acertadamente, na União Europeia. Utilizam-se, evidentemente, de um *meio* eletrônico e baseiam-se em documentos com os quais a Ciência Jurídica não se revela ainda acostumada, pois não se irão necessariamente exteriorizar tais relações jurídicas pela forma escrita. (RODAS, João Grandino. (Coord.) **Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. s/p.

¹³⁸ Definido como: “programas computacionais de alto desempenho que viabilizam uma projeção de identidade em uma realidade simulada em gráficos tridimensionais, interagindo com outros usuários por meio de personagens digitais, ou avatares, onde é possível vivenciar interações sociais entre usuários, entre elas processos comunicacionais, por meio de experiências imersivas, sem a necessidade mandatória de serem cumpridos objetivos ou vencidas barreiras de um jogo”. (PEREIRA, Itamar de Carvalho. **Metaverso: interação e comunicação em mundos virtuais**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: <file:///E:/doutorado/Tese/metaverso,%20defini%C3%A7%C3%A3o.%20p.%2081.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Não há dúvidas de que o Código Civil de 1916 foi impactado fortemente pela ideia de contrato advinda do Código Napoleônico de 1804. Não por acaso, ao realizar a conexão necessária deste capítulo com os anteriores deste estudo, havia uma relação evidente, na verdade mais uma interdependência entre o modelo liberal da economia do livre mercado e a concepção do contrato datada da mesma época.

Como leciona P. S. Atiyah, aquele período “viu o surgimento de princípios gerais do direito contratual intimamente associados ao desenvolvimento do livre mercado[...]”¹³⁹ As duas ideias provinham de um Direito formal e idealizado: da mesma forma que o mercado era perfeito, também o era o homem, senhor absoluto de sua vontade. Esse homem perfeito, que recebeu a alcunha de *homem médio*, e outrora de *bonus pater familia*, era aquele que contratava livremente, que tinha propriedade e família também perfeitas. Perfeitas para a manutenção, inclusive, daquele estado das coisas. O problema era o tamanho do círculo ou, em outros termos, os (muitos) que ficavam de fora dessa redoma.

As observações de Edson Fachin acerca dos três pilares do Direito Civil tradicional confirmam essa nossa assertiva. Segundo ele, construiu-se o Código sobre três pilares fundamentais, quais sejam: (a) o trânsito jurídico, fincado na noção de contrato e das obrigações correlatas; (b) nas titularidades, relacionadas com a posse e a propriedade; e (c) o que ele denomina de projeto parental, assentado na noção de família¹⁴⁰.

Deste modo, os conceitos de personalidade e de relação jurídica estão impregnados com as marcas desses pilares. Afinal, concebe-se a personalidade para possibilitar que a pessoa possa ser sujeito de relação jurídica. Vale dizer: para que possa participar do trânsito jurídico (para contratar e contrair obrigações), em que é titular de bens (possuidor ou proprietário) e constituir família (casar-se, ter filhos, deixar herança). O problema dessa concepção é que “[...] por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como por exemplo as relações indígenas sobre a terra¹⁴¹.

Ao voltar aos dados demográficos, como vimos, em 1920, havia algo em torno de apenas 30% de alfabetizados dentre os cerca de 30 milhões da população brasileira estimada pelo censo. Certamente, aquele censo nem sequer considerou ou quantificou os indígenas¹⁴² ou

¹³⁹ No original: “*The period 1770-1870 saw the emergence of general principles of contract law closely associated with the development of the free market and the ideals of the political economists.*” (ATIYAH, 1979, p. 398).

¹⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2012. p. 31.

¹⁴¹ FACHIN, 2012, p. 205.

¹⁴² O uso do termo *indio*, originalmente relativo àquele que é da Índia, vem sendo considerado como *indevido e desrespeitoso*, como anota Álvaro de Azevedo Gonzaga. Segundo o Autor, no decorrer de todo o tempo

os povos originários de locais mais distantes (que estavam, conseqüentemente, excluídos da contagem). De qualquer modo, dois anos após a vigência do Código de 1916, contávamos com aproximadamente nove milhões de habitantes alfabetizados. Sendo certo que a escolarização na época não era fornecida para as classes mais pobres; esse patamar devia corresponder também a uma elite socioeconômica a quem o Código dirigia-se especificamente.

Ora, se considerada essa amostra, era bem possível que ela correspondesse ao ideal abstrato previsto pelo Direito Civil. O contratante *padrão* era o homem, porque as mulheres faziam parte dos excluídos, o filho legítimo (os ilegítimos não eram considerados) de uma família matrimonializada e patriarcal, com alguma instrução (formal ou informal) e provavelmente proprietário de bens, majoritariamente terras.¹⁴³

Nessa margem, percebe-se como a ideia clássica de contrato, como o encontro de duas vontades autônomas, livres, ajustadas paritariamente com a finalidade de criar relações jurídicas patrimoniais protegidas pelo Direito faz todo o sentido. É coerente, porque o Código Civil e o Direito Civil, a rigor, eram concebidos como se fosse o estatuto social de uma associação ou de um clube restrito. Aqueles – negros, pobres, mulheres, filhos ilegítimos e homossexuais, entre outros – que não interessavam, dela não participavam. Se, por acaso, viessem a entabular uma relação jurídica com um dos *sócios* seriam abstratamente tratados como um *igual*.

Em artigo publicado originalmente em 1934 acerca da igualdade, Josserand dizia que “a lei não exige em lugar algum que a conclusão dos contratos seja precedida de uma livre discussão à qual as partes participem com paridade de armas.”¹⁴⁴, para em seguida completar: “A igualdade jurídica é coisa distinta da econômica. Àquela basta assegurar o funcionamento normal da regra do jogo contratual”¹⁴⁵. Ocorre que, como anotamos, o mundo mudou e com ele, ainda que com algum atraso, o Brasil. E o Direito, como Ciência Social, há de ser “[...]”

anterior à vigência da Constituição de 1988 as etnias indígenas foram invisibilizadas e sobre elas foi mantido um apelido pejorativo que perdura desde Cristóvão Colombo. (GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. 2. ed. São Paulo: Matrioska, 2022. p. 2).

¹⁴³ Como observa Renan Lotufo: “[...] é preciso ter presente que o Código Bevilacqua foi elaborado ao tempo de uma economia estável, moeda com valor definido, uma sociedade machista e elitista, relações civis centradas na propriedade imobiliária, economia recém-saída de um regime de escravidão, que, em vez de dirigir-se para a indústria, investia só no comércio litorâneo e na terra para seu fortalecimento e segurança”. (LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: Obrigações: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25).

¹⁴⁴ JOSSERAND, Louis. (Trad.) Ricardo Alciati Thales. A evolução moderna do conceito de contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 17, out. 2018. p. 340.

¹⁴⁵ JOSSERAND, Louis, 2018. p. 340.

necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção.”, como pontua Pietro Perlingieri¹⁴⁶.

Por conseguinte, mudou também o contrato e o modelo clássico, embasado na autonomia da vontade e na liberdade contratual passou a ser insuficiente para explicar esta figura jurídica, como veremos no curso do texto.

2.1.2 As Modificações do Modelo Clássico do Contrato: a Queda da Liberdade Contratual

P. S. Atiyah traz na parte III de sua obra de referência a análise acerca do declínio e da queda da liberdade contratual, na concepção clássica, na Inglaterra, no período compreendido entre os anos de 1870 e 1970. Alguns fatores são listados pelo Autor acerca das modificações profundas experimentadas naquele interregno, dentre eles: a democracia, o aumento de importância das corporações, dos sindicatos e a organização da burocracia estatal, com as interferências naturais no ambiente negocial¹⁴⁷. Também o surgimento da classe dos consumidores, como decorrência da prosperidade da classe trabalhadora, o que contribuiu para que surgisse a publicidade, novos produtos e um outro tipo de comércio.¹⁴⁸

Como decorrência, segundo Atiyah, surgiu uma gama de questões sociais novas e legais. Primeiramente, ele menciona o desaparecimento do velho crédito casual na venda de mantimentos e necessidades domésticas, ao passo que passou a haver a demanda para o fornecimento de crédito para a aquisição de bens duráveis, como móveis, bicicletas e máquinas de costura. Esses bens, pela sua durabilidade, permitiram uma garantia suficiente para viabilizar a disponibilização de linhas de crédito para que a classe trabalhadora pudesse adquiri-los.¹⁴⁹

A partir da modificação da venda de produtos a granel pelos embalados, passou a ocorrer uma responsabilização maior dos vendedores, que procediam a troca de produtos sem maiores questionamentos, o que redundou em uma confiança maior nos vendedores e nos produtos manufaturados¹⁵⁰.

¹⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

¹⁴⁷ ATIYAH, 1979, p. 571.

¹⁴⁸ ATIYAH, 1979, p. 573/574.

¹⁴⁹ ATIYAH, 1979, p. 574.

¹⁵⁰ ATIYAH, 1979, p. 575.

Acerca do desenvolvimento da classe trabalhadora, Atiyah enumera a melhora nas condições de moradia, no ensino primário obrigatório e na alfabetização, no descanso semanal e nas férias remuneradas.¹⁵¹

Esse incremento trouxe, por outro lado, uma expectativa mais intensa de segurança, haja vista que os trabalhadores passaram a experimentar um medo de perder o que tinham que era pior do que nunca ter tido¹⁵². E o crescimento das expectativas trouxe reflexos na lei, como o reconhecimento dos *contratos executórios* e dos direitos que fixassem indenização para alguma perda, como para os acidentes do trabalho e, posteriormente, de direitos previdenciários para doenças e desemprego¹⁵³.

Cabem parênteses para explicarmos que os *contratos executórios* nada mais são do que contratos bilaterais, em outras palavras, aqueles em que ambos os contratantes têm deveres principais; ou seja, contratos que demandam uma confiança das partes, não só umas nas outras, como em algo maior que traga alguma compensação no caso de inadimplemento.

Em certa medida, as análises profundas e detalhadas desenvolvidas por Atiyah no fenômeno inglês parecem confirmar uma das premissas que tratamos anteriormente. Quando o círculo social torna-se mais amplo, a fórmula do contrato como expressão máxima de liberdade e igualdade não é mais satisfatória. Além disso, quando as exigências da sociedade são mais complexas, esta exige mais do Estado que, obrigatoriamente, teve de aparelhar-se e intervir para contentar minimamente os seus cidadãos.

Atiyah detecta essa situação e obtempera haver uma perda da liberdade significativa com esse movimento. O Autor exemplifica por meio da questão do acesso às universidades inglesas, ao esclarecer que não bastava o interessado ter dinheiro para pagar o curso, porque o referido ingresso dependeria de circunstâncias alheias ao mercado (*non market methods*), ou seja, o preenchimento de regras governamentais.¹⁵⁴ E acrescenta:

Estas perdas da liberdade não afetam apenas os ricos. A tendência do moderno sistema de bem estar, de fornecer benefícios gratuitos ou subsidiados, é precisamente parecida para os pobres [...]. O Estado provê, mas não permite que o indivíduo escolha a forma da prestação ou a venda dos benefícios.¹⁵⁵ (nossa tradução).

¹⁵¹ ATIYAH, 1979. P. 575.

¹⁵² ATIYAH, 1979, p. 576.

¹⁵³ ATIYAH, 1979, p. 577.

¹⁵⁴ ATIYAH, 1979, p. 580.

¹⁵⁵ Texto original: "Such losses of freedom do not apply only to the rich. The tendency of the modern welfare system to provide many free or subsidized benefits in kind has precisely similar results for the poor [...]. The State provides but does not allow the individual to choose the form of the provision, or to sell his benefits." (ATIYAH, 1979, p. 580).

A referência ao *sistema de bem estar* merece alguma análise. Como mencionamos anteriormente, a contar da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, os Estados passaram a nutrir preocupações maiores em intervir para regular as relações de trabalho, de saúde e de segurança social pela via da intervenção econômica. A contar do final dos anos 1920 e início da década de 1930, a partir da Grande Depressão acentuou-se a ideia de um Estado promocional ou social, como pontua Maria Paula Dallari Bucci:

Inovações legislativas importantes da época mudam o panorama da provisão de serviços estatais, como a legislação de acidentes do trabalho, a de proteção da velhice e outras. Surge o Estado social, com suas múltiplas variações. Para François Ewald, trata-se de um tipo de Estado que não se configura nem segundo o modelo liberal nem como transição para um futuro Estado socialista, baseada em medidas de abrandamento da injustiça e dureza do Estado liberal, mas como uma nova entidade positiva, com “as coordenadas de um novo tipo de espaço político com uma lógica interna própria”.¹⁵⁶

O modelo liberal de mercado, contrato e propriedade, com o inafastável reconhecimento da esfera pública ou social, para além da bolha concebida naquele parâmetro idealizado, não conseguiu enfrentar as necessidades que surgiam. Como observa Paulo Lôbo, “as premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da transformação profunda que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade.”¹⁵⁷ Pontes de Miranda, por seu turno, vaticinava que, se o Direito é processo social de adaptação, “[...] a maior adaptação caracteriza-se por essa eliminação progressiva do que fica à mercê das manifestações individuais de vontade”.¹⁵⁸

Surge o que se denominou *crise do contrato*. Clóvis Beviláqua, em artigo originalmente publicado em 1938, analisou a questão e trouxe inicialmente o desalento de Ripert:

Ripert, professor de grande renome, depois de passar em revista a legislação civil de seu país exclama desalentado: “Estamos hoje muito desiludidos sobre o valor do contracto. A theoria da autonomia da vontade está desacreditada pelos philosophos, o liberalismo, abandonado pelos economistas”. E acrescenta: “Assistimos à decadencia da soberania do contracto. Na hora actual, esta decadencia acentua-se rápidamentee.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto; BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo. **Teoria do Estado: sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 52.

¹⁵⁷ LÔBO, 20228, p. 17.

¹⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. (atualizado por Vilson Rodrigues Alves). T. XXII. Campinas: Bookseller, 2003. p. 35.

¹⁵⁹ BEVILÁQUA, 2016, p. 327.

Mais adiante, o pai do Código Civil de 1916 obtempera que “a socialização do direito privado ao de ser o equilíbrio dos interesses de indivíduo e os da sociedade, a harmonia das relações entre as classes sociaes”¹⁶⁰. Uma observação: a manutenção da caligrafia original é interessantíssima para descortinar como foi arcaico o legislador da Lei da Liberdade Econômica, ao pretender fazer regredir o contrato à fase anterior à abordada pelo ilustre civilista pátrio, repita-se, em 1938.

A *crise do contrato* nada mais foi do que a crise do domínio da autonomia da vontade, do individualismo e da liberdade contratual meramente formal. Em outros termos, o contrato não acabou, não morreu, e sim foi ressignificado, de acordo com as novas necessidades de eticidade, equidade e igualdade material.

O alerta de Cláudia Lima Marques é oportuno, a perceber-se o apego do neoliberalismo brasileiro à concepção oitocentista do contrato:

[...] em muitos casos, esta concepção do contrato reaparece travestida de perspectiva, análise ou interpretação meramente econômica, superando a função social do contrato e as linhas de boa-fé, em um neo-individualismo econômico, de forte influência anglo-saxã e utilitarista.¹⁶¹

Por isso, encaramos com reserva a assertiva de que a discussão acerca da dicotomia entre o modelo social e o liberal do contrato estaria superada. Ainda que sob outra designação, ou sobre outra roupagem, os que dizem não haver mais espaço para o liberalismo sem alguma intervenção estatal, vão continuar sustentando a prevalência do mercado, como fato espontâneo¹⁶² e remédio para quase todos os males. Esta visão continua priorizando o individualismo e o voluntarismo em detrimento da socialidade. Na nossa proposta de definição a concepção não será essa.

2.1.3 Uma Proposta de Definição Contemporânea do Contrato

Tecidas as breves digressões necessárias, chegamos o momento de adotar uma definição atual do fenômeno contratual.

¹⁶⁰ BEVILÁQUA, 2016, p. 329.

¹⁶¹ MARQUES, 2019. s/p.

¹⁶² Confira-se, v.g., TIMM, Luciano Benetti: “[...] dentro do modelo econômico de contrato, necessita-se reconhecer a existência do mercado, espaço no qual os contratos ocorrem. O mercado é um espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio. Com efeito, o mercado existe como uma instituição social espontânea, vale dizer, como fato. (TIMM, 2015. p. 198).

A primeira tarefa é restritiva e visa à finalidade deste estudo. O contrato que nos interessa primariamente é o civil ou empresarial, previsto precipuamente no Código Civil. Por conseguinte, escapam do escopo desta investigação o contrato de trabalho, o administrativo e o de consumo. Este último tem uma proximidade maior aos contratos civis e empresariais em decorrência do diálogo das fontes¹⁶³ legislativas (CC e CDC).

Partiremos da ideia comum à doutrina clássica de que o contrato é uma modalidade do negócio jurídico, que por sua vez tem o fato jurídico como gênero maior. As semelhanças, entretanto, são apenas essas, porque a compreensão dos conceitos de *fato jurídico*, *relação jurídica*, e o de *direito subjetivo* deve ser outra. Nesta releitura, tomaremos por base principalmente as ideias de Pietro Perlingieri que influenciou civilistas pátrios importantes da mais nova geração.

O primeiro dado a ser destacado refere-se à unidade do sistema jurídico, que encontra a Constituição como fonte maior. Significa dizer que a norma constitucional não deve ser entendida, como aponta Perlingieri, somente como limitadora da norma ordinária, incidindo de maneira apenas residual¹⁶⁴. Ao contrário, a Constituição apresenta um caráter promocional nítido e erigiu ao centro de todo o sistema a dignidade da pessoa humana¹⁶⁵ como valor fundamental. Logo, o Código Civil não é a “Constituição do particular” e as figuras do Direito Civil, como de resto todas as outras, merecem apenas reconhecimento e proteção na medida em que se amoldem àquela pedra angular e aos demais princípios constitucionais.

O fato jurídico – neste estudo entendido em sentido amplo, o que inclui o negócio jurídico – que “[...] pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica”¹⁶⁶, não deve ser interpretado apenas no seu perfil

¹⁶³ A expressão foi trazida para o Direito Brasileiro por Cláudia Lima Marques: “Erik Jayme ensina que, diante do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgue a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente, coerente e justo. Nasce assim a belíssima expressão semiótica de Erik Jayme, do necessário “diálogo das fontes” (dialogue des sources).” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro : obra completa, (Coord.) Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. s/p).

¹⁶⁴ PERLINGIERI, 2008, p. 570-571.

¹⁶⁵ Podendo ser conceituada como “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73).

¹⁶⁶ PERLINGIERI, 2002, p. 89.

estrutural. Se um fato precisa de apenas uma ou de mais de uma manifestação da vontade, se é instantâneo ou continuado, são aspectos que dizem respeito à sua estrutura. Mas há outra face do fenômeno que é o funcional, ou seja, a função deve responder à pergunta: para que serve o fato? E nesta resposta haverá uma valoração, que considerará as leis e os princípios de um dado ordenamento jurídico¹⁶⁷ guiados teleologicamente pela Constituição. A finalidade do fato jurídico e, ao trazer para o nosso objeto direto do estudo, a finalidade do contrato, portanto, não diz respeito apenas aos interesses particulares dos contratantes.

O que deve ser sublinhado neste contexto é a perda da visão personalista e egoística que campeou o Direito Civil em boa parte do século XX (malgrado tenha havido uma tentativa de ressuscitá-la por meio da Lei da Liberdade Econômica). Perlingieri expõe a concepção de *situação subjetiva*, de sentido diverso e mais abrangente do que o *direito subjetivo*.¹⁶⁸

A definição de *situação subjetiva* é vazada nos seguintes termos: “complexo de direitos e deveres, de prerrogativas e obrigações, que se cria em torno de um fato, ou de um estado, ou um ato, aptos a gerar efeitos jurídicos”¹⁶⁹. Fazem parte das situações jurídicas o direito subjetivo, o direito potestativo, os ônus, o interesse legítimo, o poder jurídico e as obrigações¹⁷⁰. Essas situações não apresentam como elemento essencial um sujeito, eis que podem ser tuteladas sem um titular atual, como no caso da doação feita para nascituros¹⁷¹ ou para a prole eventual.

A expressão *direito subjetivo* não deve ser interpretada sob uma perspectiva monista de tratar-se apenas “[...] do poder individual da vontade do credor, em perspectiva patrimonial, sem que tal poder esteja comprometido com outros valores existenciais mais relevantes do que o mero ter.”¹⁷² Como integrante de uma categoria mais ampla (da situação jurídica subjetiva), de outro lado, o termo deve ser reservado para os casos em que há, na contraposição, um dever jurídico prestacional¹⁷³. Ao tratar da função social da propriedade, entre nós Orlando Gomes

¹⁶⁷ PERLINGIERI, 2008, p. 642-643.

¹⁶⁸ PERLINGIERI, 2008, p. 667-668.

¹⁶⁹ PERLINGIERI, 2008, p. 668, nota 3.

¹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 105.

¹⁷¹ PERLINGIERI, 2002, p. 107.

¹⁷² NALIN, Paulo. **Contrato**: Conceito Pós-Moderno, Do - Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 207.

¹⁷³ TEPEDINO; OLIVA, 2021. p. 105.

complementou esta ideia, ao expor que o direito subjetivo “[...] passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, activa e passiva.”¹⁷⁴

Abre-se, nesta questão, um espaço – haja vista a referência ao dever prestacional – de gizarmos que também a relação obrigacional há de ter uma leitura igualmente pós-moderna. O ponto de partida para esta visão, a rigor, não é novo; foi-nos trazido por Clóvis do Couto e Silva, em 1964, na visão da obrigação como um processo. Vale dizer, “[...] como algo que se encadeia e se desdobra ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”¹⁷⁵. A ideia de encadeamento encontrou eco em Perlingieri, para quem há uma estrutura relacional¹⁷⁶ de fatos, efeitos e fatos jurídicos novos, e para quem sobreleva o aspecto funcional. Para Couto e Silva, há uma série de atos que, em um juízo de cooperação, eis que o credor e o devedor não devem ocupar posições antagônicas, são conducentes ao adimplemento.¹⁷⁷ Em outras palavras, “[...] o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do devedor¹⁷⁸.” Logo, não há apenas *um dever e um direito* em jogo, e sim um plexo de condutas, deveres (principais e laterais ou anexos) e direitos recíprocos.¹⁷⁹

A conexão que Renan Lotufo traz entre o adimplemento e a liberdade complementa e atualiza a concepção da relação obrigacional. O Autor sustenta, com razão, não haver proeminência da figura do credor, por tratar-se de uma relação entre sujeitos de valor igual e complementa:

Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo, mas a ideia de que a liberdade do devedor é que é o fundamento, como já antevisto por Carnelutti, pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento pelo devedor, vai ser dissolvida, e a plenitude da liberdade

¹⁷⁴ GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra**: Coimbra, 1989. p. 425.

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 17.

¹⁷⁶ PERLINGIERI, 2008, p. 728.

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, 2006, p. 19.

¹⁷⁸ COUTO E SILVA, 2006, p. 22.

¹⁷⁹ Fábio Henrique Podestá dá um exemplo didático: “Tenha-se como exemplo as obrigações simples derivadas de um contrato de compra e venda. O comprador tem a obrigação de pagar o preço acordado, enquanto o vendedor o de entregar a coisa. Mas, junto com essas obrigações, estipula a disciplina legal a respeito do dever do vendedor de cuidar da coisa com diligência até o ato da entrega, sob pena de ser responsabilizado pela sua perda se houver culpa (Art. 234, segunda parte, do CC); obrigação do vendedor de assegurar ter a coisa as qualidades que a elas correspondem caso a venda seja feita à vista de amostrar (Art. 484 do CC); obrigação do vendedor, salvo convenção em contrário, de obrigar-se por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição (Art. 502 do CC), e mesmo o direito de recusar a sua prestação enquanto o credor não cumprir a sua, com direito de resolver o contrato (Art. 476 do CC).” (PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**: teoria geral e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008. p. 7.

juridicamente garantida restabelecida para quem a conquistou por sua própria atividade¹⁸⁰.

Os novos juízos sobre as figuras correlatas ao contrato demonstram que o sistema jurídico não gira em torno da vontade individual; também não gravita em torno da propriedade, da defesa do patrimônio. A proteção do ordenamento existe em prol da sociedade. Como estudado, protegem-se situações jurídicas sem um sujeito presente. As situações jurídicas extrapatrimoniais, todavia, gozam de maior proteção.

Nesse contexto, as *relações jurídicas* são relações sociais que produzem, embora potencialmente, efeitos jurídicos ou representam o exercício de liberdades fundamentais na vida social¹⁸¹. Vale destacar os pensamentos de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva:

relação jurídica, mais que regular o poder entre o indivíduo e o bem jurídico ou entre credor e devedor, apresenta-se como regulamento de situações jurídicas subjetivas, que disciplina a conexão entre centros de interesse atribuíveis às titularidades atuais ou futuras.¹⁸²

Sob outro aspecto dessa visão mais consentânea com a contemporaneidade, Edson Fachin assevera que “[...] a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva em conta a situação concreta do sujeito e do objeto”¹⁸³. Na sequência o Autor aponta que, no atinente ao objeto da relação jurídica, os comportamentos passam a ter maior relevância, dando-se ênfase à confiança e à boa-fé para concluir que “[...] o objeto não é mais algo em si; passa a ter função”¹⁸⁴. Significa dizer que as relações jurídicas devem ser prestigiadas e protegidas desde que adequadas finalisticamente ao ordenamento jurídico, em cujo vértice reina a Constituição.

Neste diapasão, a ideia dogmática de que não há relação jurídica entre pessoas e coisas passa a ser questionável. Socorremo-nos uma vez mais de Edson Fachin:

[...] se as relações só são entre pessoas, significa que todas as coisas, já que não podem estar num dos polos da relação jurídica porque não têm “vontade”, estarão sempre submetidas ao poder de alguém. E isto legitima indivíduos de se apropriarem de quase tudo e definir o querer e o não querer: eis o contrato social. Equívoco em vão.¹⁸⁵

¹⁸⁰ LOTUFO, 2003, p. 9.

¹⁸¹ LOTUFO, 2003, p. 101.

¹⁸² TEPEDINO; OLIVA, 2021, p. 101.

¹⁸³ FACHIN, 2012, p. 107.

¹⁸⁴ FACHIN, 2012, p. 108.

¹⁸⁵ FACHIN, 2012, p. 116.

Duas reflexões parecem caber a este tema. A primeira diz respeito à relação entre o homem e o meio ambiente. Se a relação entre o sujeito e a natureza não pode ser uma relação jurídica, na visão tradicional, sobra uma visão coisificada do meio ambiente, como passível de ser apropriado (e destruído) pelo primeiro. Como diz Fachin “[...] é a vida contemporânea, apropriada para se destruir.”¹⁸⁶ A posição ainda não encontra eco em nossa CF, que em seu Art. 225¹⁸⁷ trata o meio ambiente como objeto de Direito, e a sua preservação não como algo intrínseco, e sim como direito de todos. De qualquer forma, como apresentam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, já existem vozes doutrinárias que professam a modificação da visão antropocentrista, que coloca o homem como centro de todas as coisas, e uma cosmovisão ecocêntrica, também denominada de biocentrismo, ecocentrismo ou utilitarismo ecológico¹⁸⁸. Apresentam como arquétipo a Constituição do Equador, promulgada em 2008, que adotou este novo paradigma, cujo capítulo sétimo “[...] é inteiramente dedicado aos Direitos da Natureza, o que demonstra ruptura dos modelos, até então conhecidos, que atribuíam aos seres não vivos a condição de meros objeto de direito.”¹⁸⁹

A segunda reflexão, muito em voga (e polêmica), é a relação de afeto entre o ser humano e os animais de estimação. A superação da classificação de *semovente* e a criação de uma categoria própria, qual seja, a de ser dotado de sensibilidade, ou senciente, bem como as afirmações legislativas existentes de que esses animais não são coisas¹⁹⁰ suscitam a indagação: não haveria, de fato, *relação jurídica* entre a pessoa e o seu *pet*? Embora coubesse um estudo autônomo para tratar do tema, como de resto, da ideia contemporânea de relação jurídica, se tomarmos por base o conceito de Gustavo Tepedino para a expressão *relação jurídica* (relação

¹⁸⁶ FACHIN, 2012, p. 117.

¹⁸⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁸⁸ CAMBI, Eduardo e NEVES, Aline Regina das. Nova virada de Copérnico: meio ambiente como sujeito de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 993, jul. 2018. p. 309.

¹⁸⁹ CAMBI; NEVES, 2018, p. 310.

¹⁹⁰ Confira-se o tratamento dado ao tema no pelos códigos da Alemanha, França e Portugal no seguinte artigo: SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. **RJLB**, n. 4, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt./revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0897_0911.pdf. Acesso em: 6 jul. 2022.

social que produza, ainda que potencialmente, efeitos jurídicos ou representam o exercício de liberdades fundamentais na vida social ¹⁹¹), dificilmente concluiríamos de outra forma ¹⁹².

Nos objetivos sob estudo, essas concepções novas clarificam algumas ponderações. Inicialmente, a necessidade de abandonarmos o modelo clássico-liberal de colocar a vontade de um sujeito abstrato e idealizado como o centro do sistema jurídico civil e, por conseguinte, dos negócios jurídicos bi ou plurilaterais.

Afora essa questão, o caráter teleológico que as relações protegidas pelo ordenamento jurídico devem ter, de acordo com os valores fundamentais e promocionais da Constituição. E, por fim, ao contrário do que possa parecer em uma leitura superficial, como esta concepção constitucional e social coloca o ser humano (concreto e atual) no centro do sistema. Assim o faz ao afastar o *homem médio* abstrato e centrado na vontade personalista.

Verificaremos adiante no presente estudo se a Lei da Liberdade Econômica ateu-se aos contornos pós-modernos do fenômeno contratual ao modificar os artigos do Código Civil que abrem o título a ele relativo.

Uma questão adicional a ser analisada no caminho conducente à conceituação refere-se à patrimonialidade. Na definição clássica, o objeto do contrato “[...] deve versar sobre interesse economicamente apreciável”¹⁹³, como ensinava Washington de Barros Monteiro. O Autor complementava que se o objeto do contrato “[...] não representa um valor (em dinheiro) deixa de interessar ao mundo jurídico, porque lhe falta o necessário suporte para uma ação judicial e subsequente condenação.”¹⁹⁴ Sob outro fundamento, de que os interesses existenciais devem gozar de proteção diferenciada, Tepedino, Konder e Paula Bandeira afirmam “[...] que a ausência de patrimonialidade não conduz, *de per se*, à invalidade do negócio, mas à sua desqualificação como contrato, afastando-se, em princípio, a incidência da normativa contratual [...]”¹⁹⁵.

Divergimos da necessidade dessa patrimonialidade direta. Analisemos a seguinte situação: dois vizinhos firmam um acordo em que um deles não pratique os seus estudos musicais de bateria em dias e horários específicos da semana. Parece claro que o bem jurídico

¹⁹¹ TEPEDINO; OLIVA, 2021, p. 101.

¹⁹² Como obtempera Perlingieri: “Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em ligação entre sujeitos. (PERLINGIER, 2008, p. 732).

¹⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2ª. parte, atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 7.

¹⁹⁴ MONTEIRO, 2003, p.7

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

a ser protegido é de cunho existencial (o sossego, a tranquilidade), bem como o estabelecimento de uma obrigação de não fazer para o vizinho aprendiz de baterista. Qual seria a natureza dessa avença senão a contratual? Claramente, o inadimplemento dessa obrigação de fazer contratada daria suporte para uma ação judicial. E, no nosso sentir, o fato de o direito à tranquilidade ser objeto de contrato não lhe diminui a proteção e, contrariamente, prestigia-a.

O problema, como nós o encaramos, não está no fato de o contrato absorver relações não diretamente patrimoniais, e sim em esclarecer que isso é possível no contrato cujo conceito é agora apresentado; e não na concepção oitocentista da autonomia da vontade. Como adverte Perlingieri, “[...] a disposição de um valor existencial não pode ser colocada no mesmo plano do ato de disposição de uma situação patrimonial¹⁹⁶. Ao analisar o caráter negocial dos atos de disposição do próprio corpo, o Autor destaca a diferença e aponta que o consentimento, em tais casos, tem de ser expresso, pessoal, espontâneo e consciente, bem como o direito de arrependimento há de ser fortemente preservado.¹⁹⁷

Logo, a solução não é afastar do guarda-chuva contratual as avenças que tratem de questões desse jaez (inseminação artificial, *barriga de aluguel*, cirurgias de adequação de sexo, dentre outras, v.g.) e sim aceitá-las com a cautela devida e diferenciada. Afinal, concluímos com Paulo Nalin que “[...] a relação contratual contemporânea não tem como única, ou mesmo precípua, função a circulação de riquezas [...]”¹⁹⁸.

Por outra, não há entre nós dispositivo legal limitador, como o Art. 1.321, do Código Civil italiano¹⁹⁹, de forma que concordamos com Flávio Tartuce quando o Autor afirma que “[...] o contrato da atualidade rompe os seus parâmetros de conteúdo meramente patrimonial, na linha da definição do Código Civil italiano, para afinar-se à tutela da pessoa humana.”²⁰⁰

Falta, enfim, como anunciado no início do tópico, a conceituação do contrato. Com a roupagem nova até aqui listada, parte-se da ideia de que o contrato é um negócio jurídico bilateral (embora nem todo o negócio bilateral, como a remissão de dívidas²⁰¹, v. g., seja contrato) ou plurilateral. Acerca da plurilateralidade, citamos um exemplo interessante relativo

¹⁹⁶ PERLINGIERI, 2002, p. 299.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, 2002, P. 299.

¹⁹⁸ NALIN, 2008, p. 241.

¹⁹⁹ *Il contratto é l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto juridico patrimoniale* (o contrato é o acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial)(nossa tradução).

²⁰⁰ SIMÃO, José F.; BELTRÃO, Silvio R. **Direito Civil**: Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão: Direito Privado. v. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 46.

²⁰¹ Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro. (CC/2002)

aos contratos realizados nas plataformas das economias de compartilhamento, ou *sharing economy*. Além dos interesses de quem negocia diretamente, é comum que haja outros partícipes da contratação, como a empresa de cartão de crédito (que formaliza o pagamento), de quem transporta o produto eventualmente adquirido ou a companhia de seguros (que protege as partes dos riscos)²⁰².

Acrescente-se, na linha de raciocínio de Gustavo Tepedino e de Nelson Konder, que o negócio bi ou plurilateral não pode mais ser conceituado apenas como um acordo de vontades e sim como um instrumento de autorregulação de interesses²⁰³.

Pontue-se, com Paulo Nalin, que se trata de uma “relação complexa solidária”²⁰⁴ A complexidade que o Autor aponta decorre de duas constatações principais. De acordo com a primeira, não se pode pensar no contrato de modo simplista, apenas como uma relação entre um credor e um devedor, “[...] sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual [...]”²⁰⁵. Na segunda, o contrato não pode ser reduzido a um simples acordo de vontades porque este “[...] se posiciona, hodiernamente, antes do acordo, na contratação, na execução e na sua pós-eficácia, movido pela boa-fé.²⁰⁶” A solidariedade, integrante do axioma proposto, por seu turno, advém do Inciso I, do Art. 3º., da Constituição, erigida a objetivo fundamental da República. A solidariedade é um instrumento de consecução dos fins relacionados no mesmo artigo, de erradicação da pobreza, de redução das desigualdades sociais e regionais, de garantia do desenvolvimento nacional e de promoção do bem de todos. Ademais, serve de contrapeso aos interesses mais egoísticos, como anota Nalin:

O mercado, sem dúvida, sempre vai desejar um contrato eminentemente patrimonialista, descartando qualquer atenção aos outros valores (existenciais) envolvidos na relação, eis que tal reverte em custo inútil²⁰⁷.

Sem a pretensão de trazer algo novo, mas apenas sistematizar e sintetizar as ideias expostas neste estágio da pesquisa, para nós, atualmente, o contrato é o negócio jurídico bi ou plurilateral, complexo e solidário, que tem como finalidades concomitantes a composição dos

²⁰² Sobre o tema, confira-se o nosso “O fornecedor “Gatekeeper” na economia do compartilhamento”. (MERIGHI, Ronaldo Guaranha. *et al.* **Superendividamento e proteção ao consumidor**: Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA. Cláudia Lima Marques e Andréia Fernandes de Almeida Rangel (Org.) Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 287-306).

²⁰³ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 15-17.

²⁰⁴ NALIN, 2008, p. 253.

²⁰⁵ NALIN, 2008, p. 254.

²⁰⁶ NALIN, 2008, p. 254.

²⁰⁷ NALIN, 2008, p. 254.

interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais dos contratantes e a proteção de valores sociais, dentre os quais a livre circulação de riquezas, que visa a assegurar e a promover a todos uma existência digna, conforme os ditames da Constituição.

A Constituição é *dirigente*, como mencionamos anteriormente, e tem no contrato um dos instrumentos jurídicos disponíveis para buscar a melhoria das condições sociais e econômicas da população.

Veremos, a seguir, como a conformação do conceito de contrato à Constituição encontra eco em temas que lhe são próximos, como a livre iniciativa, a autonomia privada e a liberdade contratual. Sobre esta última, dedicaremos também algumas outras linhas no capítulo de nº 4.

2.2 REFLEXOS CONSTITUCIONAIS: AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E A LIVRE INICIATIVA

Apontamos, com Perlingieri, que na conformação do Direito Civil, e conseqüentemente na dos contratos, a Constituição não deve aplicar-se apenas de modo residual. Assim, qualquer contrato há de ser balizado socialmente pelos valores fundamentais da Lei Maior; aqueles que trazem o ser humano ao centro do sistema jurídico nacional, pois, como escreve Teresa Negreiros, neste novo centro ao invés do indivíduo surge a pessoa.²⁰⁸

Portanto, como leciona Flávio Tartuce, pairam, fundamentalmente, sobre o contrato “[...] as influências superiores da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inc. III), da solidariedade social (Art. 3º, inc. I) e da igualdade material (Art. 5º, “caput”) [...]”²⁰⁹

Se, por exemplo, em um contrato de seguro de vida que se renova a décadas, e portanto um contrato relacional²¹⁰, a seguradora pretende a sua não renovação porque o segurado está em idade muito avançada (para os seus cálculos atuariais), deve haver intervenção judicial²¹¹

²⁰⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

²⁰⁹ SIMÃO; BELTRÃO, 2015, p. 39.

²¹⁰ Sobre os contratos relacionais, confira-se: GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, 2006. p. 180-222.

²¹¹ Em situação similar, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu também com base na Dignidade da Pessoa Humana, em acórdão assim ementado: “Seguro de vida e acidentes pessoais. Ação de obrigação de fazer. Os elementos reunidos aos autos demonstram que a intenção do autor, desde o início, era contratar seguro individual, e não em grupo. Ausente prova inconteste de que o autor teve ciência e concordou com a alteração da modalidade do seguro, incabível a recusa, imotivada e unilateral, da seguradora em renovar o contrato. Sentença mantida com fundamento no Art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso improvido.” (TJSP - Apelação Cível n. 103369096.2020.8.26.0100 - Relator Desembargador GOMES VARJÃO. Data do julgamento: 23.11.2021).

para adequar a situação aos ditames da Carta Magna, o que ocorre não apenas por conta dos princípios da legislação infraconstitucional (CDC e CC/2002), mas principalmente por força da Lei Maior. No nosso sentir, a falta de renovação do contrato nesse caso ofenderia a solidariedade social, em prejuízo da parte desigual (segurado idoso), de modo a afetar uma velhice digna.

Os críticos da constitucionalização das relações privadas indagarão: para que invocar a Constituição se a questão poderia ser dirimida com base no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor? Porque, como nos demonstrou a Lei da Liberdade Econômica, os códigos podem ser alterados, em desalinho, inclusive, com as diretrizes constitucionais.

Os porventura contrários à concepção pós-moderna do Direito Contratual certamente se apegarão à liberdade contratual e à livre iniciativa, ao sustentarem que a seguradora não estava obrigada a contratar. E, neste aspecto, a resposta é definitiva: a liberdade contratual deve ser relida sob a lente da Constituição e não representa de forma alguma uma sombra daquela ideia advinda da autonomia da vontade.

Para que essa ideia desenvolva-se bem é preciso que se faça previamente algumas conceituações e diferenciações entre os temas que se entrelaçam, quais sejam: a autonomia da vontade; a autonomia privada e a livre iniciativa (um valor prestigiado diretamente pela Constituição).

2.2.1 A Autonomia da Vontade

Se compreendermos o Direito de modo sistemático, perceberemos que as ideias estão interligadas e fazem sentido. Assim, se no Liberalismo o centro do sistema era o indivíduo, como ensina Orlando Gomes (um dos seus críticos,) os valores máximos eram a liberdade e a igualdade formal²¹², a vontade individual ocupava um lugar de imenso destaque. Logo, a fonte primária do contrato, erigido pelo individualismo jurídico “[...] à altura de instrumento insubstituível das relações humanas”²¹³, era a vontade humana.

Por esse motivo a *autonomia da vontade*, definida por Sílvio Rodrigues (adepto da ideia liberal do contrato) como a “[...] prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na

²¹² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 60.

²¹³ GOMES, 1983, p. 68.

órbita do direito [...]”²¹⁴, um dos princípios principais do *velho* contrato.²¹⁵ De acordo com o Autor, o princípio da autonomia da vontade “[...] se desdobra em dois outros, a saber: a) o princípio da liberdade de contratar ou não contratar; e b) o princípio da liberdade de contratar aquilo que entender”.²¹⁶ Sílvio Rodrigues ressalva os limites da autonomia como as normas de ordem pública e os bons costumes²¹⁷. Vale lembrar, com Orlando Gomes, que no entendimento de sua época, as limitações deviam ser mínimas e cabia como finalidade do Direito “[...] assegurar ao indivíduo os meios para que expanda livremente sua atividade [...]”²¹⁸ volitiva.

Como mencionava Léon Duguit, em 1911, as ideias da autonomia da vontade e da liberdade contratual, “[...] como uma construção lógica, é perfeito. É a dedução rigorosa do sistema individualista. Mas infelizmente essa construção não está de acordo com os fatos”. (tradução nossa).²¹⁹ Afinal, como sentenciava Otto Von Gierke, essa liberdade ilimitada de contratação é “[...] uma arma formidável nas mãos dos fortes, um instrumento atrofiado nas mãos do fraco” (tradução nossa).²²⁰

Veremos, sequencialmente, como a ideia da autonomia da vontade perdeu força e deu lugar à autonomia privada.

2.2.2 A Autonomia Privada

Desde o começo do século passado a autonomia da vontade era questionada, ante a insuficiência de ser apontada como uma fonte principal e primária dos contratos. Não se deve esquecer daquela passagem, mencionada neste texto em algumas oportunidades, do Estado Liberal para o Estado Social, embasada, juridicamente, nas Constituições Econômicas, que passaram a trazer direitos sociais, mormente a Constituição de Weimar. Por conta dessa nova concepção, os reflexos na esfera contratual também foram sentidos. Isso redundou, dentre

²¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

²¹⁵ De acordo com o mesmo Sílvio Rodrigues, ao lado do princípio da relatividade das convenções e da força vinculante do contrato, formaria o “alicerce da teoria contratual”. (RODRIGUES, 2002.).

²¹⁶ RODRIGUES, 2002, p. 16.

²¹⁷ RODRIGUES, 2002, p. 17.

²¹⁸ GOMES, 1983, p. 60.

²¹⁹ DUGUIT, Léon. **La autonomía de la voluntad**. Buenos Aires: Pacífico Editores, 2015. p. 20: “como construcción lógica, es perfecta. Es la deducción rigurosa del sistema individualista. Pero desgraciadamente esta construcción no concuerda con los hechos

²²⁰ GIERKE, , 2018, p. 43. No original: “La ilimitada libertad de contratación se aniquila a sí misma. Un arma formidable em manos fuertes, un instrumento embotado en manos del débil”.

outras coisas, na prevalência da igualdade material sobre a formal, como relaciona Fernanda Amaral Gurgel:

[...] o Estado passa a assumir uma posição intervencionista, protecionista e reguladora, o que se dá principalmente através de normas que garantem a paridade entre as partes da relação jurídica e a preservação de condições mínimas de dignidade da pessoa humana, além de combater a má-fé, o lucro desproporcional, e o aproveitamento da situação de desigualdade por uma das partes contratantes²²¹.

Houve, assim, a ressignificação desse conteúdo de liberdade contratual, mediante o reconhecimento de não haver uma autonomia com traços eminentemente individualistas, como a autonomia da vontade, e sim uma outra, que implicava na concessão de poder de autorregulação pelo Direito para que as partes exercessem-no, qual seja, a autonomia privada. A autonomia privada, para a Autora, “[...] é o poder jurídico normativo conferido às partes para autorregulamentar as suas relações jurídicas particulares, desde que obedecidos os limites impostos pela lei”.²²²

Poderíamos dizer que a autonomia da vontade também era limitada pela lei, o que é verdade. Lembremos, no entanto, que a intervenção devia ser mínima, ao passo que a autonomia privada só merece proteção quando o ato autônomo é merecedor de tutela. E, desta forma, “[...] a manifestação de vontade perde sua centralidade na normativa contratual, especialmente deixa de ser seu fundamento de obrigatoriedade, mas continua a representar o momento dinâmico da relação jurídica e cerne da estrutura dos negócios jurídicos”²²³, como pontuam Tepedino, Konder e Bandeira.

A rigor, devemos afirmar com Perlingieri que, para além do conceito proposto anteriormente por Fernanda Amaral Gurgel, a questão não é apenas de *limites legais* ou de licitude: é também de merecimento e funcionalização, pois como diz o Mestre italiano, “[...] a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais.”²²⁴. Como argumenta Paulo Lôbo, há de superar-se a ideia de autonomia privada apenas na sua visão *defensiva*, como a “[...] independência ou incolumidade em prol da ideia de autonomia

²²¹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do código civil de 2022. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. São Paulo, n. 9, nov. 2004. p. 44.

²²² GURGEL, 2004, p. 46.

²²³ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 59.

²²⁴ PERLINGIERI, 2002, p. 277.

como autodeterminação, mais adequada à realidade e legitimação da atuação positiva do Estado[...].²²⁵

Consequentemente, as partes têm liberdade para contratar desde que essa liberdade mereça uma proteção estatal, por adequar-se não apenas aos limites legais, infraconstitucionais (mais numerosos que antes, dada a presença de mais normas de ordem pública) como também, e principalmente, aos valores da Lei Maior (nomeadamente os mencionados no início deste tópico: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial).

2.2.3 Livre Iniciativa

Discorreremos, na sequência, acerca da correlação entre a autonomia privada e a livre iniciativa.

A livre iniciativa vem inicialmente prevista no inciso IV, do Art. 1º, da CF²²⁶, o qual estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil. Como se vê na citada norma ela surge ao lado do trabalho, como um *valor social*.

Pouco depois, o Art. 3º, da mesma Carta Magna, relaciona os objetivos fundamentais da República: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”.

Como anota André Ramos Tavares, a justiça social permeia toda a Constituição, deixando clara a ideia de prevalência do social sobre o individual e “[...] impõe uma restrição ao princípio da livre iniciativa (e da liberdade em geral).”²²⁷ Mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica, no Art. 170, a Constituição voltará a tratar da livre iniciativa, que surgirá, uma vez mais, ombreada com a valorização do trabalho humano, com a finalidade de garantir a todos existência digna, conforme os preceitos da justiça social. Como ensinam Ingo Wolfgang Marinoni e Daniel Mitidiero, a livre iniciativa estará, consequentemente, vinculada à sobredita garantia de trazer a todos existências dignas²²⁸.

²²⁵ LÔBO, 2022, p. 60.

²²⁶ 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: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²²⁷ TAVARES, 2022, p. 370.

²²⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 285.

Portanto, a primeira nota que deve ser consignada é que no âmbito constitucional não se estabeleceu em momento algum a livre iniciativa como um princípio superior ou isolado. Em um Direito Civil conformado à Lei Maior, evidentemente, a leitura não pode ser outra.

Na intersecção entre a livre iniciativa e autonomia privada, partimos, com Orlando Gomes, da premissa de que a primeira é a versão econômica da liberdade de contratar²²⁹; ou, como explicita Fernanda Amaral Gurgel, “[...] a liberdade individual, evidenciada no poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses, se manifesta no plano econômico através da livre iniciativa”²³⁰. Tivemos oportunidade de defender neste trabalho que o contrato não se limita às relações econômicas, o que faz oportuno frisar com Perlingieri, que a autonomia privada não se encerra na livre iniciativa:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa).²³¹

Mas, a importância do contrato na circulação e distribuição de riquezas, nem por esse motivo pode ser minimizada. No bom funcionamento do mercado, como ensina Ricardo Luiz Lorenzetti, “em relação ao sistema econômico, existem os direitos contratuais e de propriedade individual, mas também a necessidade de coordenação com o mercado através do controle de abuso de posição dominante e a fraude à lei.”²³²

Por conseguinte, não se pode perder de vista que, se o seu equivalente econômico-constitucional (a livre iniciativa) está imbricada a outros valores que visam, como ensina André Ramos Tavares, “[...] ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco”²³³, o mesmo há de ocorrer com a autonomia privada. Significa anotar que a funcionalização aplicada à livre iniciativa no ambiente constitucional, corresponde à mesma funcionalização a ser imposta à autonomia privada, na seara contratual. Ou, como giza Perlingieri, a autonomia privada há de

²²⁹ GOMES, 1983, p. 69.

²³⁰ GURGEL, 2004, p. 49.

²³¹ PERLINGIERI, 2002, p. 275-276.

²³² LORENZETTI, Ricardo. A Codificação no Direito Privado no Século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 114, ano 26. São Paulo: RT, nov./dez. 2017. p. 326.

²³³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 138.

ser permitida na medida em que garanta a “[...] realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis [...]”²³⁴.

Ora, dessa forma, se as concepções de licitude, merecimento e funcionalização balizam a autonomia privada e, portanto, a liberdade de contratar, e o contrato é (também) motor da atividade econômica, estando a livre iniciativa igualmente confinada pelos mesmos valores, nenhuma lei infraconstitucional poderia contrariar os sobreditos marcos maiores.

O legislador da Lei da Liberdade Econômica certamente não considerou todos esses fatores quando procurou atribuir à livre iniciativa, e por conseguinte, à autonomia privada estatura maior ao que de fato possuem. O fez por declarada visão ideológica, como veremos.

Antes, porém, cabe analisarmos o Código Civil de 2002, na sua Parte Geral do Direito Contratual.

2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS

O CC/02 inaugurou o seu Título V, denominado “Contratos em Geral”, com dois artigos que tipificaram novos, ao menos em termos legislativos, princípios contratuais, quais sejam: O Princípio da Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé Objetiva. Para contrapô-los aos princípios contratuais tradicionais eles ficaram conhecidos como princípios sociais. Como foram atingidos pela LLE, faz-se necessária uma abordagem do código e de suas linhas mestras.

2.3.1 A Necessidade de um novo Código ou de um Código Civil

Citamos anteriormente as dificuldades relatadas por Clóvis Beviláqua para a elaboração do primeiro Código Civil, que surgiu 94 anos após a Independência do Brasil. Trata-se de uma legislação que começou a ser gestada, portanto, ao final do século XIX, eis que foi “[...] concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por individualismo acendrado.”²³⁵

Gilberto Bercovici apresenta uma hipótese interessante que teria justificado a demora para a elaboração do Código Civil, previsto pela Constituição de 1824. Ensina o Autor que as

²³⁴ PERLINGIERI, 2002, p. 19.

²³⁵ REALE, Miguel. **Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do código civil**, datada de 16 jan. 1975. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54252/exposicao_motivos_supervisor_reale.pdf. Acesso em: 14 jul. 2022. p. 10.

codificações criminal e comercial foram consideradas prioritárias pelo Estado Imperial. Assim, o Código Criminal foi aprovado em 1830 e o Código Comercial em 1850. Afora esta questão:

O Código Comercial de 1850 não foi uma decisão isolada. No mesmo ano, poucos meses depois, foram promulgadas outras duas leis que, em conjunto com o Código Comercial, iriam estruturar juridicamente a ordem econômica liberal no Brasil, esvaziando, esta é minha hipótese neste texto, o discurso sobre a necessidade da codificação civil. Esta pode ser uma das ou a causa da não codificação civil no Brasil do século XIX²³⁶

O Autor refere-se à Lei Eusébio de Queirós (Lei nº. 581/1850), que extinguiu definitivamente o tráfico de escravos e a Lei de Terras (Lei nº. 601/1850) que permitiu a passagem de uma economia escravagista para uma economia centrada na propriedade da terra; ou seja, em 1850 “os pilares da ordem econômica de mercado: propriedade privada, segurança jurídica e garantia dos negócios”²³⁷ estavam edificadas no Brasil. Esta análise reforça acentuadamente o cenário – liberal, patrimonialista e elitista – que precedeu o CC/1916.

Antes do CC/2002 houve três tentativas de modernização do Código velho. A primeira delas, um anteprojeto de Código de Obrigações, em comissão formada por Philadelpho de Azevedo, Orozimbro Nonato e Hahnemann Guimarães que, em 1941, apresentou somente a parte geral, sem que fosse aproveitada²³⁸. Posteriormente, o Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, de 1963, arrojado para a época (cuidava, por exemplo, de estabelecer a igualdade entre os cônjuges), que foi vencido, como vaticinado pela comissão, “pelos espíritos conservadores”²³⁹. Quase simultaneamente “[...] foi incumbido de elaborar o Anteprojeto de Código de Obrigações o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, que o concluiu em 25 de dezembro de 1963, entregando-o com 952 artigos[...].”²⁴⁰ O projeto também não seguiu adiante por motivo do golpe de 1964.

A tentativa de reformulação vingou a partir da nomeação de nova comissão, em 1967. Segundo o supervisor da comissão, Miguel Reale, a mudança de rumo, do individualismo do

²³⁶ BERCOVICI, Gilberto. Codificação e ordem econômica liberal no Brasil do século XIX: um esboço. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, abr. 2016. p. 39.

²³⁷ BERCOVICI, 2016, p. 40.

²³⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Elaboração ou revisão de código civil, tarefa árdua. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 34-43, jan./abr. 1969.

²³⁹ SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Orlando Gomes, um anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do Direito. **Revista de Direito Privado**, v. 104, mar. 2020. p. 21.

²⁴⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Aspectos da contribuição de Caio Mário da Silva Pereira ao direito brasileiro. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. v. 16, n. 1, p. 44, jan./jul. 2004.

século XIX, para uma “[...] nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social”²⁴¹ mostrou a necessidade de um novo código. Reale destacou como linhas mestras do novo código a socialidade e a concreção; ou seja, a necessidade que a nova lei tivesse aplicação concreta e efetiva e também eticidade²⁴².

O projeto de lei capitaneado por Reale, de nº 634, “[...] foi enviado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo em 1975, foi aprovado e posteriormente sancionado pelo Presidente da República, no dia 10 de janeiro de 2002.”²⁴³ Como se percebe, entre um termo temporal e outro passaram-se vários anos. Houve a redemocratização do País e, em 1988, a Constituição, razão pela qual o texto precisava de uma atualização inevitável. Cita-se o testemunho do Relator do Projeto aprovado, Ricardo Fiúza:

[...] cuidei de propor as necessárias alterações, cujo objeto básico era adequar o texto às inovações constitucionais e legais posteriores a sua tramitação na Câmara e no Senado Federal, completando o trabalho de atualização do projeto, inclusive no que tange à prejudicialidade de determinados dispositivos, cujos preceitos não guardavam a devida contemporaneidade.²⁴⁴

Ricardo Fiúza defendeu a correção de colocar-se em vigor um novo Código Civil, por reconhecer haver dois grupos opositores principais à nova lei. No primeiro, os que entendiam ser melhor uma simples atualização do Código de 1916 e no segundo, “[...] os que propalavam o esgotamento do processo histórico-cultural da codificação.”²⁴⁵

A primeira oposição era certamente mais motivada pelo conservadorismo. Afinal, pretender que uma lei ligada ideologicamente ao século XIX continuasse a tratar das relações civis em pleno século XXI (sem contar o abismo tecnológico) não parece ser a posição corrente nos dias atuais. Outros códigos igualmente vetustos foram apenas atualizados em outros Estados. Mas, a situação deles era outra, como expõe o Relator do CC/2002:

[...] esses Códigos foram modificados e atualizados com o passar dos anos, e as atualizações foram sendo inseridas no próprio corpo do texto, de modo que eles nunca se desatualizaram. Em nosso caso, num processo de completa atecnia, para não dizer desorganização legislativa, foram sendo editadas sucessivas leis extravagantes versando sobre temas tratados no Código Civil; em vez de serem inseridas no texto codificado, simplesmente alterando ou complementando dispositivos, essas leis

²⁴¹ REALE, 1975, p. 9.

²⁴² REALE, 1975, p. 13.

²⁴³ FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XX.

²⁴⁴ FIUZA, p. XII.

²⁴⁵ FIUZA, p. XVIII.

revogaram artigos, até mesmo capítulos inteiros do Código, transformando-o em verdadeira colcha de retalhos.²⁴⁶

A essa argumentação, mais pragmática, acrescentamos que, se contada a Constituição de 1891, vigente na época de elaboração e vigência do CC/1916, até 2002 foram seis (1891, 1934, 1937, 1946 e 1988) as Constituições que vigoraram entre nós. No campo político, foram vários períodos de regimes autocráticos dentro deste lapso temporal. Não há como se comparar, em termos de estabilidade jurídico-democrática, Estados como a Alemanha ou a França com a nossa realidade.

O Código de 1916 estava impregnado de valores que atualmente não fazem (ou pelo menos não deveriam fazer) mais sentido: individualismo, patrimonialismo, machismo e demais preconceitos que apenas uma mudança de eixo poderia buscar corrigir. Em outros termos, era necessário um novo código. Se aquele não foi o ideal, mantendo vários dispositivos do Código velho, se foi aquém do que devia ter sido alterado (e é sempre bom lembrar que um código é fruto de negociações legislativas) são críticas válidas. Não obstante, concretude, socialidade e eticidade são valores que permearam o novo Diploma²⁴⁷ e estão de acordo com a ordem constitucional vigente.

A segunda questão enunciada neste tópico, referente ao problema da codificação, encontra argumentos mais contemporâneos, há de se reconhecer. Francisco Amaral bem sintetiza entre nós a ideia da descodificação. Inicialmente ele a define como:

[...] um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos.²⁴⁸

Sustenta o Autor que se a codificação marcou a síntese de um período histórico, a descodificação seria a antítese, tendo surgido a partir da ideia de pluralidade, de modo a abandonar o monossistema e a centralidade do Código Civil, que passaria a ter um papel residual (eis que o papel central é reservado à Constituição). O Autor afirma que o civilista não

²⁴⁶ FIUZA, p. XIX.

²⁴⁷ Nas palavras do próprio Miguel Reale: “[...] é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.” (REALE, Miguel. **O Sentido do novo código civil**. (2020). Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>. Acesso em: 15 jul. 2022).

²⁴⁸ AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Direito e Justiça**, v. 13, n. 1, 1999. p. 143.

é mais um *estudioso enciclopédico* e sim um especialista setorial em microsistemas e conclui que:

[...] observadas as tendências contemporâneas da constitucionalização, personalização e descodificação que, se atestam a crise da sistematicidade e reconduzem os juristas à prática de um novo empirismo na doutrina e a uma nova exegese na interpretação, permitem a reconfiguração do Direito Civil como o direito básico e nuclear da pessoa humana.²⁴⁹

Paulo Nalin faz-lhe coro ao dizer que “a própria ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico já comporta, em si mesma, a premissa de falência do sistema codificado”²⁵⁰.

Não obstante a solidez dos argumentos, em nosso ver os fatores apontados, com os quais concordamos, não conduzem necessariamente ao fenômeno da descodificação que, no Brasil, traria mais mal do que bem.

Que o Código Civil deixou de ocupar a posição de vértice do sistema jurídico e perdeu o seu posto para a Constituição, não há dúvidas. Também é fato que há microsistemas, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato, apenas para ficarmos em áreas mais próximas ao Direito Civil, é igualmente verdadeiro. Mas, como, observa Natalino Irti, com o aumento constante das leis especiais, os códigos civis passam a desempenhar uma função distinta, deixando de representar exclusivamente o direito especial das relações privadas para focarem-se no direito comum, regulando situações mais abrangentes e gerais²⁵¹.

Há de se pensar nas dificuldades legislativas imensas em propor a descodificação do Direito Civil, quando quase todos os nossos *ramos* do Direito têm os seus códigos específicos. Há uma tradição mais do que secular nesse sentido.

Invoca-se outra razão pragmática: o ensino jurídico. Ao pensar atualmente em ensino jurídico não refletimos apenas nas universidades de ponta ou de excelência, e sim nas centenas de faculdades de Direito espalhadas pelo Brasil²⁵², com professores das formações mais variadas e alunos dos estratos socioculturais mais diversos. Com todas as críticas que podem ser feitas à qualidade desse ensino de massa, imaginamos a dificuldade de sistematizar-se o

²⁴⁹ AMARAL, 1999, p. 144.

²⁵⁰ NALIN, 2008, p. 87.

²⁵¹ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1999, p.11.

²⁵² Estimados em mais de 1500 cursos. In: Brasil tem mais de 1.500 cursos de Direito, mas só 232 têm desempenho satisfatório. (FREITAS, Hyndara. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>. Acesso em: 15 jul. 2022).

aprendizado sem a condensação das matérias em códigos. Mal ou bem, são *bússolas* mais efetivas do que planos de ensino pouco fiscalizados por quem de direito.

Outro dado a considerar é o potencial legiferante brasileiro e a baixa qualidade técnica das leis aprovadas. Se nas modificações dos códigos o legislador é pródigo em contradições, imagina-se o caos que seria se houvesse apenas leis extravagantes.

Respondemos, portanto, positivamente à segunda indagação epigrafada acerca da conveniência em manter a matéria civil codificada e arrematamos com a observação de Perlingieri:

Nem se pode afirmar que a época dos códigos acabou: isto parece desmentido pela comparação com numerosos países do mundo e representa uma atitude cética sobre a possibilidade de uma futura nova codificação, embora precedida por fenômenos de unificação dos textos legislativos. Um sinal nesse sentido encontra-se no difuso retorno aos textos únicos e na codificação em setores diversos.²⁵³

Analisa-se, na sequência, como o CC/2002 tratou do fenômeno contratual e aplicou-se-lhe os princípios fundantes, mencionados por Miguel Reale, da concretude, socialidade e eticidade, bem como se adequou às diretrizes maiores da Constituição. Como pontua Ricardo Lorenzetti, afinal, “um código do século XXI deve ser uma concretização do Estado de Direito, como limite e como um projeto constitucional.”²⁵⁴. Veremos mais adiante, por outra, se a Lei da Liberdade Econômica, ao modificar artigos do CC/2002, comportou-se da mesma (e esperada) maneira.

2.3.2 As Cláusulas Gerais e os Princípios: Distinções e Semelhanças

Se os três pilares básicos do Código Civil de 2002 foram a concretude, a socialidade e a eticidade, os três valores podem ser bem identificados logo no início do título que trata dos contratos²⁵⁵; ou pelo menos podiam, antes das modificações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica.

A concreção (ou concretude) a que faz referência Miguel Reale, surge de uma preocupação externada por ele de “[...] dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que

²⁵³ PERLINGIERI, 2008, p. 188.

²⁵⁴ LORENZETTI, 2017, p. 322.

²⁵⁵ Ao traçar um paralelo com o Código de 1916, o primeiro artigo que abria as disposições gerais da lei revogada, o Art. 1.079, tratava da manifestação de vontade, tácita ou expressa, na formação do contrato, e ilustrava o seu caráter voluntarista.

conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade”²⁵⁶. Assim, houve também o cuidado de utilizar uma técnica legislativa que permitisse, tanto quanto possível, que a lei não *envelhecesse*, ou que não se perdesse em fórmulas excessivamente casuísticas. Por esse motivo, eis a preferência pelas denominadas *cláusulas gerais*, que, como define Fábio Ulhoa Coelho, “[...] são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos, destinados a deixar em aberto a questão nos exatos contornos do seu âmbito de incidência”²⁵⁷. Esta técnica foi elogiada por Judith Martins-Costa, para quem elas:

[...] conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.²⁵⁸

O CC/2002 dispôs sobre a parte dos contratos com dois desses conceitos abertos, ou indeterminados, quais sejam: a função social do contrato (Art. 421, posteriormente modificado pela Lei nº. 13.874/2019) e a boa-fé (Art. 422). Aliás, essas cláusulas gerais estampam os outros dois pilares: a socialidade (na função social do contrato) e a eticidade (na boa-fé objetiva), que receberão análise mais acurada na sequência.

As críticas a este tipo de técnica legislativa em geral resvalam na preferência nostálgica pelo Positivismo e pelos ideais oitocentistas. Deste mesmo matiz são as opiniões que sustentam dar poderes demasiados aos juízes e trazer insegurança jurídica. Ora, se o CC/2002 é uma legislação social, cabe, de fato, uma atuação mais criativa dos juízes, como preceitua Mauro Cappelletti. Como leciona o Autor, “tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do Estado [...]”²⁵⁹. E quem mais, senão o julgador, há de promover a aplicação concreta dos preceitos e a promoção dos valores previstos? Em tempos de inteligência artificial, os detratores mais extremados das cláusulas gerais certamente prefeririam leis mais casuísticas e robôs, adredemente programados de acordo com os interesses dominantes, para que a subsunção se desse de modo *matemático*.

²⁵⁶ REALE, 1975, 2022, p. 12.

²⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um Sistema em Construção (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito**, 1998,. p. 131-132.

²⁵⁹ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** (Trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 42.

Tivemos oportunidade de questionar anteriormente a questão da segurança jurídica, em que se coloca a incongruência de exigirem-se posições demasiadamente concretas em um *mundo líquido*. Acresça-se a observação de Teresa Negreiros, em que a segurança ou a insegurança são noções relativas e que o “[...] apego que os operadores do Direito têm pelo formalismo é fonte de segurança para os que se beneficiam do *status quo*, e de insegurança para os que aspiram por mudança.”²⁶⁰ Além disso, não há segurança jurídica possível sem segurança político-institucional²⁶¹, algo que os *ultraliberais* e autodeclarados *conservadores* de hoje parecem esquecer convenientemente.

Afora essa questão, o juiz interpreta os conceitos abertos, mas não o faz de modo atécnico. Há o dever legal de fundamentar as decisões judiciais, de inspiração infra (Art. 489, Inciso II, §1º, do Código de Processo Civil (CPC)) e também constitucional (Art. 93, Inciso IX). Há também o sistema de precedentes, alguns vinculantes, inclusive, prestigiado fortemente pelo CPC/2015.

Há uma outra abordagem crítica das cláusulas gerais, levada a estudo por Diogo Pitta acerca da sua origem. Segundo a pesquisa do ensaísta, elas teriam sido usadas pelo Nazismo como mecanismo de implantação do Nacional-socialismo²⁶². Mas, a uma, não fossem as cláusulas gerais, os nazistas teriam certamente encontrado uma outra forma de dar um verniz jurídico para as suas ideias autocráticas. Afora esse aspecto, nem tudo que foi utilizado pelo Nazismo há de ser contaminado por esse uso indevido. O regime autoritário alemão também desvirtuou a Constituição de Weimar, v. g., ao usar a função social da propriedade para expropriar bens durante a Segunda Guerra.²⁶³

Por fim, obtemperamos que a utilização das cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados não é privilégio do CC/2002. Além de ter sido adotada por outras leis e códigos, a Constituição delas faz uso, como observa Judith Martins-Costa: “Hoje a sua inspiração,

²⁶⁰ NEGREIROS, 2006, p. 86-87.

²⁶¹ Quando o Presidente da República questiona, por exemplo, o STF e as próprias eleições, como já fez certamente causa instabilidade política e jurídica. (BBC. **As ameaças de Bolsonaro em discursos no 7 de Setembro**. (2021). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58479785>. Acesso em: 4 ago. 2022.)

²⁶² PITTA, Diogo. Cláusulas gerais, um passado “marrom”? **Consultor Jurídico** (dez. 2021). Disponível em: ConJur - Cláusulas gerais, um passado 'marrom'? (Parte 1). Acesso em: 18 jul. 2022.

²⁶³ Neste sentido: “Uma "nova abordagem para a propriedade privada na Alemanha, nas décadas de 30 e 40, ligada ao atributo exclusivo da nacionalidade, acabava por servir de instrumento ideológico e institucionalizante do Estado nazista a justificar uma "aparência" de integração social do povo alemão, além do pretexto de incentivar de formas de produção de riquezas para a economia da guerra. Só poderia ser proprietário o cidadão originalmente alemão, independentemente que terra constituísse pequeno módulo rural.” (POLIDO, 2006, p. 32.

mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos.”²⁶⁴

Há uma distinção a ser feita, antes de prosseguirmos, entre a cláusula geral e o princípio, sem que desenvolvamos uma análise mais profunda do que a estritamente necessária para o tópico em questão²⁶⁵. A advertência é necessária porque, como leciona Judith Martins-Costa, a noção de princípio jurídico “[...] é polissêmica e polêmica.”²⁶⁶, atribuindo-lhe, com base em doutrina, nada menos do que sete significados possíveis²⁶⁷. Dentre eles, a Autora toma o significado de *princípios prescritivos*, ou seja, “[...] apenas aqueles dotados de caráter normativo é que, tendo o atributo da prescritividade, têm o poder de incidir e, assim, vincular as condutas a que se referem”²⁶⁸, para fazer a distinção: “[...] as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os prevejam em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.”²⁶⁹ Prossegue a Autora ao asseverar que os princípios sempre se referem a um valor interno, ao passo que isso não ocorre necessariamente com as cláusulas gerais:

[...] a distinção está em que os princípios têm referência direta a um valor; enquanto as cláusulas gerais podem ter referência direta (como a cláusula geral da boa-fé objetiva) ou indireta (como a cláusula geral de preenchimento de lacunas mediante o reenvio a outras instâncias normativas, prevista no Art. 7.o do CDC que remete o intérprete a outros espaços normativos – tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, legislação interna ordinária, regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes – em busca de «outros direitos» concedidos ao consumidor).²⁷⁰

Adicionalmente, Judith Martins-Costa considera possível a existência de princípios não positivados, ao passo que as cláusulas gerais sempre devem ser expressas em lei²⁷¹. A Autora vislumbra cláusulas e princípios na cláusula geral da boa-fé objetiva (e na cláusula da função social do contrato, acrescentamos nós), concomitantemente, eis que “entre os princípios normativos e as cláusulas gerais de tipo regulativo, que reenviam a realidades valorativas, não

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, 1998, p. 131.

²⁶⁵ Para aprofundamento do tema vide GRAU, 2006. p. 141 *et seq.*

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 162.

²⁶⁷ Um conceito de *princípio* muito usado no universo jurídico é o de Miguel Reale “Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento”. Como adverte o próprio autor, a definição é dada sob o aspecto lógico. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 330).

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, 2018, p. 165.

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, 2018, p. 165.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, 2018, p. 169.

²⁷¹ MARTINS-COSTA, 2018, p. 170.

há distinção.”²⁷² A boa-fé e a função social são prescritivas e estão positivadas em cláusulas gerais cujos valores devem ser buscados diretamente no Código Civil. O Código, por seu turno, tem inspiração naqueles três princípios constitucionais fundantes citados anteriormente: dignidade, solidariedade e igualdade.

Fábio Ulhoa Coelho também diferencia a cláusula geral do princípio, principalmente pelo critério da amplitude. Para ele, os princípios são “[...] normas de âmbito de incidência extremamente largo, que se projetam sobre as demais, informando-lhe a interpretação”²⁷³, enquanto as cláusulas gerais não têm a mesma amplitude do âmbito de incidência. O Autor ressalta a importância da distinção entre as duas figuras porque a interpretação da cláusula geral não pode contrariar o princípio.²⁷⁴

Esta última lição tem muita importância, ao nosso ver. Na nossa leitura, consideramos como princípios gerais fundantes²⁷⁵ do CC/2002, como consignado, a concretude, a socialidade e a eticidade. Axiologicamente, eles surgem como fundamentos das cláusulas gerais (que são simultaneamente princípios positivados) da função social e da boa-fé. Conseqüentemente, não se pode(ria) modificar (ou interpretar) as cláusulas gerais em desalinhamento com os princípios basilares, diminuindo-lhes o alcance. E os princípios fundantes do Código Civil não podem ser modificados de forma a desalinharem-se dos princípios fundamentais da Constituição.

2.3.3 Os Novos Princípios Sociais do Código Civil de 2002: a Boa-Fé Objetiva

A par da distinção técnica entre cláusula geral e princípio exposta resumidamente, nove entre dez manuais de Direito Civil referem-se a *princípios contratuais*. O CC/2002 trouxe de novo os dois princípios (e cláusulas gerais) da função social e da boa-fé objetiva, apontados como *princípios sociais* por Paulo Lôbo²⁷⁶. Analisaremos a função social do contrato em seção específica, haja vista a sua conexão direta com o objeto desta tese, cujo teor foi modificado pela Lei nº. 13.874/2019. Por agora, a análise recai sobre a boa-fé objetiva.

Na exposição de motivos do CC/2002, Miguel Reale listou entre os pontos fundamentais relativos ao Direito das Obrigações a necessidade de tornar explícito que a liberdade contratual,

²⁷² MARTINS-COSTA, 2018, p. 170.

²⁷³ COELHO, 2005, p. 31.

²⁷⁴ COELHO, 2005, p. 31.

²⁷⁵ Em sustentação ao nosso entendimento Judith Martins-Costa vai dizer que o conteúdo axiológico de um princípio justifica o seu caráter fundante, que pode ser compreendido em três sentidos, dos quais destacamos um deles que se encaixa ao nosso raciocínio: “[...] pode-se dizer que uma norma (N1) é fundamento de outra norma (N2), quando N2. constitui ‘atuação’ de N1.[...]” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 169).

²⁷⁶ LÔBO, 2022, p. 65.

além de submeter-se à função social, submeter-se-ia aos “[...] valores primordiais da boa-fé e da probidade”²⁷⁷.

Não havia, no CC/1916 uma norma de igual envergadura, talvez por conta da influência do Código Civil francês e nele, segundo Judith Martins-Costa, a “[...] boa-fé será tida como mera fórmula de reforço ao princípio supremo do *Code* em matéria contratual, qual seja o da adstrição ao pactuado, tal qual pactuado”²⁷⁸, pelo que não obteve grande relevo. Afastou-se a nossa legislação do seu contemporâneo germânico, haja vista que a cláusula geral de boa-fé existia no *Bürgerlichesgesetzbuch* (BGB), no sempre citado §242²⁷⁹, em vigor desde 1900.

Dessas duas primeiras assertivas, é possível concluir inicialmente que a boa-fé objetiva é um princípio essencial em um Direito Contratual de matiz social, mas *dispensável* em uma concepção positivista-liberal acerca do mesmo fenômeno.

Aliás, esta é a conclusão de Reale, ao esclarecer que ela, embora fundamental “[...] à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica [...]”²⁸⁰ pode ser considerada “[...] dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito.”²⁸¹ A dispensabilidade confirma-se se levarmos em conta, com Flávio Tartuce²⁸², que o Art. 131, Inciso I, do Código Comercial de 1850, a rigor, trazia a previsão da boa-fé objetiva nos contratos : “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Entretanto, conforme observa o Autor, o dispositivo “[...] não teve, na prática, a merecida aplicação [...]”²⁸³ durante todo o seu período de vigência.

Há, de outro modo, uma relação estreita entre a concepção da obrigação como um todo complexo e dinâmico, conducente ao adimplemento, como forma de satisfação do direito do credor, mas, paralelamente, à liberação do devedor e a boa-fé objetiva. Como acentua Judith Martins-Costa, no seu percurso em rumo ao adimplemento, a relação obrigacional:

²⁷⁷ REALE, 1975, p. 23.

²⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2018, p. 115.

²⁷⁹ “§ 242 *Leistung nach Treu und Glauben* :Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Nossa tradução: “Seção 242 Desempenho de boa-fé. O devedor é obrigado a efetuar a prestação conforme exigido pela boa fé em relação à prática habitual.”,

²⁸⁰ REALE, 1975, p. 23.

²⁸¹ REALE, 1975, p. 23.

²⁸² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie . 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 134.

²⁸³ TARTUCE, 2021, p. 134.

[...] pode gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal; ou, ainda, poderes e deveres não indicados no título (contrato), ou ainda, poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição não vislumbrados na relação original; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais («deveres de proteção») correspondentes a interesses de proteção que convivem a latere do interesse à prestação.²⁸⁴

Clóvis do Couto e Silva, sob a égide do Código de 1916, desenvolveu entre nós a teoria da obrigação como processo, e sustentava que “[...] a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso Direito das Obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta.”²⁸⁵ Não encontrou, todavia, muito eco na sua proposição, também de vanguarda para o seu tempo, pelo menos até a década de 1990.

A partir do Código de Defesa do Consumidor, como mencionam Tepedino, Konder e Bandeira, a “positivação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva”.²⁸⁶ Não por outra razão, o Enunciado n.º. 27, do CJP, preconiza que “na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. E dentre essas conexões sistemáticas, como pontua Tartuce, “[...] deve ser preservado o tratamento dado à boa-fé objetiva pelo CDC”²⁸⁷. A questão merece relevo, pois não raramente as relações interempresariais, quando há um contratante em posição de nítida assimetria, serão tratadas pelo CDC, por força da denominada Teoria Finalista Mitigada²⁸⁸. Em outras palavras, apesar de tratar-se de uma regra de conduta a ser aferida no caso concreto pelo juiz, o civilista e o consumerista precisam afinar os seus entendimentos acerca da boa-fé a fim de que os seus contornos teóricos fiquem bem delineados.

Pretendemos esclarecer, desde logo, que a concepção do Código Civil de 2002, que entrevê a obrigação como um processo dinâmico e o contrato como um fenômeno complexo e solidário, tem na eticidade da boa-fé objetiva um dos seus pilares fundamentais, ao lado da socialidade.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, 2018, p. 232.

²⁸⁵ COUTO E SILVA, 2006, p. 33.

²⁸⁶ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 45.

²⁸⁷ TARTUCE, 2021, p. 131.

²⁸⁸ Confira-se, sobre o tema: STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 23.09.2009.

Teresa Negreiros entende haver origem constitucional no princípio ao defender que a boa-fé objetiva se “[...] assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana”²⁸⁹. Flávio Tartuce, no mesmo sentido, encontrará um fundamento constitucional da boa-fé, ao menos dos deveres informativos, no Art. 5º., Inciso XIV, que “[...] assegura a todos o direito à informação, inclusive no plano contratual, caso visualizada esta em sentido amplo ou lato sensu.”²⁹⁰.

Os deveres de informação fazem parte de apenas uma das três funções principais que compõe a boa-fé objetiva, qual seja a integrativa. Atribui-se “[...] à boa-fé tríplice função: (i) função interpretativa; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos”.²⁹¹

Deveres laterais ou anexos surgirão ao lado dos deveres obrigacionais principais, cujo descumprimento “[...] constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”, conforme expõe o Enunciado nº. 24, do CJF. Complementa-o o Enunciado nº. 363, do CJF: “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”. Menciona-se, a violação positiva do contrato. Como explica Paulo Lôbo, ela seria “[...] ‘positiva’ no sentido de ter havido conduta tendente ao adimplemento, embora qualificado como ruim [...]”²⁹², o que redundará nas mesmas consequências: mora, indenização e resolução do contrato²⁹³.

Esses deveres, não obstante a estreiteza da norma²⁹⁴ (que não contém todo o princípio), não de ser aplicados durante todo o *iter* contratual²⁹⁵, porque, como mencionamos, o contrato é complexo e as obrigações contratuais são dinâmicas e desenvolvem-se como um processo. Nesse sentido há dois Enunciados do CJF, quais sejam: o Enunciado nº. 25 (“o Art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”) e o Enunciado nº. 170 (“a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na

²⁸⁹ NEGREIROS, 2006, p. 117.

²⁹⁰ TARTUCE, 2021, p. 138.

²⁹¹ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 46.

²⁹² LÔBO, 2022, p. 198.

²⁹³ LÔBO, 2022, , p. 198.

²⁹⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁹⁵ No Código Civil italiano isso fica mais claro por força dos artigos Art. 1337 (*Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.* e 1375 (Art. 1375. *Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*) que se referem ao dever de agir com boa-fé na fase pré contratual e na de execução do contrato. Em português, respectivamente: “Tratativas e responsabilidade pré-contratual. As partes, durante as negociações e na formação do contrato, devem agir de acordo com o princípio da boa-fé.” e “ Execução de boa fé. O contrato deve ser executado de acordo com o princípio da boa-fé.”

fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”).

A função restritiva, de acordo com Tepedino, Konder e Bandeira, “[...] atua como limite negativo ao exercício de direitos, de modo a impedir, no âmbito dos contratos, o exercício irregular ou abusivo de posições contratuais.”²⁹⁶ Compõe, inclusive, o Art. 187, do CC/2002: “Art. 187. 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”. Sobre essa função, os Autores explicam as denominadas figuras parcelares da boa-fé objetiva:

Sob esta função, a doutrina desenvolveu parâmetros específicos para hipóteses de sua aplicação, referidas como especializações funcionais ou figuras parcelares, tais como *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio* e *tu quoque*, nos quais se individualiza a construção da confiança por meio dos atos próprios, da reiteração de condutas, de imperativos de reciprocidade ou ainda do cumprimento significativo de parte da prestação. Essas figuras contribuem para uma atividade interpretativa mais claramente fundamentada e voltada a dar concretude à aplicação do princípio da boa-fé em conjugação com o abuso do direito.²⁹⁷

Sobre as figuras parcelares, Luciano de Campos Penteado oferece uma explicação didática e relaciona quatro das mais citadas: *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* e *surrectio*. *Venire contra factum proprium* refere-se à situação em que uma pessoa cria uma expectativa justificada em outra pessoa com base em seu comportamento anterior. *Tu quoque* ocorre quando uma parte exige o cumprimento de um contrato ou de uma obrigação contratual, apesar de ela mesma não o ter cumprido. *Supressio* ocorre quando a inação prolongada leva à perda de uma situação jurídica subjetiva, enquanto *surrectio* ocorre quando o decurso do tempo permite inferir o surgimento de uma posição jurídica pela regra da boa-fé.²⁹⁸

Além das mencionadas anteriormente, sem a pretensão de esgotar todas elas, costumam ser mencionadas, como figuras parcelares, o adimplemento substancial e o *duty to mitigate the loss*.

Pelo adimplemento substancial, Flávio Tartuce entende: “em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos

²⁹⁶ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 46.

²⁹⁷ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 47.

²⁹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium***. Thesis. São Paulo, ano IV, v. 8, 2º sem., 2007. p. 51-60.

jurídicos, visando sempre à manutenção da avença.”²⁹⁹. Assim, como preceitua o Enunciado nº. 361, do CJF: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do Art. 475.”. Logo, dentre as possibilidades à disposição do contratante atingido pelo inadimplemento oferecidas pelo Art. 475, do CC³⁰⁰, se houve o cumprimento substancial do contrato a resolução ser-lhe-á obstada. Complementa a ideia o Enunciado nº. 586: “Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos.”; ou como se consignou na justificativa:

Importa verificar se a parte adimplida da obrigação, ainda que incompleta ou imperfeita, mostrou-se capaz de satisfazer essencialmente o interesse do credor, ao ponto de deixar incólume o sinalagma contratual. Para isso, o intérprete deve levar em conta também aspectos qualitativos que compõem o vínculo.³⁰¹

O Superior Tribunal de Justiça assentou a posição de não utilizar o adimplemento substancial nos casos de alienação fiduciária do Decreto-lei nº. 911/1969, sob o entendimento majoritário que a referida lei especial prevaleceria sobre o que se denominou *teoria*³⁰² (e que, ao nosso sentir, nada mais é do que o *princípio* da boa-fé em uma das suas feições).

O *duty to mitigate the loss*, por seu turno, entre nós foi entendido como o dever do credor de evitar o agravamento do seu prejuízo e, com isso, onerar desnecessariamente o devedor, ou mesmo locupletar-se desse agravamento. Confira-se o Enunciado CJF nº. 16: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” Tartuce traz um exemplo do referido dever lateral:

Exemplificando a aplicação do duty to mitigate the loss, ilustre-se com o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.³⁰³

²⁹⁹ TARTUCE, 2021, p. 311. Observe-se que para o autor o adimplemento substancial seria figura mais ligada à função social do contrato do que à boa-fé objetiva.

³⁰⁰ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

³⁰¹ BRASIL. CJF. **Enunciado nº. 839**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>. Acesso em: 10 out. 2022.

³⁰² BRASIL. STJ. REsp 1622555 / MG; Ministro para o acórdão: Marco Aurélio Bellizze; DJe 16/03/2017.

³⁰³ TARTUCE, 2021, p. 161.

A terceira e última função da boa-fé objetiva é a interpretativa; entretanto, ela está inserida fundamentalmente no Art. 113, do CC/2002, o qual sofreu modificação pela lei objeto primário de nosso estudo, qual seja, a Lei de Liberdade Econômica. Por essa razão, a analisaremos em capítulo específico.

A Lei nº. 13.874/2019, no sentir de Cláudia Lima Marques, teria diferenciado no âmbito do CC/2002 os contratos em assimétricos e paritários e, de forma específica, trazido um reforço à boa-fé objetiva também no CDC:

Se a Lei da Liberdade Econômica reforça a boa-fé nos contratos massificados e de adesão em geral, mesmo entre iguais (dois experts, com intuito de lucro, como os contratos “privados” empresariais e nos contratos “privados” civis), quanto mais nos contratos entre “diferentes”, entre um expert (fornecedor de produtos e serviços) e um leigo (consumidor).³⁰⁴

No tocante à diferenciação dos contratos do Art. 421-A, trataremos mais adiante do assunto. No que atine à boa-fé, não vislumbramos esse efeito na legislação sobredita, nem mesmo do modo indireto, como sugerido por Marques. A boa-fé que a ideologia liberal defende, parece ser similar ao que os italianos denominam *la buona fede sterilizzata*:

Boa-fé estéril. De acordo com um primeiro modelo, a regulação das relações contratuais tende a se reduzir unicamente à interação entre o conteúdo regulatório do contrato e a disciplina jurídica. Os conflitos de interesse, casos que surjam durante a implementação da relação, que não estejam expressamente regulados pelo acordo, são resolvidos pelo juiz em virtude da interpretação dos acordos, ou, em caso de insucesso deste, por a qualificação do contrato e o conseqüente recurso a regras dispositivas. (tradução nossa).³⁰⁵

Assim, os defensores da denominada Análise Econômica do Direito, escola que nitidamente inspirou a Lei da Liberdade Econômica, não vislumbram preponderância no princípio da boa-fé, como se percebe no texto de Rodrigo Fernandes Rebouças, ao considerar que a teoria em tela teria *evoluído* para aceitar o princípio:

³⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *et al.* **Contratos de serviços em tempos digitais**: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. s/p.

³⁰⁵ D'ANGELO, Andrea *et al.* La buona fede ausiliaria del programma contrattuale. **Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto**, Turin, Giappichelli, 2005. p. 7.” *La buona fede sterilizzata. Secondo un primo modello, la regolamentazione dei rapporti contrattuali è tendenzialmente ricondotta alla sola interazione tra contenuto regolamentare della convenzione e disciplina legale. I conflitti di interesse, i casi che si manifestano nel corso dell’attuazione del rapporto, che non siano espressamente regolati dalla convenzione, sono risolti dal giudice in virtù della interpretazione delle pattuizioni, ovvero, in caso di esito infruttuoso di questa, mediante la qualificazione del contratto ed il conseqüente ricorso a norme dispositive.*” (original).

Essa evolução que resulta na aplicação conjunta da análise econômica e da boa-fé objetiva, ambas devem ser compreendidas e avaliadas com equilíbrio e interdependência compondo um sistema de pesos e contrapesos.³⁰⁶

Em outras palavras, defendem a boa-fé apenas como filtro para que, se houver litígio, possa prevalecer a vontade mais consentânea com aquela declarada no contrato. Sem abandonar, portanto, o voluntarismo, refutam qualquer interferência significativa do juiz na estrutura do contrato e as ideias de equidade contratual; ou seja, o *remédio* ministrado nos contratos do CC/2002 pela Lei nº. 13.874/2019 não trouxe à boa-fé efeitos colaterais positivos para além dos adversos gerais que procurou causar.

Seguindo na análise de como o CC/02 tratou do contrato verificaremos no próximo ponto as hipóteses legais de intervenção judicial no que foi pactuado pelas partes, tema sensível à LLE, como se observará.

2.4 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL

A LLE foi justificada pelos seus artífices, dentre outras coisas, por pretender ser um diploma legal a se contrapor à excessiva intervenção do Estado na economia. A mesma lei inseriu no CC/02, mais precisamente no inciso III, do Art. 421-A, a ideia de intervenção judicial mínima nos contratos (*III- a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*). Abordaremos, no último capítulo desta tese, se a premissa que norteou o legislador, de fato, se fazia presente.

Por agora, analisaremos brevemente as hipóteses legais de revisão contratual previstas no Código Civil.

2.4.1 Hipóteses Legais: o Desequilíbrio Genético na Lesão e nos Vícios Redibitórios

Como anotamos anteriormente, a lesão do Art. 157, do CC/2002, é a primeira das figuras que permite a revisão do contrato para evitar o reconhecimento da nulidade, como preceitua o seu §2º. (Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito).

³⁰⁶ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 81.

Para que se caracterize o defeito do negócio jurídico devem concorrer dois requisitos: (i) o objetivo, diz respeito à desproporção das prestações, sem tecer-se “[...] referência a qualquer espécie de tarifação como critério de aferição do lucro patrimonial lesivo”³⁰⁷; e (ii) o requisito subjetivo é relativo à necessidade premente ou inexperiência da parte lesada: (a) a *necessidade* não diz respeito à situação socioeconômica da parte contratante e “[...] especifica-se na necessidade de contratar [...]”³⁰⁸; e (b) a *inexperiência* “[...] diz respeito à ausência de conhecimento e familiaridade com os negócios em geral e com o negócio específico a realizar-se.”³⁰⁹

Bruno Miragem acentua a necessidade do exame desses requisitos ser realizado no negócio em tela e no interesse concreto das partes e oferece a seguinte hipótese:

Assim, por exemplo, aquele que busca vender um imóvel por longo tempo, mas sem êxito, decide reduzir significativamente o preço, e para logo realiza a venda por algo próximo à bagatela. Mesmo que se cogite em concreto, da desproporção manifesta, há formação de vontade e interesse negocial legítimo das partes.³¹⁰

Não se exige, por outro lado, o aproveitamento intencional por parte do contratante lesante, como consigna o Enunciado nº. 150, do CJP: “A lesão de que trata o Art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

Como defeito do negócio jurídico que é, a lesão provoca primariamente a sua anulação, nos termos do Art. 171, inciso II, do CC/2002³¹¹; todavia o §2º., do Art. 157, possibilita que a anulabilidade não seja reconhecida, como pontua Wladimir Falcão Cunha, se:

[...] a parte favorecida tomar uma das seguintes condutas, ambas tendentes ao re-equilíbrio econômico do pacto, em atenção aos princípios sociais da equivalência material das prestações contratuais e da boa-fé objetiva: a) ofertar suplemento suficiente em favor da parte lesada; b) concordar com a redução do proveito auferido no negócio lesivo.³¹²

³⁰⁷ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. A equivalência material dos contratos e a revisão contratual fundada na lesão no código civil de 2002. In: **Introdução crítica ao código civil**. (Org.) Lucas Abreu Barroso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 43.

³⁰⁸ CUNHA, 2006, p. 44.

³⁰⁹ CUNHA, 2006, p. 45.

³¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 468.

³¹¹ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

³¹² CUNHA, 2006, p. 47.

Na realidade, a alternativa do §2º. deve ser erigida à categoria de regra, como preceitua o Enunciado nº. 149, do CJF:

Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do Art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.

Não por outra razão, Bruno Miragem entende que, ajuizada a ação anulatória pelo prejudicado, se houver oferta idônea do favorecido, não caberá ao primeiro “[...] aceitá-la ou não, submetendo-se à avaliação do juiz sua aptidão para instaurar a equivalência material das prestações do negócio jurídico.”³¹³ Desse modo, ainda que o legislador não o tenha feito ao tratar do instituto, a conservação do contrato pela sua revisão será salvaguardada em alguma medida.

Uma segunda hipótese de possível revisão contratual por desequilíbrio genético pode ser encontrada no Art. 442³¹⁴, que versa sobre os vícios redibitórios. Como já tivemos oportunidade de gizar, embora o Código não os tenha definido “[...] deixa entrever que são aqueles problemas não aparentes, existentes à época da alienação e não comum às congêneres, que “a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”, para ficar, no final, na literalidade da lei.”³¹⁵

Assim, ao lado da redibição³¹⁶, espécie de extinção do contrato, a Lei prevê outra possibilidade, que é a revisão do contrato pelo abatimento do preço da coisa adquirida.

A hipótese assemelha-se, portanto, àquela do §2º., do Art. 157, em que o contratante favorecido podia evitar a anulação do contrato; nesta questão o adquirente prejudicado, “[...] se preferir reclamar o abatimento do preço, conservando a coisa [...]”³¹⁷, tentará a ação *quantum minoris*; ou seja, pleiteará a revisão do contrato para pagar um preço menor do que o ajustado por conta do vício.

³¹³ CUNHA, 2006, p. 47.

³¹⁴ “Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (Art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.”

³¹⁵ MERIGHI, Ronaldo Guaranha. Dos prazos decadenciais de garantia dos vícios redibitórios de difícil constatação. **Revista brasileira de direito contratual**. n. 10, jan./mar. 2022. p. 91.

³¹⁶ REDIBIÇÃO. S. f. (Lat. *redhibitio*) Dir. Obr. Rejeição da coisa recebida em virtude de contrato comutativo, por apresentar vício ou defeito oculto que a torne imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminua o valor. Cognatos: redibir (v.), promover a rejeição da espécie; redibitório (adj.), relativo a redibição. CC, Art. 441; CCons., Art. 18. (**Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. (Org.) J. M. Othon Sidou *et al.* 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 528

³¹⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado**. 9. ed., v. XV. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978. p. 369.

Anderson Schreiber, ao comentar o Art. 442, destaca que, embora a regra seja o adquirente escolher livremente entre as ações edilícias (redibitória ou *quanti minoris*), a doutrina mais recente preconiza a necessidade de submeter a escolha a critério de merecimento, “[...] afastando a possibilidade de redibição, quando por exemplo, o remédio extintivo se revelar desproporcional à gravidade do defeito [...]”.³¹⁸ Não deixa de haver nesta questão também uma opção pela preservação do contrato ao invés da sua extinção.

2.4.2 Hipóteses Legais: o Desequilíbrio Funcional da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva

No Livro do Direito das Obrigações, encontraremos no Art. 317³¹⁹ a primeira das situações de revisão contratual pelo desequilíbrio funcional. A norma não encontra interpretação uniforme pelos nossos juristas. Francisco Paulo de Crescenzo Marino resume a questão:

A doutrina nacional apresenta-se dividida em três correntes principais. A primeira restringe o dispositivo em exame às prestações pecuniárias. A segunda, ao que parece majoritária, postula a aplicabilidade do Art. 317 a toda e qualquer prestação. Por fim, a terceira orientação, bastante residual, é ainda mais restritiva do que a primeira, ao postular a inaplicabilidade da referida norma ao campo dos contratos, no qual incidiriam apenas os arts. 478 e 479 do Código Civil. O Art. 317 ficaria circunscrito, assim, às obrigações não contratuais.³²⁰

O supracitado Autor afilia-se à primeira corrente e usa fundamentalmente como argumentos a localização lógico-topográfica do dispositivo, ao sustentar tratar-se de uma exceção ao princípio do nominalismo, adotado pelo Art. 315³²¹ e compatível com a correção monetária das dívidas em dinheiro³²².

O terceiro entendimento, como expressado na citação, é residual, porque não há sentido em não aplicar norma do Direito Obrigacional aos contratos, que é a sua principal fonte das obrigações em nosso Direito.

³¹⁸ SCHREIBER, Anderson *et. al.* **Código civil comentado** - doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 263.

³¹⁹ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

³²⁰ MARINO; Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020. p. 31.

³²¹ “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.”

³²² MARINO, 2020, p. 31.

Resta analisar a segunda corrente, a qual nos filiamos. Não se desconhece o processo legislativo que culminou com a entrada no CC/2002 do Art. 317, em um contexto de válvula de escape ao nominalismo. Entretanto, não se pode perder de vista que sob a égide do CC/1916 a doutrina e a jurisprudência adotavam a denominada Teoria da Imprevisão para permitir a revisão contratual no caso de superveniência de fatores desequilibrantes imprevisíveis.

Em um artigo publicado em 1996, Álvaro Villaça, relacionava a sobredita teoria à cláusula *rebus sic stantibus* e esclarecia que, malgrado não ter o código de 1916 a adotado, passou a ser reconhecida a Teoria da Imprevisão, a qual “[...] admite imanente, em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estão assim as coisas)”.³²³ De acordo com Villaça :

[...] a cláusula *rebus sic stantibus* instala-se nos contratos, para prevenir contra a alteração objetiva, imprevista e imprevisível, das situações, existentes no momento da contratação, contra a onerosidade excessiva, representada pelo desequilíbrio prestacional, e contra o enriquecimento de um dos contratantes, com prejuízos do outro, não previstos no negócio.³²⁴

Consequentemente, quando “[...] o Código Civil de 2002 rompeu com a tradição de silêncio legislativo sobre o tema e incorporou a revisão dos contratos nos arts. 317, 478, 479 e 480 [...]”³²⁵, fê-lo de modo mais abrangente, principalmente porque o Art. 478³²⁶ não trata exatamente da revisão e sim da extinção do contrato (eis que se localiza no Capítulo II, do Título V). Assim, concordamos com Tepedino, Konder e Bandeira ao ensinarem que:

[...] a profícua atividade interpretativa já realizada pela jurisprudência permitiu acomodar os dispositivos em questão com o teor do Art. 317, que, embora originalmente concebido para tratar somente da atualização monetária, ganhou terminologia abrangente, que vem sendo usada para temperar requisitos e efeitos da onerosidade excessiva entre nós [...].³²⁷

³²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da Imprevisão e revisão judicial nos contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 733/1996, nov. 1996. p. 109.

³²⁴ AZEVEDO, 1996, p. 111.

³²⁵ FERREIRA, Antônio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, out. 2014. p. 28

³²⁶ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

³²⁷ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 142.

É fato que ao tratar da resolução por onerosidade excessiva, o CC/2002 previu hipóteses de revisão nos Arts. 479³²⁸ e 480³²⁹; entretanto, fê-lo de modo a desagradar a maior parte da doutrina nacional³³⁰ e de ser pouco aplicável pela nossa jurisprudência.

O primeiro ponto a ser destacado é a quantidade de requisitos cumulativos que devem estar presentes para ser reconhecida a onerosidade excessiva. Podemos relacionar ao menos cinco: *a)* os contratos (em geral comutativos) de execução continuada ou diferida; *b)* a onerosidade excessiva para uma parte; *c)* a vantagem extrema para o outro contratante; *d)* os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; *e)* a sentença que a decreta.

É indiscutível a necessidade de tratar-se de contrato de duração por dizer respeito a desequilíbrio superveniente. Quanto à necessidade de serem contratos comutativos, merece menção o Enunciado n.º. 440, da V Jornada de Direito Civil - C/JF: “É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.”

A onerosidade excessiva não pode ser, como observa Antônio Carlos Ferreira, “[...]inerente ao risco do próprio negócio realizado, em relação ao qual um contratante diligente dever-se-ia ter acautelado.”³³¹ É, portanto, a que desequilibra a prestação de um dos contratantes para além dos riscos da contratação.

A vantagem extrema para o outro contratante é um dos requisitos legais mais criticáveis. Em censura ao denominado *efeito gangorra* exigido pelo legislador, na visão de Nelson Rosenvald esvazia-se a aplicação da norma quando o contratante devastado pela onerosidade extrema de sua obrigação não consegue provar que a outra parte enriqueceu sem causa pelo mesmo fato³³².

Antônio Celso Fonseca Pugliese irmana-se na crítica e aponta a dissociação deste requisito com a doutrina clássica, nacional e estrangeira, acerca da imprevisão. Menciona que

³²⁸ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

³²⁹ “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

³³⁰ Confira-se, por exemplo: ROSENVALD, Nelson. *In*: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *et. al. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. (Coord.) Cezar PELUSO. 16. ed. Barueri: Manole, 2022, p. 530; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Contratos*. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 100; TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 144; TARTUCE, 2021, p. 326.

³³¹ FERREIRA, 2014, p. 30.

³³² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *et. al. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 16. ed. Barueri: Manole, 2022. p. 529.

tal requisito na realidade cria “[...] um novo conceito de imprevisão, na medida em que desloca o foco protetivo do instituto para o equilíbrio entre as prestações contratuais, afastando-se de sua missão original de proteção da parte que se sujeita ao cumprimento de obrigações que se tornem excessivamente onerosas.”³³³ Também vaticina a criação de “[...] verdadeira barreira para a plena aplicação do instituto pelos tribunais brasileiros.”³³⁴ Tanto assim, que o Enunciado n. 365 da IV Jornada de Direito Civil - CJP, na tentativa de salvaguardar a aplicabilidade da norma, propõe a sua atenuação: “A extrema vantagem do Art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.”

Ingressando mais propriamente na imprevisão, exige o código que o desequilíbrio contratual seja provocado por fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis. Observamos, de começo, a utilização da partícula aditiva (*e*) ao invés da alternativa (*ou*), o que já causa alguma espécie. *Extraordinário* é o que não é conforme ao ordinário ou ao costume. E *imprevisível* é o que não se pode prever. Mas, o que não acontece ordinariamente é, em geral, imprevisível. Portanto, não se trata de dois requisitos autônomos. Como ensina Nelson Rosenvald, “[...] o extraordinário reforça o imprevisível. Conjugando-se os dois qualificativos, conclui-se que apenas os riscos absolutamente anômalos e subtraídos da possibilidade de razoável previsão e controle [...]”³³⁵ caracterizam a situação prevista em lei. Complementa esta ideia o Enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil – CJP: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no Art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

Na aferição dos requisitos o juiz deve avaliar a situação concreta da avença, sem se descuidar especialmente da vertente interna do Princípio da Função Social do Contrato. A depender das condições pessoais do contratante a categorização do risco como anômalo e imprevisível merecerá uma avaliação. Afinal, se estivermos diante de um contrato interempresarial, com os dois contratantes assessorados por profissionais, a previsibilidade será uma. Entretanto, se uma das partes for mais vulnerável e menos assessorada a imprevisão acerca de fatos socioeconômicos poderá ser outra. Vem no mesmo sentido o Enunciado n. 439 da V

³³³ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**, v. 830, dez. 2004, p. 13.

³³⁴ PUGLIESE, 2004, p. 13

³³⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *et. al. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação Cezar Peluso. 16. ed. Barueri: Manole, 2022. p.519

Jornada de Direito Civil – CJF: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no CC deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”. A *contrario sensu* também confirma nossa assertiva a observação de Pugliese:

A previsibilidade dos riscos é questão ainda mais delicada para as partes que contam com a assessoria de profissionais especializados, como advogados e economistas. Nesses casos, a expectativa é de que o contrato sempre contenha as condições necessárias para a proteção dos interesses das partes contra os efeitos de eventos futuros e incertos (mas previsíveis).³³⁶

Preenchidos todos os requisitos, o Art. 478 viabiliza em primeiro lugar a resolução do contrato, a ser decretada pelo juiz, com sentença cujos efeitos retroagirão à data da citação.

Ocorre que a resolução em geral não é a medida socialmente mais desejável, se pensarmos no contrato como motor da atividade econômica e da circulação de riquezas. Bem por isso, merece distinção o Enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil – CJF:” Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o Art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”

O próprio código faz menção à possibilidade de revisão contratual nos artigos seguintes.

No Art. 479 traz-se a ideia da modificação contratual equitativa, a ser oferecida pelo *réu*. Desconsiderando a impropriedade do legislador de usar termo processual para designar um dos contratantes, este artigo suscita controvérsias mais agudas. Paulo de Crescenzo Francisco Marino defende a aplicação literal da norma, considerando-a estar à disposição apenas do contratante favorecido pela onerosidade:

Retornando à discussão dos Arts. 478 e 479 do Código Civil, no primeiro dispositivo a lei atribui ao devedor confrontado com o agravamento do custo de sua prestação, excessivo em relação à álea normal do contrato, o poder de resolver a relação contratual, liberando-se da obrigação assumida. A resolução contratual (com seu efeito liberatório) é, portanto, o remédio legal de tutela do devedor contra a excessiva onerosidade da prestação a seu cargo. Frente a esse poder extintivo, unicamente atribuído ao devedor, a lei outorga ao credor, e somente a ele, um contra poder, de natureza modificativa, permitindo-lhe evitar a extinção do vínculo, desde que o reconduza à equidade. A disparidade de remédios atribuídos aos contratantes – poder extintivo do devedor e poder modificativo do credor – não chega a surpreender, diante das diversas hipóteses em que tais poderes são atribuídos a partes distintas ou até

³³⁶ PUGLIESE, 2004, p. 5.

mesmo cumulados na titularidade do mesmo contratante (o que poderia soar ainda menos isonômico), como visto acima.³³⁷

Na visão do Autor o prejudicado pela onerosidade excessiva está em posição de sujeição, pois ele considera o direito de propor a modificação equitativa do contrato um direito potestativo do outro contratante. Contudo, sua posição não encontra eco na doutrina majoritária.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona estão entre aqueles que consideram “um escancarado absurdo” conceber a possibilidade de revisão contratual apenas a pedido do contratante favorecido. Indicam como possível e aconselhável que o juiz, embasado nos princípios da dignidade da pessoa humana e efetividade do processo venha a “[...] prolatar sentença revisional, corretiva das bases econômicas do negócio, mesmo com a oposição do réu (credor)”.

Comentando o mesmo Art. 479, Nelson Rosenvald igualmente entende que a possibilidade de revisão não deve ficar apenas ao alvedrio do credor, embora afirme não ser possível de se efetuar sem provocação de uma das partes. Invoca, inclusive, o Enunciado n. 367 da IV Jornada de Direito Civil –CJF: “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório”³³⁸.

No nosso sentir, o Art. 479 oferta a possibilidade para ambos os contratantes pleitearem a revisão contratual, como meio menos gravoso do que a resolução, no caso da onerosidade excessiva. Quando o contratante favorecido pela imprevisibilidade for usar da sua faculdade deverá deduzir o seu pedido contraposto na contestação³³⁹, oferecendo a redução equitativa que entende suficiente para reequilibrar o contrato. Ele não é obrigado a agir assim e poderá apenas contestar a pretensão do outro contratante, negando, por exemplo, o preenchimento dos requisitos do Art. 478. Muito embora pudesse se pensar em um *dever de renegociar* decorrente da boa-fé objetiva, a verdade é que não há dever processual (ou condição de procedibilidade)

³³⁷ MARINO; Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020. p. 49.

³³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *et. al.* **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Coordenação Cezar Peluso. 16. ed. Barueri: Manole, 2022. p. 521

³³⁹ Adotamos aqui a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem o Art. 479 “[...] criou uma espécie de pedido contraposto, que naturalmente poderá ser aplicada a qualquer situação processual, pouco importando as previsões específicas nesse diploma legal.”. In: O pedido contraposto e o Art. 479 do Código Civil. <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/o-pedido-contraposto-e-o-art-479-do-codigo-civil/>, acesso em 07.08.23.

que force a negociação. Como destaca Anderson Schreiber o “[...] dever de renegociação consubstancia uma abertura adicional à revisão do contrato, mas uma revisão extrajudicial e autônoma, conduzida pelas próprias partes e que pode, eventualmente, fracassar.”

Do ponto de vista do outro contratante (o prejudicado pela onerosidade superveniente) que haja pedido apenas a resolução do contrato, tendo havido o pedido contraposto de modificação equitativa pelo outro (o beneficiado), ele terá basicamente três opções: a) aceitar a proposta; b) aceitar a revisão, mas em outras bases e c) não aceitar a revisão e insistir na resolução. Note-se, ninguém melhor do que o prejudicado para aquilatar se a revisão do contrato, com efeitos ordinários a contar apenas da citação, ainda o possibilitará cumprir o pactuado. Porque não se pode perder de vista que até a citação ele já teve de suportar alguma onerosidade, mormente em se tratando de contrato de execução continuada (afinal, se moroso, não teria acolhido o seu pedido).

Desta feita, poderá pleitear ao juiz que acolha a revisão em outras bases que, ao seu ver, melhor reequilibraria o contrato. Assim agindo, já que ambas as partes demonstram querer a manutenção do pacto, restaria ao juiz decidir o tamanho da redução equitativa para restabelecer o equilíbrio. E assim é porque, como anota Paulo Lôbo:

A revisão judicial dos contratos é da natureza do Estado social, regido pela Constituição brasileira, consistindo em uma das modalidades de intervenção pública nas relações privadas, especialmente na atividade econômica, para assegurar a plena aplicação dos princípios e normas constitucionais e legais.³⁴⁰

Então, não enxergamos como razoável a hipótese de se tratar como direito potestativo do contratante beneficiado por alguns motivos. Primeiro, porque o argumento da equivalência de pretensões (o prejudicado teria a resolução e o favorecido a diminuição equitativa) parte de uma ótica voluntarista e não social. Socialmente é mais desejável, como já mencionamos, a manutenção do contrato (solução, aliás, costumeiramente eleita nos casos já vistos de lesão e de vícios redibitórios). Em segundo lugar, porque a resolução não é imediata e nem tem eficácia *ex tunc* absoluta. Como já também expusemos, o prejudicado pode ter atingido o seu limite e só a resolução poderá, então, salvá-lo do inadimplemento. Em terceiro lugar, se as partes têm poder de sugerir uma redução equitativa, esse poder é reconhecido pelo Estado. Conseqüentemente, não há sentido em subtrair essa possibilidade justamente de quem tem o dever de manter o equilíbrio nas relações privadas, qual seja, do Estado-juiz.

Enfim, para que não restem dúvidas da possibilidade de o contratante, em contrato bilateral, prejudicado poder pedir a revisão do contrato, de modo isolado, ou subsidiário

³⁴⁰ LÔBO, 2022, p. 192.

(cumulativamente com a resolução), a saída mais ampla é a conjugação do Art. 317, com os Arts. 478 e 479, todos do CC/02. O Art. 317 seria então usado, como propugnam Tepedino, Konder e Bandeira, “[...] como verdadeira cláusula geral de revisão judicial de contratos desequilibrados por fatos supervenientes imprevisíveis.”³⁴¹

Finalizando o tópico nos cabe observar que, embora a revisão dos contratos já não seja tratada como algo ordinário pela nossa lei, doutrina e jurisprudência, mais excepcional do que ela é a resolução contratual. Dentro da finalidade constitucional que o contrato possui - de impulsionador da atividade econômica, circulação de bens e serviços e distribuição de renda - a manutenção das avenças, ainda que com a atuação do Estado-juiz para reequilibrá-las, quando preciso, é socialmente mais importante.

³⁴¹ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 192.

3 A LEI Nº. 13.874/2019 (LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA)

A Medida Provisória nº. 881, de 30 de abril de 2019, modificada, foi convertida na Lei nº. 13.874, em 20 de setembro de 2019. Tornou-se conhecida como a Lei da Liberdade Econômica e constou em seu preâmbulo que instituiu a *Declaração de Direitos da Liberdade Econômica* e estabelecia *garantias de livre mercado*. Afora essa alteração, modificou outras leis muito importantes, dentre as quais o Código Civil, na parte relativa ao Direito Contratual.

Nos itens seguintes, faremos a análise de aspectos da Lei da Liberdade Econômica relevantes ao tema do presente trabalho.

3.1 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA COMO INSTRUMENTO DE DIREITO ECONÔMICO

Não há dúvidas de que a Lei da Liberdade Econômica (LLE) (antecedida pela Medida Provisória nº. 881/2019) é um diploma que se subsume ao Direito Econômico, cujo conceito por nós adotado estabelece como objeto *a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica*. Thamay, Garcia Júnior e Tamer afirmam que a “[...] a Lei se insere, principalmente, como premissa no âmbito do Direito Econômico, ou seja, na estruturação jurídica do Estado, no que diz respeito à sua relação com a economia.”³⁴² O §4º., do Art. 1º., da Lei, aliás, enuncia algo nesse sentido:

§ 4º. O disposto nos Arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no inciso I do caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do Art. 24 da Constituição Federal, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.

Quanto a esta norma, é oportuna a crítica de Gilberto Bercovici por autodeclarar-se como *norma geral de direito econômico*. Obtempera o Autor que uma lei não se torna *geral* por sua declaração e sim pelo seu objeto. O Autor entende que existem normas gerais na LLE, mas também outras que se dirigem apenas à esfera federal³⁴³.

³⁴² THAMAY, Rennan Faria Krüger; GARCIA JÚNIOR Vanderlei; TAMER, Maurício. **A Lei de liberdade econômica** : uma análise material e processual da Lei nº. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s/p. [livro eletrônico].

³⁴³ BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2020). In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro** (livro

De qualquer modo, a LLE traz o que denominou de Declaração *de Direitos de Liberdade Econômica*, cuja intenção é estabelecer *garantias de livre mercado*. Aponta, assim, como destaque, a proteção da livre iniciativa.

Houve a oportunidade de discorrer brevemente sobre a livre iniciativa, erigida pela Constituição como fundamento da República (Art. 1º, IV) e princípio da ordem econômica (Art. 170, *caput*); entretanto, a livre iniciativa insere-se no bojo de outros fundamentos republicanos, como dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), o valor social do trabalho (no inciso IV, do Art. 1º.), além dos objetivos fundamentais da República, previstos no Art. 3º., quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (incisos I e III).

O Art. 170, *caput*, traz, ao lado da livre iniciativa, a valorização do trabalho, cuja intenção é proporcionar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Torna-se difícil, com base nesse arcabouço normativo constitucional, afastar-se da realidade de que nossa Carta é dirigente e econômica, e prevê um Estado Social, capitalista.

Por conseguinte, não se concebe a livre iniciativa sem a intervenção do Estado, que não é *neutro* e nem pode ser visto apenas como óbice ao seu desenvolvimento. Ele é, ao contrário, um dos seus propulsores. Todavia, ao procurar intervir na política econômica, o legislador da LLE afastou-se dessas diretrizes. Em obra organizada pelo relator da Medida Provisória nº. 881/2019, Jerônimo Goergen, ele afirma ser a liberdade de iniciativa um dos princípios que integram a base do Estado Liberal.³⁴⁴ O congressista termina os seus *agradecimentos*, no introito da obra, com uma frase que bem sintetiza a mentalidade que perpassa todo o seu texto: *Menos Estado; mais Brasil*.³⁴⁵

Thamay, Garcia Júnior e Tamer, em sentido semelhante, aduzem que a LLE “[...] reforça a opção de liberalismo econômico feita, de forma contemporânea, pelo Estado brasileiro, na proposta de trazer concretude à ideia de sua menor intervenção na economia.”³⁴⁶ Ora, não se pode partir do axioma de que o governo da vez é quem decide se estamos sob a

eletrônico). Luís Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s/p.

³⁴⁴ GOERGEN, Jerônimo. Liberdade para empreender. In: **Liberdade econômica**: o Brasil livre para crescer. (org.) Jerônimo Goegen (coletânea de artigos jurídicos), 2020, p. 10. Disponível em: <https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³⁴⁵ GOERGEN, 2020, p. 3.

³⁴⁶ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; TAMER, 2020, s. p.

ótica de um Estado *liberal* ou *social*. Quem decidiu pela opção neoliberal? O povo, pelas eleições de 2018? Porque, se assim ocorreu, deliberou-se o contrário nas eleições de 2022?

Como frisamos anteriormente, ao adotar a posição de Washington Peluso, a ideologia que importa é a *constitucionalmente adotada* e não a ideologia do grupo que está no poder momentaneamente, o que parece não ser bem compreendido por alguns. De modo que rechaçamos a opinião de que a LLE na verdade seria apenas inócua, por repetir os comandos do Art. 170, da CF. Voltaremos a este tema no tópico alusivo à análise da sua constitucionalidade.

A Medida Provisória nº. 881/2019 e a LLE trouxeram um retrocesso histórico, além de mazelas específicas a serem apontadas mais detalhadamente no próximo capítulo. Uma volta ao século XIX, como se toda a superação do Liberalismo de Adam Smith não tivesse ocorrido. Aliás, o apego a uma visão reduzida do referido filósofo que, como aponta Ana Frazão, “[...] nunca foi indiferente a questões sociais “[...], ao argumentar que sociedade alguma pode ser feliz se a maioria dos seus membros é pobre e miserável.”³⁴⁷

Floriano de Azevedo Marques Neto, embora aplauda em linhas gerais a Lei nº. 13.874/2019, destaca que o referido diploma legal contribui para desfazer o que denomina *aparente contradição* entre a regulação estatal e a liberdade de iniciativa. Ensina o Autor que essa visão ultrapassada, de liberdade absoluta, defendida por algumas linhas de pesquisa estadunidenses, parte de dois pressupostos que não se sustentam mais: (i) o mercado prescinde de qualquer intervenção estatal para o seu funcionamento; e (ii) a crença de que os agentes econômicos sempre agem no mercado de forma racional.³⁴⁸

Ora, são vários os exemplos concretos que depõem contra as ideias vetustas de infalibilidade do mercado e da sua racionalidade ilimitada, inclusive os apontados pelo Autor citado, como a crise de 1929, ou dos *subprimes* de 2008 e , quanto à racionalidade, as “[...] evidências trazidas pelos estudos caudatários da economia comportamental (*Behavioral Economics*)”³⁴⁹

Poderíamos acrescentar, acerca da peculiaridade (a nosso ver pouco racional) das reações do mercado, a constatação que após as invasões do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal, de 8 de janeiro de 2023, por manifestantes extremistas,

³⁴⁷ FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (Coords.). (livro eletrônico).São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s. p.

³⁴⁸ MARQUES NETO, 2019, p. 23.

³⁴⁹ MARQUES NETO, 2019, p. 23.

o índice BOVESPA subiu.³⁵⁰ Por outro lado, um discurso do Ministro da Fazenda sobre a desoneração de combustíveis, pouco antes, provocou uma forte queda.³⁵¹ Se não há irracionalidade nos movimentos, é no mínimo forçoso concluir que os interesses do mercado financeiro estão desconectados de preocupações maiores acerca da estabilidade democrática.^{352/353}

Além de definir que a LLE é um instrumento do Direito Econômico, devemos deixar claro em *qual* Direito Econômico ela se insere.

Dentro dos limites da nossa pesquisa, tendo em destaque as alterações dos contratos do Código Civil, podemos responder a esta altura que ela não se enquadra em um Direito Econômico que busque harmonizar interesses individuais e coletivos e regulamentar a atividade contratual de acordo com a política econômica definida na ordem jurídica constitucional.

Antes dessa etapa, por partir de proposições superadas, por considerar o mercado praticamente infalível e plenamente racional, a Lei advogou em favor dos interesses privados de alguns agentes econômicos, mediante o desprezo, em contrapartida, do interesse social de uma parcela significativa de outros agentes, também econômicos, mas em posição de vulnerabilidade.

Desta forma, a LLE busca subtrair do Estado o papel fundamental de harmonização dos interesses dos atores dos meios de produção. Essa harmonização, entre os interesses dos detentores do poder econômico e dos agentes mais vulneráveis, não se dá de modo espontâneo. As soluções do mercado não levam em consideração as finalidades constitucionais do Art. 170, da CF, nem tampouco vários dos valores fundamentais da República, que na sua maioria são pautadas pela pura intenção do lucro.

³⁵⁰ MIATO, Bruna. Por que a bolsa não despencou depois de atos golpistas contra os Três Poderes da República? (2023). **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/01/09/por-que-a-bolsa-nao-despencou-depois-de-atos-golpistas-contras-os-tres-poderes-da-republica.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁵¹ ROCA, Gabriel; PRADO, Matheus; CAGLIARI, Arthur. Mercado vê 1ª derrota de Haddad em combustíveis e bolsa e real têm forte queda. **Valor**. Disponível em : <https://valor.globo.com/financas/ao-vivo/2023/01/02/confira-a-reacao-do-mercado-as-primeiras-medidas-do-governo-lula.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁵² Sobre isso oportuna a observação de ANA FRAZÃO: “ Dessa maneira, apesar de estar assentado em uma união entre economia de mercado e democracia representativa, o projeto político ora em voga acaba aproveitando-se da sua ambiguidade a respeito da relação entre a política e a economia, para o fim de requerer apenas o pouco de democracia que é necessária para o mercado. A ideia predominante é a de que o mercado possa substituir o Estado como força regulatória da sociedade.” (FRAZÃO, 2020, s/p.).

³⁵³ LISBOA, Daniel. Não importa como Faria Lima está vendo o 1º. Mês do Governo Lula. (2023). **UOL**. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2023/01/23/nao-importa-como-a-faria-lima-esta-vendo-o-1-mes-do-governo-lula.htm>. Acesso em: 23 jan. 2023.

Tomemos como exemplo o Art. 15³⁵⁴, da LLE, que modificou a CLT, também no seu Art. 74³⁵⁵, §2º., cujo dispositivo exigiu a hora de entrada e de saída em registro de ponto apenas para estabelecimentos com mais de vinte trabalhadores (ao invés de dez empregados, como era a redação anterior) e, no §4º., permitiu a utilização de registro de ponto por exceção (os trabalhadores podem, também por acordo individual escrito, ser dispensados de registrar a jornada normal e consignar apenas as horas extraordinárias).

Na lição de Cássio Casagrande, a norma dificulta a fiscalização pelos agentes responsáveis e fragiliza os trabalhadores:

Os Auditores Fiscais responsáveis pelo serviço de inspeção do trabalho se valem dos registros de jornada de trabalho para fiscalizar o cumprimento da legislação laboral no que diz respeito aos limites máximos de horas trabalhadas e, igualmente, para verificação da correta remuneração da sobrejornada (do que, recorde-se, depende inclusive a aferição quanto ao correto recolhimento de contribuições previdenciárias).³⁵⁶

Deste modo, sob a escusa de desburocratizar e facilitar a atividade do empregador empresário (um dos agentes econômicos), fragiliza-se a posição do outro agente econômico mais fraco, qual seja, o empregado.

Em seu Art. 2º., ao enunciar os seus princípios³⁵⁷, a visão anacrônica em relação ao Estado por parte da LLE também torna-se clara em outra seara. A Lei não o aponta como um agente econômico, mas como *um agente antieconômico*. Não visualiza nele, conseqüentemente, a função incrementadora da atividade econômica.

A favor dessa visão da LLE, certamente haverá quem, ao usar a voz corrente, afirmará que *o Estado não gera riquezas*; entretanto, faz-se um contraponto. O Brasil (e não só o Brasil)

³⁵⁴ Art. 15. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º. de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

³⁵⁵ Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. § 1º. (revogado). § 2º. Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. § 3º. Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo. § 4º. Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

³⁵⁶ CASAGRANDE, Cássio. A lei de liberdade econômica e a desproteção do trabalhador. *In: Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. (livro eletrônico). Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s/p.

³⁵⁷ Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

é pródigo em exemplos de setores que se desenvolveram somente porque houve atividade estatal (direta³⁵⁸ ou indireta). A industrialização do País passa por esse evento como aponta Sônia Draibe:

Em meio às discussões, a fórmula empresa pública já se concretizava revelando mais uma vez a autonomia da ação estatal no período. Os setores do ferro e do aço, de energia elétrica, de química pesada e de produção de motores foram progressivamente equacionados de forma que a empresa pública ou de economia mista nucleasse os investimentos iniciais básicos. Assim, em 1941 foi criada a Companhia Siderúrgica Nacional; em 1942, a Companhia Vale do Rio Doce; em 1943, a Companhia Nacional de Álcalis e a Fábrica Nacional de Motores; em 1945, a Companhia Hidrelétrica de São Francisco.³⁵⁹

Ademais, como ensina Alessandro Octaviani, a ideia inversa defendida pela LLE, qual seja, a de um Estado propulsor da economia, é difundida entre os Estados de capitalismo central, “[...] aproximando, inclusive, países aparentemente opostos, como a China e os Estados Unidos”.³⁶⁰ O Autor complementa, ao informar que uma das manifestações dessa realidade econômica global é a presença forte de empresas estatais, de modo que “[...] das 10 maiores empresas do mundo, tendo-se como referência o valor total do ativo detido, segundo a Revista Forbes em 2018, 60% são empresas estatais, pertencentes à China, Estados Unidos e Japão [...]”.³⁶¹

Há repetição de um outro dogma, segundo o qual o crescimento econômico seria mais relevante do que a distribuição da riqueza, também mencionado por Ana Frazão³⁶², que parece ter direcionado os idealizadores da LLE numa repetição aparente da denominada *Teoria do Bolo*, difundida na época do *milagre econômico*, da década de 1970. Naquela época, o ministro

³⁵⁸ Nos termos do Art. 173, da CF, como explica Eros Grau: “Apenas em duas hipóteses a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito é admitida (às empresas públicas e às sociedades de economia mista): quando essa exploração for necessária (a) aos imperativos da segurança nacional ou (b) a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (CANOTILHO *et. al.*, 2018, p. 1.921.

³⁵⁹ DRAIBE, 2004, p. 106.

³⁶⁰ OCTAVIANI, Alessandro. A ordem econômica brasileira e a caça aos artigos 171 e 192: buscando o progresso e chegando ao atraso. In: NUSDEO, Fábio. (Coordenador) *et. al.* **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º. centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

³⁶¹ OCTAVIANI, 2019, s.p.

³⁶² FRAZÃO, 2020, s/p.

Delfim Neto cunhou a célebre frase “É preciso primeiro aumentar o bolo (da renda nacional) para depois reparti-lo.”^{363/364}

Essa ideia também se afasta de alguns dos objetivos da República enunciados no Art. 3º. em referência (a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais) e da justiça social do Art. 170 da Constituição. Não se trata de idealizar a igualdade absoluta, e sim distinguir “[...] as desigualdades que podem ou devem ser aceitas e aquelas que não podem ser toleradas.”³⁶⁵.

Ao enunciar as liberdades formais como os grandes valores da atividade econômica, na busca de ressaltar e reviver no Direito Privado um ambiente das igualdades também apenas formais, a LLE vale-se de velha e ultrapassada premissa de que o cidadão é livre para decidir se quer empreender ou se prefere oferecer o seu trabalho para os empreendedores.

Ocorre, ao apelar mais uma vez para Ana Frazão, que essa opção não é viável para uma parte expressiva da população brasileira, para quem “[...] resta apenas a opção de oferecer sua força de trabalho em condições cada vez mais precarizadas.”³⁶⁶. Mais prejudicial do que isso, acrescentamos nós, por motivo da falta de emprego formal busca-se convencer os vulneráveis, com alguma dose de sucesso, de que a saída é o *empreendedorismo*.

Sem cuidado algum com a previdência social desses trabalhadores, os efeitos futuros podem ser nefastos. Não apenas para eles, como também para o Estado, a quem caberá socorrê-los sem custeio no futuro.

Por conseguinte, muitos dos atuais *empreendedores* nada mais são do que trabalhadores desempregados, com pouca formação educacional que desistiram de recolocar-se no mercado de trabalho e que não tiveram liberdade (material) de escolha e muito menos igualdade (material, insistimos) de oportunidades. Não é tolerável que venham a ser tratados como *iguais* nas relações contratuais com outros agentes detentores do poder econômico.

³⁶³ TAVARES, Maria da Conceição *et. al.* O BNDE nos anos do “milagre” brasileiro. In: **Memórias do Desenvolvimento**. ano 4, n. 4. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2010, p. 134 e nota 1.

³⁶⁴ Sobre o período conhecido como *Milagre Brasileiro*, Marcelo Medeiros, ao referenciar as pesquisas de Albert Fishlow, oferece uma perspectiva crucial que contradiz a noção de que o crescimento econômico da época resultou na diminuição da pobreza e desigualdade. Ao contrário, ele destaca a identificação de uma concentração crescente de renda no Brasil, atribuindo-a a decisões conscientes do governo. Essas escolhas, como a repressão de negociações salariais e a compressão do salário mínimo, são apontadas como elementos evidentes do processo que intensificou a disparidade econômica no país. FISHLOW, Albert, apud MEDEIROS, Marcelo. **Os ricos e os pobres: o Brasil e a desigualdade**. Companhia das Letras, 2023. Edição do Kindle, s/p.

³⁶⁵ FRAZÃO, 2020, s/p.

³⁶⁶ FRAZÃO, 2020, s/p.

Quando a LLE manietta o Art. 421, do CC, ao pretender reduzir a Função Social do Contrato, reforça a presunção de simetria das relações empresariais no *caput* do Art. 421-A e, de modo redundante (parágrafo único, do Art. 421 e inciso III, do Art. 421-A) destaca a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual; ela finca este marcador retrógrado na Parte Geral dos Contratos, de um Direito Civil que, desde o CC/2002, tenta escapar da visão obsoleta que lhe dominou por décadas.

Ao apontar, em outro quadro, as mazelas estatais como se elas se resumissem ao excesso de regulação, confunde-se a regulação com burocracia. A LLE passa ao largo, v.g., da qualidade das Agências Reguladoras e da insuficiência notória da atuação de várias delas e de como elas impactam a má qualidade de alguns serviços, como de telefonia e *Internet*, aviação, energia elétrica e outras, essenciais para o incremento da atividade produtiva. Talvez o problema não esteja (ou, ao menos, não esteja apenas) no excesso de regulação, mas na sua qualidade. A LLE atua, assim, apenas em alguns pontos microeconômicos, como se o crescimento do País dependesse apenas disso. Por que essa visão ultraliberal e tão marcadamente anti-estatal do legislador da LLE? É o que analisaremos no tópico seguinte.

3.2 CONTEXTO HISTÓRICO E IDEOLOGIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 881/2019

No bojo de um contexto mundial que escolheu outros políticos de direita, como, por exemplo, Donald Trump (2016), nos Estados Unidos da América, em 2018 houve a eleição de Jair Bolsonaro, valendo-se de um discurso similar autodenominado *conservador e liberal*.

Em realidade, do ponto de vista econômico, a partir da escolha de um Ministro da Economia advindo da Escola de Chicago³⁶⁷, adotou-se uma visão neo ou ultraliberal. Segundo Bresser Pereira, “[...] na visão neoliberal a competição de todos contra todos se torna um bem maior. A única proteção que o Estado deve oferecer é a liberal, contra o inimigo externo e contra

³⁶⁷ Sobre o Ministro: “No âmbito nacional, deparamo-nos, por exemplo, com a figura do ministro da economia Paulo Guedes. Orientado, no âmbito teórico da economia, pelos princípios da Escola de Chicago, em estudos pós-graduados na Universidade de Chicago, apresenta influência de Milton Friedman, um dos principais idealizadores do neoliberalismo e professor atuante dentro da Universidade de Chicago. O referido ministro atuou, ainda, no governo do ditador Augusto Pinochet, na década de 1980, como professor e pesquisador acadêmico na Faculdade de Economia e Negócios da Universidade do Chile, contribuindo para a construção do pensamento econômico neoliberal no país.” (SILVA, Emmanuel Alexandre Tavares da; BEZERRA, Fábio Alexandre Silva. Análise crítica de transitividade de representações discursivas do ministro da economia Paulo Guedes sobre privatização. *Miguilim—Revista Eletrônica do Netlli*, Crato, v. 11, n. 1, p. 18, jan.-abr. 2022).

o crime; é garantir a propriedade e os contratos.”³⁶⁸ Acrescentamos que os neoliberais não dispensam a presença do Estado para garantir a livre concorrência ou para subsidiar juros para o incremento das suas atividades.

Destacamos que antes das eleições de 2018, havia prosperado a Reforma Trabalhista, em 2017 (Lei nº.13.467); defendia-se majoritariamente a Reforma da Previdência (que foi aprovada pela PEC nº. 62019). É oportuno lembrar que esse período foi precedido por grave crise econômica recessiva em 2015³⁶⁹, que resultou no *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, em 2016³⁷⁰, o que incrementou a ideia de Estado Mínimo em vários setores da sociedade.

Neste (resumido) contexto histórico editou-se a Medida Provisória de nº. 881/2019, que precedeu à LLE e, como observam Judith Martins Costa e Guilherme Nitschke, o seu texto foi concebido e elaborado por integrantes do Ministério da Economia do Governo da época, de forma muito pouco democrática, em relação ao chamamento prévio da comunidade jurídica para discuti-la.³⁷¹

No mesmo sentido, a crítica de Érica Gorga ao questionar os requisitos da relevância e urgência para a edição da referida medida provisória, de modo que “[...] a célere tramitação, além de causar perplexidade na comunidade jurídica, também impediu discussão mais séria e aprofundada dos problemas que a lei almejou enfrentar.”³⁷²

Na exposição de motivos da Medida Provisória nº. 881/2019, no item de nº. 3. faz-se referência à má colocação do Brasil em classificações de organismos internacionais que mediriam a liberdade econômica dos Estados.³⁷³

A utilização dessas classificações como justificadoras da necessidade de aderência à políticas neo ou ultraliberais esbarra, inicialmente, no sistema avaliador. Como assevera Érica

³⁶⁸ BRESSER-PEREIRA, 2014, p. 96.

³⁶⁹ COSTAS, Ruth. Como se chegou à pior recessão desde os anos 90? (2015). **BBC News Brasil**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_pib_terceirotri2015_ru. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁷⁰ SENADO NOTÍCIAS. Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil. (2016). **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Origem e eficácia da lei da liberdade econômica. In: **O direito privado na lei da liberdade econômica**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 27-28.

³⁷² GORGA, Érica. Direito e economia na lei da liberdade econômica. **O direito privado na lei da liberdade econômica**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 52.

³⁷³ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 1.

Gorga, eles “[...] são criticados por questões metodológicas que podem prejudicar a avaliação das normas e infraestrutura jurídica necessárias para influenciar resultados econômicos.”³⁷⁴

Como prova, uma das mais relevantes classificações, o Relatório *Doing Business* do Banco Mundial, foi descontinuado por conta de equívocos constatados internamente.³⁷⁵ Constatou-se também, que uma análise de relatórios anteriores à Medida Provisória nº. 881/2019, demonstra que o item relativo à *execução de contratos* não era um problema.

Como esclarecem Gina Pompeu e Rosa Oliveira de Pontes, em análise ao relatório de 2017, a execução de contratos obteve o melhor desempenho, ao elevar o Brasil em oito pontos, de modo a atingir a 37^a. posição de 190 Estados. Na classificação geral, o Brasil ocupou a posição de 123^a. De acordo com as Autoras:

A justificativa apontada pelo Relatório para essa mudança foi o início da vigência do Novo Código de Processo Civil que estabeleceu uma série de dispositivos que estimulam novas formas de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, possibilitando caminhos menos onerosos e com prazos mais razoáveis.³⁷⁶

Por outro lado, no item relativo a pagamento de impostos, o Brasil, em 2017, ocupou a 181^a. posição (mas o Ministério da Fazenda empossado posteriormente entendeu *urgente e necessário* modificar os *contratos* no Código Civil).

Outro aspecto relevante refere-se à avaliação dos dados do referido relatório *Doing Business* posteriores à MP nº. 881/2019. Em 2020, o Brasil piorou a sua classificação geral (de 120^o. para 124^o.). Noticiou-se que os indicadores que mais prejudicaram a posição brasileira foram “[...] a obtenção de alvarás de construção (170) e pagamento de impostos (184). Os mais bem posicionados foram: a proteção de investidores minoritários (61) e a execução de contratos (58).”³⁷⁷ Como se percebe, apesar da Reforma Trabalhista de 2017, da Reforma da Previdência de 2019 e da Medida Provisória não houve impacto ao considerar o indicador sob análise.

³⁷⁴ GORGA, 2022, p. 49.

³⁷⁵ THE WORLD BANK. **Management Review of Data Irregularities in the Doing Business Reports from 2016 to 2020: Verification Report** (English). Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/569901608154479291/management-review-of-data-irregularities-in-the-doing-business-reports-from-2016-to-2020-verification-report>. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁷⁶ POMPEU, Gina Marcílio; PONTES, Rosa Oliveira de. Estado, Mercado e eficiência regulatória para os negócios: reflexão a partir dos dados do relatório Doing Business 2017. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 357-379, mai.-ago. 2018, p. 371.

³⁷⁷ FECOMÉRCIOSP. **Brasil cai para a 124^a posição no relatório Doing Business 2020**. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/brasil-cai-para-a-124a-posicao-no-relatorio-doing-business-2020>. Acesso em: 18 jan. 2023.

À mesma conclusão chega Ermiro Neto, ao analisar outro ranking, agora o divulgado pela Heritage Foundation. Para ele, depois de dois anos de vigência da LLE, “[...] não é possível relacionar as alterações promovidas no Código Civil à melhoria da posição brasileira no ranking.”³⁷⁸

Ao continuar a análise da Exposição de Motivos, no inciso VII, do item 11, concluiu-se que o “[...] O Brasil também possui um dos piores ambientes de inovação no aspecto tecnológico”.³⁷⁹ Segundo os expositores, não seria um problema da educação brasileira, de acordo com eles:

[...] ao contrário do que se historicamente defendeu no Brasil, similar análise empírica, que acompanhou mais de 100 países a partir da segunda metade do século XX, concluiu que investimentos em produção, educação e tecnologia, quando realizados em um país com mau desempenho em liberdade econômica, não produzem crescimento e desenvolvimento.³⁸⁰

Ou seja, o embaraço ao pouco avanço tecnológico, nos termos da tese justificadora da LLE, não seriam os problemas educacionais brasileiros graves, o baixíssimo grau de investimento estatal em pesquisa, com a notória fuga de cientistas para o exterior, e sim a falta de liberdade econômica.

Em outro momento, os expositores citaram o Chile, ao classificá-lo como “[...] o país com maior liberdade econômica da América Latina e que teria passado a ser considerado o primeiro país desenvolvido da região”.³⁸¹ No mesmo ano de 2019, em outubro, o Chile viveu mega protestos que convulsionaram o País, o que contribuiu para a decretação de toque de recolher na capital³⁸² e convocação de um plebiscito para consultar a população sobre a reforma constitucional.³⁸³ Embora rejeitada a reforma, sabe-se que nas eleições de 2021 foi eleito um

³⁷⁸ NETO, Ermiro. **Dois anos de vigência da lei de liberdade econômica: balanço da jurisprudência sobre litígios contratuais**. Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Disponível em: “ibdcont.org.br/2022/05/11/dois-anos-de-vigencia-da-lei-de-liberdade-economica-balanco-da-jurisprudencia-sobre-litigios-contratuais/”. Acesso em: 2 jun. 2023.

³⁷⁹ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 2.

³⁸⁰ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 1.

³⁸¹ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 1.

³⁸² FOLHA. UOL. **Após protestos violentos Pinera cancela aumento na tarifa do metrô em Santiago**. (2019). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/10/apos-protestos-violentos-pinera-cancela-aumento-na-tarifa-do-metro-em-santiago.shtml>. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁸³ FOLHA. UOL. **Em resposta a protestos Chile fará plebiscito sobre nova constituição**. (2019). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/em-resposta-a-protestos-chile-fara-plebiscito-sobre-nova-constituicao.shtml>. Acesso em 18 jan. 2022.

novo Presidente do Chile³⁸⁴, contrário à cartilha ultra liberal tão elogiada pelos idealizadores da MP nº. 881/2019.

No tocante à parte contratual, no inciso VIII, do citado item 11, da Exposição, afirmou-se que “[...] os negócios jurídicos empresarias (sic) serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, aplicando-se as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado”. Usa-se como exemplo o Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América, que, segundo eles, atraem muitas empresas mundiais por “[...] constituir um dos melhores ambientes para o desenvolvimento e preservação do direito empresarial.”³⁸⁵

O que os expositores não souberam (ou não quiseram) dizer é que este Estado de Delaware é considerado um *paraíso fiscal*³⁸⁶, como as Ilhas Virgens Britânicas (e nem por isso cogita-se buscar inspiração no Direito Civil caribenho).

Sobre os contratos, adicionalmente, outra referência foi realizada no item 16. Os expositores mencionaram:

Para a expansão da segurança jurídica das relações privadas, está presente a inserção explícita da regra do "contra proferentem", sobre a interpretação de todos os contratos, antes limitados – explicitamente – aos de adesão.³⁸⁷

A bem da verdade, as regras de interpretação vigentes compreendiam essa questão. Além disso, outra parte da justificativa demonstra uma desconexão dos Autores do texto com os verdadeiros problemas da seara contratual hodierna. Afirmou-se que a previsão em tela valorizaria o papel do advogado “[...] sobre os modernos e sofisticados processos de elaboração de contratos privados.”³⁸⁸

É notório que apenas os contratos entre empresas de grande porte costumam ser minutados por advogados especialistas e que, não raramente, contam com cláusula compromissória, a fim de que, se houver conflito, busquem solução na arbitragem. Nota-se, como a LLE tem o seu foco nos contratos paritários, é de pontuar-se com Flávio Tartuce, que nas demandas surgidas da interpretação dos contratos, também “[...] muitas delas não estão no

³⁸⁴ BBC NEW BRASIL. **Eleições no Chile**: Esquerdista Gabriel Boric é eleito presidente no segundo turno. (2021). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59722740>. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁸⁵ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 2.

³⁸⁶ ADACHI, Vanessa. **Fora do alcance do Fisco, Delaware seduz as empresas brasileiras**. (2006.) Valor Econômico. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/469933/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 18 jan. 2023.

³⁸⁷ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, p. 3.

³⁸⁸ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP.

âmbito do Poder Judiciário, mas em painéis arbitrais em curso não só no Brasil como também no exterior”.³⁸⁹

Por consequência, não são esses contratos os que mais estão em discussão no Judiciário. Além dos contratos de consumo, os grandes campeões em litígios ajuizados, há os contratos não escritos, os contratos eletrônicos, os contratos mal escritos, sem assessoria especializada, como os que mais geram demandas. Também os contratos assimétricos, entre grandes e pequenas empresas ou empreendedores, acerca dos quais a MP nº. 881/2019 (e posteriormente a LLE) nada mencionou.

Além das críticas lançadas até a presente etapa deste estudo, há vozes na doutrina pátria que imputam à LLE um vício ainda maior, atinente à sua constitucionalidade. É o que abordaremos a seguir.

3.3 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E A SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

As primeiras questões levantadas acerca da inconstitucionalidade da LLE foram atinentes à Medida Provisória nº. 881/2019.

Houve duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que trataram dessa matéria. A ADI de nº. 6.156/DF, ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal pelo Diretório Nacional do Partido Democrático Trabalhista; e a ADI nº. 6217/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI).

Em ambas as demandas, os Autores sustentaram a falta dos requisitos de relevância e de urgência para o uso da Medida Provisória, bem como o fato de ela fora modificada para a inclusão de vários artigos que modificaram a CLT, sem conexão com o texto primitivo.

Ao converter-se a Medida Provisória em lei, e como os Autores não emendaram as suas iniciais nas ADIs, elas foram julgadas extintas por perda de objeto, na mesma data (30 de abril de 2021) e em decisões da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski.^{390 391}

³⁸⁹ TARTUCE, Flávio. A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e os seus Principais Impactos para o Direito Civil: Mudanças no Âmbito do Direito Contratual. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, n. 1, out.-dez./2019, p. 22.

³⁹⁰ BRASIL. STF. ADI 6217 / DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30/04/2021. Publicação: 04/05/2021. Disponível em : <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1195693/false>. Acesso em: 19 jan. 2023.

³⁹¹ BRASIL. STF. ADI 6156 / DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 30/04/2021. Publicação: 04/05/2021. Disponível em : <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1195754/false>. Acesso em: 19 jan. 2023.

Não obstante os julgamentos, faz-se oportuno trazer a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

[...] o Art. 62, § 1º, I, “a”, CF, veda expressamente a edição de Medida Provisória sobre matéria relativa à cidadania, porquanto, fosse assim, ter-se-ia de admitir que uma “declaração” – aqui propositalmente em minúsculo – de direitos pudesse ser veiculada por ato normativo do Poder Executivo, o que não (e por isso a vedação referida) não supre a ulterior conversão pelo Legislador.^{392 393}

Para além da inconstitucionalidade formal da Medida Provisória convertida em lei, enquanto os seus defensores interpretam a LLE como “[...] verdadeira longa *manus* do princípio constitucional da Livre-Iniciativa (Art. 170, *caput*, CF)[..]”³⁹⁴ outros interpretá-la-ão como materialmente colidente com a Lei Maior.

O ponto fulcral parece-nos ser a concepção que se tem da Constituição de 1988. Tivemos a oportunidade de explanar a nossa concordância com os juristas que entendem que a nossa Carta é econômica, dirigente e instituidora de valores inafastáveis do denominado Estado Social. Naquela oportunidade, mencionamos a existência de uma corrente doutrinária que tem uma visão diversa, de modo a justificar nas normas constitucionais a sustentação a um Estado Liberal.

Não negamos que a Constituição de 1988 envolveu, para usar a expressão de André Cyrino, um *forte traço compromissório*³⁹⁵, fruto da composição de forças políticas.

Se é inegável que a livre iniciativa foi prestigiada pela CF, também é inafastável o fato de que ela veio em um contexto de limitação teleológica por valores sociais. Assim, se há de existir uma compatibilização entre esses dois preceitos, ela deve dar-se primordialmente no âmbito constitucional. Consequentemente, não é uma lei federal que poderá diminuir as funções do Estado para alcançar aquele mister.

³⁹² SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. A proibição de retrocesso ecológico e a nova Lei das liberdades econômicas - algumas aproximações. In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro** (livro eletrônico). Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

³⁹³ Em sentido semelhante, embora defendendo a LLE em linhas gerais, confira-se MARCEL MORAES MOTA: “Com efeito, a experiência jurídica dos povos civilizados revela que as declarações de direitos, no âmbito interno, consubstanciam matéria de índole constitucional, são os direitos fundamentais, ao passo que, no âmbito internacional, vêm a ser os direitos humanos, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ou em tratados internacionais.” (MOTA, Marcel Moraes. Os contratos civis e empresariais e a Lei de Liberdade Econômica. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 18, n. 1, jan./jul. 2019, p. 72).

³⁹⁴ THAMAY; GARCIA JÚNIOR; TAMER 2020, s.p.

³⁹⁵ CYRINO, André. A constituição econômica e a Lei 13.874/2019. In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro** (livro eletrônico). Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s. p.

A lição de Gilberto Bercovici, nessa perspectiva, define a livre-iniciativa como uma liberdade pública e não um direito subjetivo público; portanto, não garantida em termos absolutos, mas como algo que deve estar a serviço do progresso da sociedade.³⁹⁶ Desta feita, continua o Autor, a livre-iniciativa é limitada pelo bem-estar econômico geral, pela busca da igualdade material e do pleno emprego. Enfim, “[...] ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos”³⁹⁷.

Logo, quanto à atuação do Estado, como agente normativo e regulador, acrescenta Bercovici: “[...] essas competências são constitucionalmente definidas pelos artigos 59 a 69 e 84 da Constituição, que tratam da elaboração de normas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.”³⁹⁸ Como são competências constitucionais expressas, conclui o Autor que não poderiam ter sido limitadas por uma lei ordinária, como a LLE, e “[...] o que o artigo 174, *caput*, deixa para o legislador ordinário é a elaboração de lei que trate das funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Ou seja, a lei ordinária não pode determinar como o Estado vai legislar ou regular, só a Constituição.”³⁹⁹ Fazem-lhe coro Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer.⁴⁰⁰

Em sentido contrário, Amanda Flávio de Oliveira assevera ser “[...] indiscutível a consagração da liberdade econômica como fundamento da República e da Ordem Econômica na Constituição de 1988”⁴⁰¹. A livre iniciativa, embora preceito da ordem jurídico-econômica constitucional e fundamento da República, “[...] ainda não contava, mais de três décadas após a promulgação da Constituição, com um marco legal claro, dentro do limite que se faz necessário.”⁴⁰² A Autora firma também que disciplinar a liberdade econômica “[...] em um cenário de regulação, autorizada está indiscutivelmente pelo Art. 174 da Constituição e reconhecida pela própria Lei de Liberdade Econômica, representa definir limites, reafirmar autocontenção e propiciar segurança jurídica, institucional e econômica.” Ela conclui ao aduzir que a LLE não subtrai direitos sociais previstos na Constituição e tece críticas ao Estado Social,

³⁹⁶ BERCOVICI, 2020, s. p.

³⁹⁷ BERCOVICI, 2020, s.p.

³⁹⁸ BERCOVICI, 2020, s.p.

³⁹⁹ BERCOVICI, 2020, s. p.

⁴⁰⁰ SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, s/p.

⁴⁰¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei da liberdade econômica: constitucionalidade. Apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei 13.874/2019. In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. (livro eletrônico). Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

⁴⁰² OLIVEIRA, 2020, s.p.

ao considerá-lo incapaz de superar a “[...] estagnação econômica com altíssimo percentual de desemprego, considerável percepção dos níveis de corrupção e contando com uma burocracia não apenas excessiva, mas também custosa.”⁴⁰³

A defesa da constitucionalidade tecida no parágrafo anterior, em nossa percepção não afasta o problema central da LLE de, ao invés de disciplinar a liberdade econômica, buscar, confessadamente, reduzir o Estado. E reduzindo o Estado não há como sustentar a manutenção dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Se o Estado Social previsto na CF de 1988 não foi implementado plenamente – e, de fato, não o foi – isso não significa o insucesso do modelo constitucional. Como sentença Bercovici, “[...] as mudanças radicais são sempre políticas. A constituição econômica referenda juridicamente as mudanças, mas não é responsável por impulsioná-las”.⁴⁰⁴

Destarte, concordamos com Gilberto Bercovici ao imputar como inconstitucional o inciso III, do Art. 2º, da LLE⁴⁰⁵. A norma em questão estabelece como princípio da lei a intervenção *subsidiária e excepcional do Estado*, entretanto, o Autor reforça que “[...] o papel maior ou menor do Estado na esfera econômica é determinado pela Constituição, particularmente, mas não exclusivamente, pelos artigos 173 e 175.”⁴⁰⁶; afirma não haver na Constituição “[...] nenhum dispositivo que estabeleça que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse ou ineficiência da iniciativa privada, o denominado chamado “princípio da subsidiariedade”⁴⁰⁷. Acrescenta o Autor:

[...]A necessidade de essa intervenção estatal ocorrer sob a justificativa da segurança nacional ou da perseguição a relevante interesse coletivo, conforme estabelece o artigo 173 da Constituição, não implica a subsidiariedade da atuação estatal. A limitação constitucional à atuação econômica do Estado não se refere à possibilidade de intervenção estatal, mas às modalidades de intervenção.⁴⁰⁸

Bercovici vislumbra outra inconstitucionalidade na ofensa ao federalismo, porque a LLE (desde o seu Art. 1º, parágrafo primeiro⁴⁰⁹) teria tentado impor aos entes federados, que

⁴⁰³ OLIVEIRA, 2020.

⁴⁰⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 57.

⁴⁰⁵ III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;

⁴⁰⁶ BERCOVICI, 2020, s/p.

⁴⁰⁷ BERCOVICI, 2020, s/p.

⁴⁰⁸ BERCOVICI, 2020, s/p.

⁴⁰⁹ § 1º – O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação, e

têm competência concorrente para legislar sobre o Direito Econômico, nos termos dos Arts. 24, I⁴¹⁰ e 30, II⁴¹¹, da CF, a sua política.⁴¹² Concordam com ele Fernanda Martins-Costa, Rafael Xavier e Pietro Webber:

À medida que a Constituição Federal confere aos municípios a prerrogativa de fixar os horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais há potencial conflito de normas entre a legislação municipal e a propalada flexibilização genérica pela Lei da Liberdade Econômica. A esse respeito, o exame da fixação de horários por Lei Municipal não está necessariamente sujeito aos critérios da Lei no 13.874/2019, pois pode ser do interesse local a restrição específica (Art. 30, I da Constituição Federal), por exemplo em relação a questões urbanísticas, de saúde pública, ou de fluxo de trânsito local. Entender o contrário seria subverter o conteúdo da Súmula Vinculante n. 38, retirando a competência dos Municípios para legislar sobre a matéria.⁴¹³

Por fim, Bercovici acena a hipótese⁴¹⁴ de violação do princípio da legalidade no que pertine ao Art. 3º.⁴¹⁵ §1º., incisos I e II⁴¹⁶, ao afirmar que as atividades de baixo risco não podem ser classificadas por atos administrativos e sim por força de lei, nos termos do parágrafo único, do Art. 170, da CF⁴¹⁷.

Sobre o Art. 3º, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer também expõem preocupação com a questão ecológica; argumentam que a liberação de atividades econômicas pelo simples exercício do direito de propriedade pode esbarrar no mandamento constitucional acerca do estudo prévio de impacto ambiental, do Art. 225, IV, da CF⁴¹⁸ e “[...] revela-se

na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente. (LLE),

⁴¹⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

⁴¹¹ Art. 30. Compete aos Municípios: II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁴¹² BERCOVICI, 2020, s/p.

⁴¹³ MARTINS-COSTA; XAVIER; TEIXEIRA, 2022, p. 143-144.

⁴¹⁴ BERCOVICI, 2020, s/p.

⁴¹⁵ Art. 3º – São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do Art. 170 da Constituição:

⁴¹⁶ § 1º – Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo: I – ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica; II – na hipótese de ausência de ato do Poder Executivo federal de que trata o inciso I deste parágrafo, será aplicada resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), independentemente da aderência do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim);

⁴¹⁷ 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.

⁴¹⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] IV - IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra

particularmente problemática.”⁴¹⁹ Aliás, a LLE, como destacam os Autores⁴²⁰, incide na esfera ambiental por força do §1º., parte final, de seu Art. 1º.:

O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente) e está adstrita ao princípio da proibição de retrocesso ecológico⁴²¹.

A questão de obtenção de licenças ambientais por procedimentos simplificados fora enfrentada pelo STF, por conta do Art. 6º.-A e 11-A da Lei 14.195/2021⁴²², que pretendia *facilitar* a obtenção de licenças em atividades de risco médio, sem análise humana, de modo automático, pelo sistema denominado de *Redesim* (A Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios), objeto da ADI 6.808, que teve a relatoria da Ministra Cármen Lúcia. No julgamento, a Ministra fez referência à LLE:

[...] No inc. I do Art. 3º da Lei n. 13.874/2019 (LGL\2019\8262) (Lei de Liberdade Econômica) se prescreve o direito de “desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica” .11. Tem-se, assim, estarem dispensadas de atos públicos de liberação de atividades econômicas aquelas consideradas de baixo risco para a obtenção de licenciamento no sistema Redesim, conforme a legislação vigente.12. No caso posto a exame, pela norma impugnada objetiva-se ampliar a desburocratização estatal dos procedimentos para a liberação de atividades econômicas, adotando

ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade

⁴¹⁹ SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, s/p.

⁴²⁰ SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, s/p.

⁴²¹ Confira-se a lição dos mesmos autores: “É possível, nesse sentido, sustentar que o assim chamado princípio da proibição de retrocesso não representa um instituto peculiar e exclusivo para a proteção dos direitos sociais e ambientais, mas sim, no que diz respeito à sua condição de parâmetro para o controle de constitucionalidade (e convencionalidade) das restrições de direitos, refere-se aos direitos fundamentais em geral.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, s/p.).

⁴²² Art. 6º.-A Sem prejuízo do disposto no inciso I do caput do Art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, nos casos em que o grau de risco da atividade seja considerado médio, na forma prevista no Art. 5º-A desta Lei, o alvará de funcionamento e as licenças serão emitidos automaticamente, sem análise humana, por intermédio de sistema responsável pela integração dos órgãos e das entidades de registro, nos termos estabelecidos em resolução do CGSIM. Art. 11-A. Não poderão ser exigidos, no processo de registro de empresários, incluídos produtores rurais estabelecidos como pessoas físicas, e de pessoas jurídicas realizado pela Redesim: I - quaisquer outros números de identificação além do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), número de identificação cadastral única, nos termos do inciso III do caput do Art. 8º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LGL\2006\2236); II - dados ou informações que constem da base de dados do governo federal; III - coletas adicionais à realizada no âmbito do sistema responsável pela integração, a qual deverá ser suficiente para a realização do registro e das inscrições, inclusive no CNPJ, e para a emissão das licenças e dos alvarás para o funcionamento do empresário ou da pessoa jurídica.

procedimento mais flexível e facilitado também para as atividades econômicas consideradas de médio risco.⁴²³

A Ministra considerou que “[...] a proteção ao meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ser dependente de motivações exclusivamente econômicas. [...]”⁴²⁴ para acolher, por seu voto, a inconstitucionalidade; ao final, o julgamento ficou assim ementado e excluiu a aplicação dos dispositivos atacados às licenças ambientais:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 6º E 11-A DA LEI N. 11.598/2007, ALTERADOS PELO ART. 2º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.040/2021. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.040/2021 NA LEI N. 14.195/2021. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PELO NÃO ADITAMENTO TEMPESTIVO DA PETIÇÃO INICIAL. CONVERSÃO DA APRECIACÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. PROCEDIMENTO AUTOMÁTICO E SIMPLIFICADO DE EMISSÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E LICENÇAS AMBIENTAIS PARA ATIVIDADE DE RISCO MÉDIO NO SISTEMA DE INTEGRAÇÃO REDESIM. VEDAÇÃO DE COLETA DE DADOS ADICIONAIS PELO ÓRGÃO RESPONSÁVEL À REALIZADA NO SISTEMA REDESIM PARA A EMISSÃO DAS LICENÇAS E ALVARÁS PARA FUNCIONAMENTO DE EMPREENDIMENTOS AMBIENTAIS. DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E AO DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO (ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.⁴²⁵

Embora nossa Corte Constitucional não se pronunciara especificamente sobre as licenças de atividades de baixo risco (haja visto o objeto da ADIN) é possível entrever pelos votos vencedores ao menos a ideia de que a liberdade de iniciativa e os interesses econômicos subordinam-se a interesses também constitucionais de outro porte, como o meio ambiente, no caso analisado. Por conseguinte, o mesmo há de ser considerado quando houver necessidade de ponderação entre a livre iniciativa e os outros valores sociais.

Os valores sociais foram fortemente atingidos pouco após o início de vigência da Lei, em face da eclosão da Pandemia da Covid-19, que afetou a saúde, o emprego, a fome e a economia. Veremos na sequência se os mecanismos que a LLE procurou desenvolver para a

⁴²³ BRASIL. STF. ADI Nº. 6808. Processo Nº. 0052474-24.2021.1.00.0000/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6160181>. Acesso em: 17 fev. 2023.

⁴²⁴ BRASIL. STF. ADI Nº. 6808. Processo Nº. 0052474-24.2021.1.00.0000/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6160181>. Acesso em: 17 fev. 2023.

⁴²⁵ BRASIL. STF. ADI Nº. 6808. Processo Nº. 0052474-24.2021.1.00.0000/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6160181>. Acesso em: 17 fev. 2023.

incrementação econômica do Estado brasileiro eram adequados para o enfrentamento da crise sanitária.

3.4 A LIBERDADE ECONÔMICA DE 2019 E A PANDEMIA DE 2020: A NÃO INTERVENÇÃO POSTA À PROVA

A diminuição do Estado; o Estado mínimo; e a intervenção mínima. O mote principal da LLE foi colocado à prova menos de seis meses após sua vigência, com a eclosão da pandemia da COVID-19. Embora a Organização Mundial de Saúde (OMS) tenha adotado diretrizes de combate à COVID-19 desde 2 de janeiro de 2020, apenas a partir de 11 de março do mesmo ano denominou a sua disseminação como *pandemia*.⁴²⁶

Em uma primeira constatação, por conta do Estado Social idealizado pela CF “[...] o país conta com um fator altamente positivo: a existência de um sistema de saúde público e universal, fato nada trivial no âmbito global [...]”, como destacaram Amélia Cohn e Rosa Maria Ferreiro Pinto⁴²⁷.

Apesar dessa positividade, as Autoras apontavam as dificuldades do nosso sistema de saúde por conta do “[...] subfinanciamento crônico a que vem sendo submetido, na realidade desde sua criação, mas que nos últimos anos se agravou, chegando a perder cerca de 20 bilhões de reais, desde a EC 95/2016 [...]”⁴²⁸, em grande medida por conta do teto estabelecido para a área da Saúde, mediante a redução de algo em torno de 2% (de 15,77% para 13,54% da arrecadação da União), fruto da política neoliberal adotada, dentre outras causas. Vale ressaltar que a *redução do Estado* também nesta área, somada, evidentemente, aos problemas de gestão da nossa classe política (os quais não escolhem cores ideológicas), custou caro aos que necessitaram de atendimento ao longo das piores fases da pandemia.

Embora tenha atingido o mundo todo, a pandemia certamente impactou mais fortemente os Estados mais pobres. E, dentre nós, certamente os mais vulneráveis, porque, como observou Alexandre Schwartzman, a pandemia sublinhou:

⁴²⁶ Nesse sentido, confira-se: ALMEIDA, Verônica Scriptorre Freire; ALMEIDA, Daniel Freire. Organização Mundial da Saúde e sua atuação na Covid-19. In: **O Direito da Saúde na Era pós-Covid-19**. (Coords.) Verônica Scriptorre Freire e Almeida Fernando Reverendo Vidal Akaoui Marcelo Lamy. São Paulo: Almedina, 2021. p. 198.

⁴²⁷ COHN, Amélia; PINTO, Rosa Maria Ferreiro. Covid-19 - Desafios para o SUS e para a rede de proteção social na garantia do direito à saúde. In: **O Direito da Saúde na Era pós-Covid-19**. (Coords.) Verônica Scriptorre Freire e Almeida Fernando Reverendo Vidal Akaoui Marcelo Lamy. São Paulo: Almedina, 2021. p. 67.

⁴²⁸ COHN, 2021, p. 70.

[...] as dificuldades distributivas que transparecem no orçamento brasileiro e, [...] acelerou, em muito, as tendências que já eram visíveis antes, em particular, a incapacidade da sociedade e de seus representantes – o mundo político – para arbitrar perdas e ganhos entre seus distintos grupos.⁴²⁹

Em sentido semelhante, Antônio Batista Gonçalves e Eliana Faleiros Vendramini destacam o que denominam de *geografia da exclusão*, haja vista a contaminação muito maior das pessoas que não contavam com saneamento, água e esgoto e viviam em condição de superlotação, de modo a “[...] expor mundialmente as fragilidades do Estado Democrático de Direito na efetivação dos direitos fundamentais à população brasileira.”⁴³⁰

Para agravar mais o quadro, observamos que o País passava por um período recessivo (2014-2016), com alta do desemprego e a perda de cerca de três milhões de postos de trabalho, em sua maior parte pelas pessoas que tinham carteira de trabalho.⁴³¹ Vários daqueles trabalhadores, como observamos, migraram para a informalidade, “[...] sejam trabalhadores do setor privado sem carteira, sejam (principalmente) os trabalhadores por conta própria”.⁴³²; todavia, como se viu alhures, a recuperação do emprego experimentada após de 2016 calçou-se na expansão do sobredito trabalho informal.

Desta feita, com as medidas de distanciamento social e, em alguns momentos e lugares, com a necessidade de *lockdown*, várias famílias ficaram em situação periclitante, sem que pudessem exercer as suas atividades. Forçosamente, a interferência do socorro estatal foi necessária, mediante a edição da Lei nº. 13.982/2020, regulamentada pelo Decreto nº. 10.316/2020, ao propiciar o auxílio de R\$600,00 mensais a pessoas vulneráveis (R\$1.200,00 em situações específicas).

Outras medidas emergenciais foram tomadas para proteger os empregos formais, quais sejam: “[...] redução proporcional de salário e jornada de trabalho, com reposição parcial de salário por meio de antecipação do seguro-desemprego[...].”⁴³³ e criação de “[...] uma linha de

⁴²⁹ SCHWARTSMAN, Alexandre. Quatro conclusões e uma crise. In: CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. **Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s/p.

⁴³⁰ GONÇALVES, Antônio Baptista; CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. COVID-19 desafia o Estado Democrático de Direito na efetivação dos direitos fundamentais; In: **Notas introdutórias sobre a repercussão da COVID-19 no direito brasileiro** [livro eletrônico]. Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴³¹ SCHWARTSMAN, 2020, s. p.

⁴³² SCHWARTSMAN, 2020, s. p.

⁴³³ SCHWARTSMAN, 2020, s. p.

crédito de R\$40 bilhões, dos quais R\$34 bilhões do Tesouro, para financiar a folha de pagamentos de pequenas e médias empresas”.⁴³⁴

Desta feita, do ponto de vista legislativo, durante a pandemia da COVID-19 houve a aprovação da Emenda Constitucional nº. 106/2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia⁴³⁵. Ademais, editaram-se várias leis federais (sem contar as estaduais e as municipais) para lidar com a crise. Citamos algumas: Lei nº. 13.979/2020, que estabeleceu medidas temporárias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus; Decreto nº. 10.282/2020, que regulamentou a Lei nº. 13.979/2020, que incluiu medidas como a suspensão de prazos processuais, a proibição de realização de eventos com grande aglomeração de pessoas e a obrigatoriedade de uso de máscaras em locais públicos; Lei nº. 14.017/2020, que dispôs sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº. 6, de 20 de março de 2020; Medida Provisória nº. 1.045/2021, que instituiu o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de Saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho; e a Lei nº. 14.040/2020, que estabeleceu normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública.

Dentre o cabedal legislativo necessário para o enfrentamento da crise, merece destaque a Lei nº. 14.010/2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), cujo texto-base foi aprovado pelo Senado Federal em 3 de abril de 2020, apelidada de *Lei Faillot brasileira*, em referência à lei francesa editada à época da Primeira Guerra Mundial. A preocupação dos autores do Projeto de Lei 1.179/2020, que nela resultou, era o descumprimento dos contratos e evitar-se a “[...] judicialização maciça do ambiente econômico”, como apontou Carmen Lígia Nery.⁴³⁶

⁴³⁴ SCHWARTSMAN, 2020, s. p.

⁴³⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴³⁶ NERY, Carmen Lígia. Decisão judicial integrativa para a operacionalização de contratos em tempos de pandemia. In: **Notas introdutórias sobre a repercussão da COVID-19 no direito brasileiro** [livro eletrônico]. Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

O sobredito Projeto Legislativo nº. 1.179, de 2020, foi proposto pelo Senador Antônio Anastásia, e buscou estabelecer regras transitórias para lidar com questões relacionadas ao Direito Privado, sem alterar as leis vigentes do País. O projeto incluiu propostas como a suspensão de prazos prescricionais e decadenciais, a realização de atos associativos por meio remoto, a flexibilização de regras em contratos agrários e a postergação da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados.

Ao contrário do que aconteceu com a LLE, no RJET, como indicaram Vítor Hugo Fogaça e Nicolas Sabino Parmezan, houve participação intensa de juristas pátrios importantes, a contribuição da sociedade civil e de órgãos do governo.⁴³⁷

O objetivo do projeto foi oferecer proteção aos vulneráveis e garantir a estabilidade do sistema jurídico durante a pandemia. Dentro desta ótica, podemos destacar, com os sobreditos autores, o Capítulo VI, que tratava das Locações de Imóveis Urbanos (da Lei nº. 8.245/1991) e recebeu um espaço próprio do legislador. O objetivo do dispositivo era suavizar os impactos econômicos que o locatário lesado poderia sofrer pela pandemia.⁴³⁸ Entretanto, foram efetivados alguns vetos pelo Poder Executivo, inclusive os que atingiram integralmente os Capítulos IV⁴³⁹ e VI⁴⁴⁰, que versavam especificamente sobre o Direito dos Contratos (matéria atinente a este trabalho). Os vetos foram, ao nosso sentir, com razão criticados pela doutrina, como se infere, por exemplo, do texto de Maurício Bunazar⁴⁴¹, acerca do assunto.

Em relação ao Capítulo IV, os argumentos embaixadores do veto tiveram como fundamento o fato de haver no ordenamento jurídico mecanismos para lidar com situações

⁴³⁷ FOGAÇA, Vítor Hugo Bueno; PARMEZAN, Nicolas Sabino. O regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET) e a tutela contratual em tempos de pandemia: entre a panaceia legislativa e o desmonte presidencial. **Revista de Direito Privado**, v. 107, jan.-mar./2021. p. 104.

⁴³⁸ FOGAÇA, Vítor Hugo Bueno; PARMEZAN, Nicolas Sabino., 2021 p. 106.

⁴³⁹ CAPÍTULO IV: DA RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS. Art. 6º As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no Art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos. (Promulgação das partes vetadas). Art. 7º Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos Arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário. (Promulgação das partes vetadas). § 1º As regras sobre revisão contratual previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo. § 2º Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários."

⁴⁴⁰ CAPÍTULO VI: DAS LOCAÇÕES DE IMÓVEIS URBANOS. Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o Art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020. Promulgação partes vetadas

⁴⁴¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BUNAZAR, Maurício. Comentários à Lei 14.010/2020 (LGL/2020/7511), que cria um sistema emergencial de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 26. ano 8, p. 115-152. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021

imprevistas em contratos. O referido capítulo é composto dos Arts. 6º. e 7º., que trouxeram dois comandos sobre a revisão e a extinção de contratos civis.

O primeiro comando estabeleceu que as consequências decorrentes da pandemia do coronavírus nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no Art. 393, do Código Civil, não teriam efeitos jurídicos retroativos. O segundo comando afirmou que não se deveria considerar como fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos Arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário.

Como obtemperou Bunazar, os artigos em tela em nada contrariavam a ordem pública e, ao contrário, buscavam aumentar a força obrigatória e a conservação dos contratos durante a pandemia, “[...] temas que interessam além dos contratantes, uma vez que o último regramento tem relação direta com a função social dos contratos [...]”⁴⁴². Quanto ao Art. 7º., continuou o Autor, “[...] de fato, a codificação privada traz os institutos citados nos vetos. Entretanto, é necessário adaptá-los aos tempos de grave crise, como ocorreu em outros momentos da História.”⁴⁴³

Em relação ao Capítulo VI, o Art. 9º., do RJET trazia a proibição temporária de liminar de despejo. O veto presidencial⁴⁴⁴ ocorreu porque haveria contrariedade ao “[...]interesse público por suspender um dos instrumentos de coerção ao pagamento das obrigações pactuadas na avença de locação [...] e por oferecer proteção excessiva do “[...] devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo ao inadimplemento e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de aluguéis [...]”⁴⁴⁵

Os vetos presidenciais sobre as normas explanadas até esta etapa do estudo foram derrubados pelo Congresso Nacional; entretanto, eles bem revelam a forma de pensar daqueles que, no poder, fizeram nascer a LLE.

O *interesse público*, segundo o governo autor do veto, como se percebe, era preponderantemente do locador; ou seja, daquele que em regra é o proprietário de imóvel. Embora tenha feito questão de citar a boa-fé, de maneira repetitiva na LLE⁴⁴⁶, presumiu-se que

⁴⁴² TARTUCE, SIMÃO; BUNAZAR, 2021, p. 128.

⁴⁴³ TARTUCE, SIMÃO; BUNAZAR, 2021, p. 128.

⁴⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Veto nº 20/2020 Parcial. (Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)). Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13325>. Acesso em: 16 fev. 23.

⁴⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Veto nº 20/2020 Parcial. (Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)). Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13325>. Acesso em: 16 fev. 23.

⁴⁴⁶ Art. 1º, §2º; Art. 2º, II; Art. 3º, V; Art. 7º (no que modificou o Art. 113, §1º, do CC).

o fato de não haver liminar de despejo durante a fase crítica da pandemia iria estimular o inadimplemento. Em outras palavras, houve uma presunção de que os locatários, de má-fé, valer-se-iam da norma para não pagar.

Apesar da insensibilidade evidente com a situação das pessoas que poderiam perder a moradia em meio à pandemia, o veto só veio a demonstrar a visão ultrapassada – patrimonialista, desconectada da função social do contrato, preocupada em excesso com os detentores do capital e com o *pacta sunt servanda* a qualquer preço – que os promotores da LLE tinham acerca do Direito Contratual.

Houve falta de preocupação com os pequenos e médios empreendedores que poderiam, em plena pandemia e, portanto, com dificuldades imensas para exercerem as suas atividades, ser sumariamente despejados. Vale citar a observação de Guilherme Calmon Nogueira Da Gama e Thiago Ferreira Cardoso Neves:

O despejo liminar, neste momento de grave dificuldade econômica e de recessão, inviabilizará toda e qualquer forma de manutenção e recuperação da empresa, levando à inequívoca violação ao princípio da preservação da empresa, insculpido no Art. 47 da Lei nº 11.101/2005, que se funda na função social da empresa, entabulado no Art. 170 da Constituição Federal, e que tem como fundamento o eminente caráter social das atividade econômicas e empresariais, fonte de circulação de riquezas, geração de empregos e de arrecadação de tributos.⁴⁴⁷

Some-se a tão decantada segurança jurídica, usada como um dos fundamentos da LLE. Não haveria mais segurança em estabelecer-se a suspensão da liminar em lei e por prazo determinado do que deixar ao alvedrio de cada juiz? Evidente que sim. Como afirmamos anteriormente, a preocupação dos artífices da LLE não era essa e nem a promoção de crescimento com a preocupação social. E sim, na sua maioria, a proteção de interesses de alguns grupos econômicos.

Afora as iniciativas legislativas, trazemos um breve apanhado de como o Judiciário reagiu à pandemia no ambiente contratual. Para tanto, analisaremos três acórdãos advindos do STJ, por serem os mais específicos localizados na data da pesquisa.⁴⁴⁸

O primeiro deles, da Terceira Turma, teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi e envolveu um contrato de plano de saúde. Ficou assim ementado:

⁴⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **A correção dos equívocos dos vetos na Lei da Pandemia nas relações privadas.** Disponível em : <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/915963761/a-correcao-dos-equivocos-dos-vetos-na-lei-da-pandemia-nas-relacoes-privadas>. Acesso em: 16 fev. 2023.

⁴⁴⁸ Realizada em 29.03.2023.

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO DURANTE A PANDEMIA APÓS O PAGAMENTO DE TODAS AS PARCELAS DEVIDAS COM CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA OPERADORA.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 18/01/2021, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 07/04/2022 e concluso ao gabinete em 24/05/2022.
2. O propósito recursal é decidir sobre a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e sobre a abusividade da rescisão do contrato de plano de saúde pela operadora durante a pandemia de Covid-19, após o pagamento de todas as parcelas devidas com correção monetária e juros de mora.
3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em negativa de prestação jurisdicional.
4. A boa-fé objetiva impõe à operadora o dever de agir visando à preservação do vínculo contratual, dada a natureza dos contratos de plano de saúde e a posição de dependência dos beneficiários, especialmente dos idosos.
5. A situação de pandemia não constitui, por si só, justificativa para o não-pagamento, mas é circunstância que, por seu grave impacto na situação socioeconômica mundial, não pode ser desprezada pelos contratantes, tampouco pelo Poder Judiciário.
6. Hipótese em que se revela contraditório o comportamento da operadora de rescindir o contrato de plano de saúde em 2020, em meio à crise sanitária provocada pela pandemia do Covid-19, depois de receber pagamentos com atraso desde ao menos 2005 e de todas as mensalidades vencidas terem sido pagas com correção monetária e juros de mora.
7. Recurso especial conhecido e desprovido, com majoração de honorários.⁴⁴⁹

A questão fática do aresto refere-se a uma resolução contratual levada a efeito pela operadora de plano de saúde por inadimplência de parcelas, ocorrida antes da pandemia. Consignou-se que, embora pagas com atraso, todas as parcelas estavam adimplidas até a competência de outubro de 2020, tendo ocorrido a resolução em 18 de novembro de 2020. A Relatora considerou que a operadora desconsiderou a boa-fé objetiva, ao não observar o dever de zelar pela preservação do vínculo contratual, “[...] dada a natureza dos contratos de plano de saúde e a posição de dependência dos beneficiários, especialmente dos idosos.”⁴⁵⁰; considerou a pandemia como agravante de descumprimento dos deveres de boa-fé, em face da natureza do contrato; asseverou que, não obstante a não aplicação do RJET ao caso sob análise, porque as parcelas atrasadas eram vencidas antes de 20 de março de 2020, havia a preocupação do legislador de manter as relações jurídicas de modo a proteger os vulneráveis durante o estado pandêmico.

O segundo acórdão foi oriundo da Quarta Turma e teve como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, assim ementado:

⁴⁴⁹ BRASIL; STJ. REsp 2001686 / MS. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de julgamento. 16/08/2022. DJe 18/08/2022.

⁴⁵⁰ BRASIL; STJ. REsp 2001686 / MS. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de julgamento. 16/08/2022. DJe 18/08/2022.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CONTRATUAL. PANDEMIA DA COVID-19. CDC. REDUÇÃO DO VALOR DAS MENSALIDADES ESCOLARES. SUPRESSÃO DE DISCIPLINAS E VEICULAÇÃO DAS AULAS PELO MODO VIRTUAL. SERVIÇO DEFEITUOSO E ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. QUEBRA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 6º, INCISO V, DO CDC. EXIGÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO IMODERADO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO FORNECEDOR. IRRELEVÂNCIA. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ CONTRATUAL. SITUAÇÃO EXTERNA. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO APTO À REVISÃO DO CONTRATO NA HIPÓTESE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. As vertentes revisionistas no âmbito das relações privadas, embora encontrem fundamento em bases normativas diversas, a exemplo da teoria da onerosidade excessiva (Art. 478 do CC) ou da quebra da base objetiva (Art. 6º, inciso V, do CDC), apresentam como requisito necessário a ocorrência de fato superveniente capaz de alterar - de maneira concreta e imoderada - o equilíbrio econômico e financeiro da avença, situação não evidenciada no caso concreto. Precedentes.

2. O STJ de há muito consagrou a compreensão de que o preceito insculpido no inciso V do Art. 6º do CDC exige a "demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor" (REsp n. 417.927/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/5/2002, DJ de 1/7/2002, p. 339.) 3. Nesse contexto, a revisão dos contratos em razão da pandemia não constitui decorrência lógica ou automática, devendo ser analisadas a natureza do contrato e a conduta das partes - tanto no âmbito material como na esfera processual -, especialmente quando o evento superveniente e imprevisível não se encontra no domínio da atividade econômica do fornecedor.

4. Os princípios da função social e da boa-fé contratual devem ser sopesados nesses casos com especial rigor a fim de bem delimitar as hipóteses em que a onerosidade sobressai como fator estrutural do negócio - condição que deve ser reequilibrada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos envolvidos, - e aquelas que evidenciam ônus moderado ou mesmo situação de oportunismo para uma das partes.

5. No caso, não houve comprovação do incremento dos gastos pelo consumidor, invocando-se ainda como ponto central à revisão do contrato, por outro lado, o enriquecimento sem causa do fornecedor - situação que não traduz a tônica da revisão com fundamento na quebra da base objetiva dos contratos. A redução do número de aulas, por sua vez, decorreu de atos das autoridades públicas como medida sanitária. Ademais, somente foram inviabilizadas as aulas de caráter extracurricular (aulas de cozinha experimental, educação física, robótica, laboratório de ciências e arte/música). Nesse contexto, não se evidencia base legal para se admitir a revisão do contrato na hipótese.

6. Recurso especial não provido.⁴⁵¹

Neste segundo aresto, a relação contratual também era de consumo referia-se ao pagamento integral de mensalidades escolares. A Turma decidiu que a revisão pretendida possuía como fundamento a teoria da base objetiva do contrato, que entendeu aplicável às relações de consumo. Anotou-se que os dispositivos legais que trataram dos efeitos da pandemia nas relações privadas tinham como objetivos comuns “[...]a manutenção dos contratos, assegurando-se, na medida do possível, a continuidade das relações sem a aplicação dos ônus

⁴⁵¹ BRASIL. STJ. REsp n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022.

por eventual inadimplemento.”⁴⁵² Considerou-se que os serviços continuaram a ser prestados sem causar onerosidade excessiva, mas apenas ônus moderado para o consumidor. Obtemperou-se que a eventual redução de custos da escola não era requisito para a revisão contratual com base na quebra da base objetiva do contrato e nem se compatibilizava “[...] com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, na especial conjuntura econômica e social que a todos assolava todo o País na época”.⁴⁵³ Negaram, pois, provimento ao Recurso Especial e mantiveram o contrato.

O terceiro paradigma julgado pelo STJ, pelo mesmo órgão julgador e de relatoria do mesmo Ministro Luís Felipe Salomão, ficou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REVISÃO CONTRATUAL. COVID-19. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. EMPRESA DE COWORKING. DECRETO DISTRITAL. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA EMPRESA LOCATÁRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DO VALOR DOS ALUGUÉIS DURANTE AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO. CABIMENTO. MEDIDA QUE VISA RESTABELECER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO. ARTS. 317 E 478 DO CC. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. DIMINUIÇÃO DA RECEITA DA LOCATÁRIA COMPROVADA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LOCADOR. SITUAÇÃO EXTERNA. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ, QUE APONTAM PARA A REVISÃO DO CONTRATO NO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A revisão dos contratos com base nas teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas no Código Civil, exige que o fato (superveniente) seja imprevisível e extraordinário e que dele, além do desequilíbrio econômico e financeiro, decorra situação de vantagem extrema para uma das partes, situação evidenciada na hipótese.

2. Consoante as diretrizes firmadas no julgamento do REsp n. 1.998.206/DF, "a revisão dos contratos em razão da pandemia não constitui decorrência lógica ou automática, devendo ser analisadas a natureza do contrato e a conduta das partes - tanto no âmbito material como na esfera processual -, especialmente quando o evento superveniente e imprevisível não se encontra no domínio da atividade econômica das partes" (REsp n. 1.998.206/DF, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022).

3. Na hipótese, ficou demonstrada a efetiva redução do faturamento da empresa locatária em virtude das medidas de restrição impostas pela pandemia da covid-19. Por outro lado, a locatária manteve-se obrigada a cumprir a contraprestação pelo uso do imóvel pelo valor integral e originalmente firmado, situação que evidencia o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

4. Nesse passo, embora não se contestem os efeitos negativos da pandemia nos contratos de locação para ambas as partes - as quais são efetivamente privadas do uso do imóvel ou da percepção dos rendimentos sobre ele - no caso em debate, considerando que a empresa locatária exercia a atividade de coworking e teve seu faturamento drasticamente reduzido, a revisão do contrato mediante a redução

⁴⁵² BRASIL, 2022.

⁴⁵³ BRASIL. STJ. REsp n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022.

proporcional e temporária do valor dos aluguéis constitui medida necessária para assegurar o restabelecimento do equilíbrio entre as partes.
5. Recurso especial não provido.⁴⁵⁴

Nesse aresto, a questão da revisão contratual em decorrência da pandemia foi diretamente tratada em tema de locação não residencial. Ao tratar das hipóteses de revisão dos contratos privados, o Relator fez referência à LLE, ao mencionar que os permissivos legais estariam vinculados “[...] aos princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual [...]”.⁴⁵⁵ Considerou, não obstante, ser a pandemia causa possível para a aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva, com incidência específica no caso concreto, por conta de redução significativa do faturamento da locatária pela impossibilidade do exercício das atividades desenvolvidas pelo locatário em razão das medidas sanitárias de combate ao coronavírus. Ponderou que, embora a locadora também tenha sido atingida, “[...] sobreveio desequilíbrio econômico-financeiro imoderado para a locatária.”⁴⁵⁶ Negou, assim, provimento ao Recurso Especial, por entender configurado o desequilíbrio estrutural na relação entre as partes devido aos efeitos da pandemia da covid-19, e presentes as diretrizes da boa-fé objetiva, e da função social do contrato, da equivalência material, da moderação e da higidez das relações contratuais.

O que se denota das decisões analisadas é o entendimento do STJ de que a pandemia era fato exterior, relevante e extraordinário para, em tese, promover a revisão de contratos de Direito Privado; porém era preciso analisar em cada contrato as repercussões concretas da pandemia, com observância dos princípios da boa-fé e da função social. Em dois deles, relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, embora houvesse menção à *intervenção mínima*, da Lei da Liberdade Econômica, frisamos que a abordagem feita levou em alta consideração a socialidade e a eticidade, que devem pautar os contratos. Nos três, houve sensibilidade daquele Tribunal quanto à pandemia e à necessidade de intervir-se nos contratos quando necessário para assegurar o equilíbrio dos contratantes.

Concluimos este subitem ao observar que tanto o Legislativo como o Judiciário intervieram, não de modo *mínimo*, mas de modo *necessário* para o enfrentamento da pandemia. A mesma atitude não se entendeu na atuação do Executivo Federal, sob a inspiração autodeclarada do Liberalismo, gerador da LLE.

⁴⁵⁴ BRASIL. STJ. REsp 1984277 / DF. T4 – Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 09/09/2022 ou RSTJ vol. 267, p. 666.

⁴⁵⁵ BRASIL, 2022a.

⁴⁵⁶ BRASIL. STJ. REsp 1984277 / DF. T4 – Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 09/09/2022 ou RSTJ vol. 267 p. 666.

O Estado mínimo, se, ao nosso ver, não se coaduna com as experiências mais exitosas do Capitalismo central, demonstrou-se desastroso no período pandêmico. A ideologia do Estado não interventor, afora outras questões ideológicas, contribuíram para que o Executivo Federal deixasse de assumir algo que era essencial em momentos de crise grave, qual seja, o papel de coordenação central.

Como ensina Gilberto Bercovici, nos períodos de crise grave exige-se a desmobilização de diversos setores da economia, ao passo que outros precisam ser ampliados. Nesse sentido, é fundamental garantir a renda das pessoas, o abastecimento de produtos básicos e o funcionamento contínuo dos serviços essenciais.⁴⁵⁷ O Autor também destacou as medidas adotadas pelos Estados Unidos da América, por meio do *Defense Production Act*, de 1950, com o fim de “[...] priorizar e alocar todos os recursos médicos e sanitários necessários para combater a pandemia nos Estados Unidos.”⁴⁵⁸ Bercovici acrescentou que, entre nós, a Lei Delegada nº. 4, de 1962, autorizava o governo a controlar o abastecimento, fixar preços e promover estímulos à produção.⁴⁵⁹ A LLE, conforme versa o seu Art. 19, I, revogou a sobredita lei, e limitou mais a atuação efetiva do Estado em várias questões de extrema relevância, como na falta de produtos e insumos que se tornaram necessários para a prevenção e o tratamento da doença.

Enfim, a pandemia do Coronavírus colocou à prova a ideia vetusta de que a economia prescinde do Estado, como, aliás, ocorrera em eventos do começo do século XX, como a Primeira Guerra e a quebra da Bolsa de Nova Iorque, de 1929. Lições históricas, todavia, ignoradas pelo legislador da LLE e por seus entusiastas.

⁴⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. **O papel do Direito econômico diante da crise da Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/estado-economia-papel-direito-economico-diante-crise-covid-19?imprimir=1>. Acesso em: 16 fev. 2023.

⁴⁵⁸ BERCOVICI, 2023.

⁴⁵⁹ BERCOVICI, 2023.

4 MODIFICAÇÕES QUE A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA PROCUROU IMPOR AOS CONTRATOS DO CÓDIGO CIVIL

A Lei nº. 13.874/2019 determinou em seu Art. 7º. as alterações realizadas no Código Civil. Dentre elas, as que se referem diretamente a este estudo estão promovidas no Art. 113, que por serem relativas ao negócio jurídico, impactaram a interpretação dos contratos. Posteriormente, verificaremos as alterações legislativas efetuadas no Art. 421, bem como o acréscimo do Art. 421-A, especificamente nas disposições gerais do Código a respeito dos contratos.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O Art. 7º., da Lei nº. 13.874/2019, no que concerne ao tema deste estudo, modificou, inicialmente, o Art. 113, do CC/2002, acrescentando-lhe dois parágrafos. A MP nº. 881/2019 não efetivou o sobredito acréscimo, mas havia proposto um parágrafo único ao Art. 423, semelhante à norma que foi acrescida ao inciso IV, do Art. 113. Na tabela a seguir comparamos a extensão da norma antes e após a LLE:

CC/2002	MP nº. 881/2019	Lei nº. 13.874/2019
Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.	<i>nihil</i> Art. 423 [...] Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controversa.	Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as

		informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.
--	--	--

Ao alterar o artigo que trata da interpretação do negócio jurídico, que tem no contrato a sua principal espécie, a LLE reflexamente atingiu este último.

O Código Civil de 1916 não utilizava a expressão negócio *jurídico* e sim *ato jurídico*. Definia-o, em seu Art. 81, como todo “o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.”. Acerca do *ato jurídico*, a regra de interpretação era normatizada pelo Art. 85, a qual mandava priorizar, nas declarações de vontade, mais a intenção dos declarantes do que o sentido literal da linguagem.⁴⁶⁰ Foi uma opção do legislador pela vontade, coerente com a visão voluntarista que pautou mencionado Diploma Legal.

O CC/2002, ao regradar a questão correlata, trouxe o Art. 112, cuja redação passou a ser a seguinte: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Como adverte Cristiano Chaves de Faria, ao contrário do que alguns supuseram⁴⁶¹, “não se tratou da repetição da fórmula do Código de 1916, porque lá [...] se dizia ‘atenderá mais à sua intenção’ doravante afirma-se ‘atenderá mais à intenção nelas consubstanciada’.”⁴⁶²

Desta forma, deu-se relevo à intenção materializada na declaração, ao invés da perquirição da vontade interna dos contratantes. De acordo com Farias, para quem “[...] o comando 112 CC/2002 (LGL\2002\400) adota a teoria da confiança, referindo-se à vontade consubstanciada nas declarações, relegando ao segundo plano a literalidade do texto, mesmo

⁴⁶⁰ BRASIL, Código Civil de 1916. “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” Em sentido semelhante vem o Código Civil da Alemanha, o BGB: “§ 133 *Auslegung einer Willenserklärung. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*” (Interpretação de uma declaração de vontade. Ao interpretar uma declaração de vontade a vontade real deve ser pesquisada e não se ater ao sentido literal da expressão”); traduzimos).

⁴⁶¹ Confira-se, v. g, a posição de Mário Benhame, comentando o artigo: “É alteração da redação do Art. 85 do CC de 1916, mas não trouxe nada de novo”. In: **Comentários ao código civil (artigo por artigo)**. (Coord.) Carlos Eduardo Nicoletti Camilo *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 224.

⁴⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista de Direito Privado**. v. 31, jul. - set. 2007, p. 7-30, p. 12.

que este reflita a verdadeira intenção do declarante.”⁴⁶³ Neste sentido, seguiu a direção do Código Civil francês, que em seu Art. 1.188 preceitua:

Um contrato é interpretado de acordo com a intenção comum das partes, em vez de se deter no significado literal de seus termos. Quando esta intenção não pode ser detectada, o contrato é interpretado de acordo com o significado que lhe é dado por uma pessoa razoável colocada na mesma situação. ⁴⁶⁴ (nossa tradução).

Em sentido semelhante, o Art. 236º do Código Civil português, embora no número 2 haja uma ressalva não presente na nossa legislação e nem no Código Civil francês:

ARTIGO 236º (Sentido normal da declaração) 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

A partir da premissa de priorizar a confiança⁴⁶⁵ despertada no declaratório, com o prestígio do que foi expresso em detrimento do que foi internamente desejado pelo declarante, deve-se ressaltar a utilização da boa-fé objetiva do *caput*, do Art. 113, como “vetor interpretativo dos negócios jurídicos” (para usar a expressão de Gustavo Tepedino e Milena Oliva⁴⁶⁶).

No tocante às modificações, as primeiras observações são relativas à desnecessidade da inserção dos incisos I, II e III, do §1º., em face do que preconizava o *caput*, do Art. 113. Na cabeça da norma havia a referência à boa-fé e aos usos do local da celebração.

O inciso I é uma alusão à figura parcelar da boa-fé objetiva do *venire contra factum proprium*. Afora essa afirmação, ao utilizar como parâmetro o *comportamento posterior* das partes, a inovação pode dar conotação mais restritiva à boa-fé, do que a pacificada pelos aplicadores do Direito, de incidência nas fases pré e pós-contratual, “[...] e não somente naquele (momento) posterior à celebração do negócio”, como alertam Gustavo Tepedino e Laís

⁴⁶³ FARIAS, 2007.

⁴⁶⁴ No original: “1188 *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.*”

⁴⁶⁵ Confiança que é apontada por Cláudia Lima Marques como “princípio diretriz das relações contratuais”. In: **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019,(livro digital); s/p.

⁴⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 279.

Cavalcanti⁴⁶⁷. A construção doutrinária acerca do tema era mais interessante, como se infere do Enunciado 409, da 5ª. Jornada do Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que tem a seguinte redação: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes."⁴⁶⁸ A consideração das *práticas habituais*, ainda que requeresse mais de um negócio efetuado, apresentava como vantagem a não marcação do momento posterior como preponderante.

O inciso III é flagrantemente redundante. O II, dispensável porque a referência genérica aos tais *usos*, certamente já compreendia aquilo que a LLE quis explicitar (usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio).

Prosseguindo com as demais inovações, o inciso IV (*IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável*) é, como aponta Flávio Tartuce, a tipificação de “[...] máxima há muito tempo reconhecida pelo Direito (*interpretatio contra proferentem ou contra stipulatorem*).”⁴⁶⁹ O Autor entende ter havido a ampliação do sentido do Art. 423, do CC/02, sendo possível aplicar a regra interpretativa também em contratos paritários em que se comprove ter havido a imposição de alguma cláusula por uma das partes.⁴⁷⁰ Somem-se as críticas de Gustavo Tepedino e de Laís Cavalcanti, para quem, o legislador ignorou o fato de que nem sempre a redação do instrumento é feita por quem o concebeu e que a norma pode fazer surgir situação na qual os contratantes evitem redigir certa cláusula contratual, imputando o ônus à contraparte, mesmo concordando com ela, para se valerem da referida previsão⁴⁷¹.

Não se pode dar ao último dos incisos do §1º, do Art. 113 (“V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”) a interpretação preconizada por Paula Forgioni, para quem, ele teria positivado uma presunção *iuris et iuris* de que todos os participantes de um negócio empresarial seriam agentes econômicos “[...] ativos e probos, acostumados ao giro mercantil e, especialmente, ao tipo do negócio celebrado, que agiram racionalmente, diante das

⁴⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. Luís Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva; Ana Frazão (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s. p.

⁴⁶⁸ BRASIL. CJF. Enunciado 409. 5ª. Jornada do Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

⁴⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: lei de introdução e parte geral. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 392.

⁴⁷⁰ TARTUCE, 2021.

⁴⁷¹ TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, s. p.

circunstâncias do momento em que se vincularam.”⁴⁷² Esta seria a interpretação oitocentista, neutra, centrada em uma versão adaptada do *bonus pater familias*, que ignora as assimetrias e concentrações de poder que podem ocorrer – e ocorrem – no Brasil.

Tome-se por base, à guisa de exemplo, as relações entre um entregador que tenha aberto uma microempresa individual, e a plataforma iFood. O contrato padrão está disponível na Rede, e dentre outras coisas, estabelece não haver “vínculo empregatício, societário, de associação, mandato, franquia, ou de qualquer outra natureza entre o iFood e os Entregadores”, bem como que “quaisquer perdas, prejuízos, e/ou danos decorrentes ou relativas a tal atividade são de responsabilidade exclusiva dos entregadores”.⁴⁷³ Será que o entregador, efetivamente, aferiu racionalmente, leu e entendeu o instrumento contratual, e com ele consentiu? Se a relação agora exemplificada não é empresarial (e não é trabalhista) é civil (de prestação de serviços, ao menos) e não a *relação jurídica inexistente*, que a plataforma acena em seu “termo de uso”. Então, se é assim, não cabe ao juiz interpretar o tal *termo*, como se fosse um contrato entre dois empresários de igual porte.

Por outro lado, ainda em análise do inciso V, aparentemente na contramão da sua intenção precípua (*infra*), a LLE trouxe um conceito indeterminado⁴⁷⁴, com a ideia de racionalidade econômica das partes. Como ensina Paulo Lôbo, esse inciso admitiu expressamente a interpretação integrativa, “[...] ou seja, o contrato é integrado pelo intérprete com o significado que as partes, se tivessem prevenido divergências futuras, teriam estipulado para a realização dos fins e do objeto do negócio jurídico.”⁴⁷⁵ A este propósito, Fabiano Menke percebe uma semelhança entre esta norma e aquela do Art. 170, do CC/2002⁴⁷⁶, porque também

⁴⁷² FORGIONI, 2023, p. 277.

⁴⁷³ Respectivamente cláusulas 2.7 e 2.2.3. Disponível em <https://entregador.ifood.com.br/wp-content/uploads/2020/03/TERMOS-E-CONDICOES-DE-USO.pdf>. Acesso em 06.10.2023.

⁴⁷⁴ Não há uniformidade na definição da natureza jurídica do termo *racionalidade econômica das partes*. Flávio Tartuce entende se tratar de cláusula geral, à exemplo da boa-fé e da função social do contrato (TARTUCE, Flávio. Função social do contrato e interpretação dos negócios jurídicos após a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) – novas reflexões. In: **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência: em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Luís Felipe Salomão; Flávio Tartuce (Org.)**. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2, p. 329.) Paulo Nalin e Vitor Ottoboni Pavan, depois de acurada análise, vão entender que a racionalidade econômica não é uma figura autônoma, como boa-fé e função social e sim um *termo indeterminado* a ser preenchido para que se complete a cláusula geral de boa-fé preconizada no “caput”, quando da aplicação do caso concreto (In: *A Racionalidade Econômica das Partes na Interpretação dos Negócios Jurídicos Contratuais: Direções Preliminares*. Paulo Nalin; Vitor Ottoboni Pavan. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 7, abril-jun. 2021, p. 29-32.).

⁴⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte geral*. v. 1 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 114.

⁴⁷⁶ BRASIL, Código Civil. Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

neste aspecto há a busca por uma vontade hipotética das partes se tivessem previsto a divergência.⁴⁷⁷

Dissemos no parágrafo anterior que a inserção do inciso V, pareceu contrariar a lógica da LLE porque, em linhas gerais, a longa ampliação do Art. 113 serviu para “[...] diminuir ao máximo o espaço de intervenção heterônoma nas relações jurídicas negociais”, como também anotaram Flávio Tartuce e Maurício Bunazar.⁴⁷⁸

A mencionada *intervenção heterônoma* é do Judiciário, na concreção da boa-fé e, em última análise, na interpretação do contrato.

A tentativa de dar parâmetros mais rígidos ao dever de boa-fé estampado no Art. 113 é “verdadeiramente inquietante”, como anotaram Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti⁴⁷⁹. Como expõem os Autores, primeiramente porque vai de encontro ao caráter de cláusula geral da boa-fé e, ademais, porque desde o advento do CDC e, após o CC/2002, a doutrina e a jurisprudência haviam construído um arcabouço interpretativo capaz de dar “razoável segurança jurídica” à questão⁴⁸⁰.

Quanto à interpretação do contrato, de modo coerente com a visão liberal-positivista, o legislador da Lei nº. 13.874/2019, interpreta o *bom juiz* como a pessoa subordinada à lei (*le juge c'est la bouche de la loi*) e à vontade das partes⁴⁸¹. O legislador buscou inspiração, como notou Maurício Bunazar⁴⁸², no Art. 131⁴⁸³, do Código Comercial de 1850, corpo legislativo da época de Dom Pedro II.

⁴⁷⁷ MENKE, Fabiano. In: **Comentários ao código civil**: direito privado contemporâneo. Giovanni Ettore Nanni. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 126.

⁴⁷⁸ TARTUCE, Flávio e BUNAZAR, Maurício. A lei da liberdade econômica e os contratos agrários. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, n. 6, jan. - mar. 2021. p. 9.

⁴⁷⁹ TEPEDINO, 2020, p. 280.

⁴⁸⁰ TEPEDINO, 2020, p. 280.

⁴⁸¹ Confira-se o Código Civil francês, descendente direto do Código Napoleônico: “1192 *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.*” (Cláusulas claras e precisas não podem ser interpretadas sob pena de distorção; traduzimos)

⁴⁸² BUNAZAR, Maurício. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, Lex Magister, v. 1, p. 32-44, out./dez. 2019.

⁴⁸³ BRASIL; **Código Comercial de 1850**: Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

Assim, ao comparar os incisos do §1º, do novo Art. 113 com o Código Comercial, encontramos as seguintes semelhanças:

<p>Art. 113, §1º</p> <p>I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;</p> <p>II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;</p> <p>III - corresponder à boa-fé;</p> <p>IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;</p> <p>V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.</p>	<p>Código Comercial, Art. 131</p> <p>3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;</p> <p>4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;</p> <p>1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;</p> <p><i>nihil</i></p> <p>(<i>em parte</i>) 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;</p>
---	---

A Lei nº. 13.874/2019, inspirada, como já dissemos, na visão oitocentista do fenômeno contratual, procurou, de acordo com critérios positivistas ou racionalistas, reduzir “[...] a interpretação a um ato de conhecimento [...]”, neutro e imparcial, como aponta Ruy Rosado de Aguiar Dias⁴⁸⁴; contudo, não há e nem pode haver neutralidade⁴⁸⁵, porque o juiz deve interpretar o contrato de modo a considerar, teleologicamente, a sua função social, dentro da ideologia constitucional, mencionada neste trabalho em diversas oportunidades.

⁴⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Interpretação**. AJURIS, v. 16, n. 45, mar. 1989. p. 12.

⁴⁸⁵ Como vaticina EROS GRAU: “A neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos *discursos jurídicos*. Nos *discursos do direito* ela se dissolve, sempre.” In: **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 211.

A vontade das partes, o voluntarismo, a não intervenção já não funcionaram se houve lide e ela chegou à apreciação do juiz. A esta altura, o que intérprete deve buscar, sempre com base na boa-fé objetiva, como apontam Tepedino e Oliva, não é mais o interesse de um ou de outro contratante, mas a finalidade precípua do negócio, de modo a preservar a sua economicidade.⁴⁸⁶ Como a boa-fé, na sua função interpretativa, foi mantida no *caput* da norma, ela se espalha para todos os incisos. Ademais, há de preservar-se a visão funcional da avença, e atentar-se aos ditames constitucionais do Art. 170 e à toda base principiológica contratual.

Ainda que o legislador tenha pretendido, em verdade, substituir a interpretação do juiz pelo que seria a presumida vontade das partes, obtida do conjunto do negócio,⁴⁸⁷ abriu um flanco hermenêutico considerável⁴⁸⁸, pois quando o inciso V, do Art. 113, do CC, inserido pela Lei da Liberdade Econômica, manda considerar como mecanismo de interpretação a racionalidade *econômica das partes* para aferir qual seria a negociação prevalente, é preciso estabelecer um parâmetro conceitual para o preenchimento desta indeterminação.

Refutamos a ideia de interpretar-se a expressão com supedâneo na Análise Econômica do Direito (AED).

Segundo Luciano Benetti Timm, a AED não se confunde com o Direito Econômico e se trata de um método de análise do Direito, que se vale fundamentalmente da microeconomia para solucionar questões jurídicas, inclusive os de “[...] interpretação de um princípio em um determinado caso”⁴⁸⁹. Em tese, portanto, embora a *racionalidade econômica das partes* não tenha a natureza de um princípio (e sim a de um conceito, ou termo, indeterminado), poderíamos usar a sobredita teoria na obtenção do parâmetro definidor.

A Análise Econômica do Direito, que teve o seu berço teórico mais robusto na Universidade de Chicago a partir dos estudos de Richard Posner, como anotam José Cláudio

⁴⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 279.

⁴⁸⁷ Em seu comentário à norma Nestor Duarte a resume à seguinte proposição: “as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”. (DUARTE, Nestor. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy *et al.* (Coord.) Cezar Peluso. - 16. ed., rev. e atual. Barueri [SP] : Manole, 2022. p. 93.

⁴⁸⁸ Neste sentido também a opinião de Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme: “Agora, deixar a interpretação a cargo da razoável negociação das partes sobre a questão discutida abre espaço para uma invasão do julgador no caso concreto que não parece a mais escorreita e que, inclusive, conflita com o âmbito da Medida Provisória que tinha como fito aumentar o poder de decisão dos contratantes e reduzir a intervenção do intérprete do negócio.” In: **Código civil: comentado e anotado** – 3. Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2022. p. 123.

⁴⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: o que é e o que não é? **Revista de Análise Econômica do Direito**. v. 1, jan. 2021. p. 03.

Domingues Moreira e Cristiano Quinaia,⁴⁹⁰ entende o contrato sob as óticas liberal e microeconômica que, se coincidem com os anseios do legislador da Lei da Liberdade Econômica, não se coaduna com a visão social e macroeconômica, de inspiração constitucional, que procuramos demonstrar ao longo deste estudo.

O contrato não é uma relação que diga respeito apenas aos contratantes e aos seus desejos ou expectativas econômicas, porque estas não estarão necessariamente adstritas na origem e nos motivos do negócio à melhor ética ou à melhor funcionalização social. Como defendem, certamente, Paulo Nalin e Vitor Ottoboni Pavan, a aplicação pura e simples da racionalidade da *máxima eficiência*, prestigiada pela AED, pode vir a subverter a “[...] própria qualificação da livre-iniciativa prevista na Constituição Federal que, por expressa prescrição, deve conjugar a eficiência à efetividade da justiça social.”⁴⁹¹ De acordo com os Autores, o problema não está em usar elementos de Economia para a análise de figuras jurídicas, mas utilizar nesta tarefa “[...] escolas do pensamento econômico pautadas em premissas ontologicamente contrárias às fundações do sistema jurídico axiológico-constitucional brasileiro.”⁴⁹² Por esse motivo, continuam os Autores, a racionalidade econômica, “[...]deve incorporar não só os conceitos do contrato como da operação econômica a ele subjacente, mas do contrato como conceito jurídico, este definido no contexto de um sistema axiologicamente ordenado pela Constituição da República.”⁴⁹³

Não é demais lembrar que o conceito de contrato desenvolvido nesta tese⁴⁹⁴, que tomou por base a definição de Paulo Nalin, coloca-o como negócio jurídico solidário, destinado também à proteção de valores sociais, dentre os quais a circulação promocional de riquezas. Conseqüentemente, o termo indeterminado (*racionalidade econômica*) há de ser estabelecido neste campo e não simplesmente importando uma leitura contrária aos valores ali exprimidos (como a da *law and economics*).

⁴⁹⁰ MOREIRA, José Cláudio Domingues. e QUINAIA, Cristiano. Análise econômica do Direito Contratual: perspectiva para além da pandemia. **Revista de direito privado**; v. 105, jul. 2020, p. 4.

⁴⁹¹ NALIN, Paulo; PAVAN, Vitor Ottoboni. A Racionalidade Econômica das Partes na Interpretação dos Negócios Jurídicos Contratuais: Direções Preliminares. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 7, abr.-jun. 2021, p. 25.

⁴⁹² NALIN, 2021, p. 25.

⁴⁹³ NALIN; PAVAN, 2021, p. 26.

⁴⁹⁴ “contrato é o negócio jurídico bi ou plurilateral, complexo e solidário, que tem como finalidades concomitantes a composição dos interesses, patrimoniais ou extrapatrimoniais, dos contratantes e a proteção de valores sociais, dentre os quais, a livre circulação de riquezas, visando assegurar e promover a todos existência digna, conforme os ditames da Constituição. “Item 2.1.3.

Se não aceitamos o filtro da Análise Econômica do Direito por favorecer o conteúdo econômico egoístico em detrimento da solidariedade e da socialidade do contrato, a solução apresentada por Nalin e Pavan peca, ao nosso ver, por desconsiderar demasiadamente a economicidade, reduzindo-a a mero meio integrativo da boa-fé.

Os dois ensaístas propõem que o termo *racionalidade econômica das partes* seja utilizado para o preenchimento da cláusula geral de boa-fé objetiva, na sua função interpretativa. Fazem-no, em síntese, mediante a seguinte proposta:

A definição da racionalidade econômica das partes, enquanto termo de preenchimento semântico da cláusula geral de boa-fé objetiva em sua função interpretativa deve: a) partir de uma interpretação lógico-fenomenológica, tópica e sistemática; b) servir como critério definidor dos elementos materiais de qualificação do negócio jurídico, em perspectiva estrutural e funcional; c) atentar-se à tutela da legítima confiança das partes quanto ao equilíbrio contratual, à finalidade perseguida e à realização das expectativas razoáveis do tipo de negócio jurídico analisado; d) respeitar a função social do contrato em suas dimensões internas e externas, em um juízo de merecimento de tutela.⁴⁹⁵

Embora concordemos com a ideia geral transcrita no parágrafo anterior, entendemos que o papel da racionalidade econômica excede a não frustração das expectativas legítimas dos contratantes, da cooperação entre eles, ou ainda da obediência à função social. Se assim não fosse, concluiríamos pela sua dispensabilidade.

Em outros termos, a expressão há de fazer uma ponte entre a Economia e o Direito para complementar a cláusula geral de boa-fé do *caput*, do Art. 113, do CC.

Ao considerar que a tarefa interpretativa do julgador será compatibilizar interesses divergentes, com frequência econômicos, dentro de limites ético-jurídicos da boa-fé objetiva e de forma a preservar os valores constitucionais atrelados aos negócios jurídicos (solidariedade, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, e socialidade), defendemos que a *economicidade* do contrato deve ser traduzida pelo Direito Econômico; ou, mais especificamente, pelo princípio da economicidade, utilizado como direcionador no conceito de Washington Peluso acerca daquele ramo do Direito⁴⁹⁶, mais de uma vez explorado neste texto.

Peluso utilizou a economicidade como regra de interpretação jurídica:

⁴⁹⁵ NALIN; PAVAN, 2021, p. 47.

⁴⁹⁶ [...]o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade”. (SOUZA, 2003, p. 23).

“[...] tomando a economicidade, iremos dar com um rico material de interpretação jurídica consubstanciado no *standard jurídico*. Em vez da rigidez do texto legal, um sentido mais amplo do justo passa a cobrir toda uma área de interpretação dos fatos, acolhendo-os quando se identificam nesta atmosfera de justiça.”⁴⁹⁷

Explicou-a, em seu duplo aspecto. Primeiramente, quanto ao entendimento, explicou-a como *medida do econômico*, ou como a relação *sacrifício-prazer*, que terá como verdadeira característica a *linha da maior vantagem*.⁴⁹⁸ Sustentou que “ [...] a decisão pela aplicação da economicidade tem o caráter de circunstancialidade, ou seja, obedece às peculiaridades do fato tal como se lhe apresenta no tempo e no espaço.”⁴⁹⁹

Quanto à sua função, Peluso ensina que a economicidade deve ser tratada como instrumento hermenêutico, flexível, maleável e passível de revisão:

“[...]afirma-se como instrumento de interpretação e decisão para harmonizar dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição, porém que adotados e admitidos pelo legislador constituinte passam a ter convivência indiscutível sob pena de se resvalar para a admissão da ‘inconstitucionalidade’ da própria Constituição, o que significaria o abalo da lei Magna em seus próprios alicerces.”⁵⁰⁰

Consideramos, assim, possível e apropriado usar a economicidade também como regra interpretativa para completar o conceito indeterminado da *racionalidade econômica das partes*. Ela não será o interesse individual nem de um nem de outro negociante, mas o resultado da autocomposição que foi declarada.

Portanto, não estaremos em busca da racionalidade econômica de cada parte e nem faremos uma *introspecção mental*, para usar o termo de Enzo Roppo, a fim de avaliar as vontades de cada partícipe do negócio. Roppo observa que não raramente os interesses são distintos e contrapostos e o que importa é a intenção comum das partes, da forma como foi declarada.⁵⁰¹ Em outros termos: a busca é pela racionalidade econômica de *ambas as partes*.

No caso concreto, da mesma forma que consideraremos o padrão jurídico da boa-fé, levaremos em conta os aspectos econômicos da avença, de modo a compatibilizar o desejo de maior lucro, e, portanto, a liberdade de cada negociante, com o que seria razoável, não só em

⁴⁹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 297-8.

⁴⁹⁸ SOUZA, 2003, p. 29-30.

⁴⁹⁹ SOUZA, 2003, p. 31.

⁵⁰⁰ SOUZA, 2003, p. 32.

⁵⁰¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. (Trad.) Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 171.

termos éticos, mas também econômicos. Elaboraremos um padrão econômico a considerar o mercado, a concorrência, a expertise de quem está negociando, o momento econômico geral, os impactos econômicos da avença nas partes e na sociedade (micro e macroeconômicos, consequentemente).

Usar a definição de economicidade de Peluso, além de conectar o negócio jurídico (e, portanto, o contrato) de forma definitiva ao Direito Econômico, interpretando-o também como fenômeno macroeconômico, tem o benefício de ampliar a concepção de *maior vantagem econômica*. Afinal, de acordo com o Autor, “[...] pela economicidade, pode-se entender a atitude de alguém que, diante da possibilidade de lucro, decida conscientemente por uma orientação que lhe cause prejuízo, no sentido do entendimento corrente.”⁵⁰²

Toma-se em conta, por exemplo, um negócio paritário entre empresários em que um deles, querendo muito ingressar em determinado nicho mercadológico, realiza uma operação que lhe trará prejuízos, mas que servirá de porta de entrada para o mercado almejado. Entre a intenção de maior lucro de quem com ele negocia, e a intenção precípua que não é de lucrar *naquela* contratação será obtida a *racionalidade econômica* das partes.

Submetendo-a ao padrão da boa-fé, não se vislumbrará ofensa aos seus valores ético-jurídicos naquela hipótese concreta, o que será aferível a partir dos movimentos do empresário no mercado com os outros negócios que ele praticou, com a mesma intenção (de entrar no sobredito nicho de mercado). Ainda que, após a celebração do contrato ele alegue qualquer ofensa à boa-fé, por ter firmado negócio (aparentemente) tão desvantajoso, o juiz não deverá intervir na avença, porque o objetivo foi vislumbrar, por aquele que agora alega prejuízos extremos, a *maior vantagem econômica* possível.

Em outro caso, porque o princípio da economicidade é flexível e variável, seria possível concluir de forma diversa em um negócio objetivamente realizado nas mesmas bases, entendendo-se que não havia nenhuma outra intenção subjacente ao negócio, o que conduziria à conclusão de outra *racionalidade econômica*.

Seria possível, de outro lado, que o ingresso do negociante em um mercado específico por meio de contrato que lhe desse grande prejuízo aparente violasse alguma regra concorrencial. Ao submeter a *racionalidade econômica* aos padrões de ajuste ético-jurídico, o juiz não poderia ter como escoreita aquela contratação.

⁵⁰² SOUZA, 2003, p. 3.

Seguindo na análise do Art. 113, a última modificação⁵⁰³ trazida pela LLE foi o acréscimo de um segundo parágrafo, que preceitua o seguinte: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.”

Para Nestor Duarte, o §2º. teria sido a verdadeira novidade trazida pela Lei da Liberdade Econômica ao Art. 113, do CC/2002. O Autor afirma que a norma estaria em “afinidade com a autonomia privada, mas não poderá ferir norma de ordem pública.”⁵⁰⁴

Flávio Tartuce não considerou a iniciativa completamente inovadora, porque teria absorvido e ampliado o Enunciado nº. 23 da I Jornada de Direito Comercial, *in verbis*: “em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual.” Reputou que o parágrafo em análise pode ser útil em algumas situações de contratações paritárias, mas que em outras seria inócuo porque a negociação das partes “[...] não afasta a eventual intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou havendo lesão a norma de ordem pública.”⁵⁰⁵

Em outro texto, o doutrinador em comentário alerta para a necessidade de haver controle sobre o poder de interpretação ou preenchimento de lacunas pelos contratantes “[...] para que excessos, tão comuns no Brasil, não sejam cometidos, mesmo em negócios paritários.”⁵⁰⁶ No tocante à utilidade que o parágrafo poderia ter nos contratos paritários, ofereceu o seguinte exemplo: “Imagine-se, nesse contexto, uma regra que determine que uma cláusula específica prevaleça sobre uma geral, ou vice-versa.”⁵⁰⁷ Em complementação, poderíamos imaginar a hipótese de as partes estipularem, em contrato oneroso, que as cláusulas relativas às situações de inadimplemento deveriam ser interpretadas de maneira restritiva.

Finalizando este tópico, concluímos que os acréscimos ao Art. 113, do CC20/02, foram contrários ao melhor entendimento do princípio da boa-fé objetiva, na sua função interpretativa,

⁵⁰³ A rigor, a Lei da Liberdade Econômica ainda trouxe outras normas interpretativas acerca dos contratos na primeira parte do inciso I (as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais) e no inciso II (a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada) do Art. 421-A. Elas, entretanto, que não dizem respeito a todos os negócios jurídicos (excluindo os unilaterais) serão analisadas em subitem próprio, dentro deste mesmo Capítulo.

⁵⁰⁴ DUARTE, 2022, p. 93.

⁵⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 392

⁵⁰⁶ TARTUCE, Flávio. Função social do contrato e interpretação dos negócios jurídicos após a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) – novas reflexões. In: **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência: em homenagem ao Ministro Ruy Rosado De Aguiar Jr. Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce (Org.)**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2021. p. 330.

⁵⁰⁷ TARTUCE, 2021, p.330.

ao tentar, na maior parte das vezes, de forma atécnica e ultrapassada, reduzir a tarefa hermenéutica à vontade das partes.

Entendemos que o *caput* da sobredita norma oferecia cabedal suficiente aos operadores do Direito para a interpretação escoreita do negócio jurídico e, portanto, do contrato. A prevalência da vontade de *ambas as partes*, declarada na negociação, em nome do subprincípio da confiança, estava garantida pelo artigo sem as modificações da Lei da Liberdade Econômica. Aliás, o Código Civil seguia o exemplo do BGB, que de modo mais conciso (inclusive do que os códigos da França e de Portugal), trata do tema da interpretação do negócio jurídico contratual em duas normas: no §133 (“O conteúdo de uma declaração de vontade deve ser interpretado de acordo com a boa fé, de acordo com os usos comuns”) o e no §157 (“Os contratos devem ser interpretados da forma que a boa-fé exige em relação ao comércio tradicional⁵⁰⁸ - tradução nossa).

O antigo Art. 113 e o Art. 423 (“Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”) cuidavam satisfatoriamente da interpretação dos contratos.

Erros interpretativos, por este ou aquele órgão julgador não serão evitados ou minorados pelas alterações que, ao contrário, poderão trazer insegurança jurídica, até que novos entendimentos acerca das mudanças sedimentem-se na doutrina e na jurisprudência. Sem contar o risco de que as modificações sejam lidas a partir de uma visão desconectada da base principiológica constitucional e do Código Civil.

Seguindo para a parte contratual específica, avaliaremos a seguir as alterações promovidas no Art. 421, do CC/2002.

4.2 O ART. 421, PRIMEIRA PARTE: DA LIBERDADE DE CONTRATAR PARA A LIBERDADE CONTRATUAL

A redação primitiva do CC/2002 para a norma em debate era a seguinte: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁵⁰⁸ No original: §133 "Der Inhalt einer Willenserklärung ist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auszulegen." e "§ 157 Auslegung von Verträgen. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

A LLE modificou o começo do artigo e substituiu a expressão *liberdade de contratar* por *liberdade contratual*: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

A mudança sob análise não fora promovida pela MP n.º. 881/2019, que mantivera no *caput* o termo originalmente usado, com um acréscimo ao final: “*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.*” Em síntese:

Art. 421 (redação original)	Art. 421 (MP 881/19)	Art. 421 (redação da LLE)
A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato	A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, <i>observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.</i>	<i>A liberdade contratual</i> será exercida <i>nos limites</i> da função social do contrato

Cabe, na sequência, traçar algumas linhas sobre a diferença entre a liberdade contratual e a liberdade de contratar.

Orlando Gomes utilizava-se da expressão liberdade de contratar, definindo-a “[...] no poder do indivíduo constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas [...]”⁵⁰⁹ e a decompunha em seis modos: a) liberdade de contratar ou de deixar de contratar; b) liberdade de determinar as cláusulas do contrato; c) liberdade de negociar o conteúdo do contrato; d) liberdade de modificar o regime legal do contrato nas suas normas dispositivas; e) liberdade de escolher o outro contratante; e f) liberdade de celebrar contratos atípicos⁵¹⁰.

O Autor identificava a liberdade de contratar ou não contratar e de celebrar contratos atípicos como reveladoras do sentido da liberdade contratual. Na sequência, Gomes fazia uma análise crítica de como a exaltação da liberdade serviu de reforço ao que ele denomina *biombo da igualdade formal*: uma igualdade abstrata, que não deveria levar em conta as desigualdades sociais.⁵¹¹ Expôs, em conclusão, que a *revolução capitalista* do século XX, com a massificação dos contratos, implicou a diminuição da importância do voluntarismo jurídico e da liberdade de

⁵⁰⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 69

⁵¹⁰ GOMES, 1983. p. 69.

⁵¹¹ GOMES, 1983, p. 70.

contratar, cada vez mais limitada por normas imperativas, e com o surgimento do contrato de adesão e dos contratos obrigatórios.⁵¹²

San Tiago Dantas, por outro lado, utilizava-se das duas expressões com sentido similar que a doutrina atual adotou; dizia que a autonomia da vontade traduzia-se “[...] na liberdade de contratar, isto é, de contrair ou não um vínculo contratual”.⁵¹³

Prevaleceu no CC/2002 a terminologia usada por Miguel Reale, *liberdade de contratar*, por ele definida como a liberdade que “[...] só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade.”⁵¹⁴ Contudo, no Projeto de Lei nº. 6.960/2002, de autoria do Deputado Relator do Código, Ricardo Fiúza, propunha a modificação para *liberdade contratual*, para atender, segundo a sua exposição de motivos, a sugestão dos professores Álvaro Villaça Azevedo⁵¹⁵ e Antônio Junqueira, pois a “[...] liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato.”⁵¹⁶

Como é sabido, o Projeto em comento não foi aprovado até o momento, mas a terminologia nele proposta prevaleceu na doutrina. Confira-se, dentre outros,⁵¹⁷ Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka:

⁵¹² GOMES, 1983, p. 71

⁵¹³ DANTAS, 2016, p. 262.

⁵¹⁴ REALE, 1975, p. 23.

⁵¹⁵ Segundo o Professor, em texto anterior à alteração: “[...] esse dispositivo legal (Art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar materialmente o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo.” AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18.

⁵¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6960/2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 28 jul. 2022.

⁵¹⁷ Confira-se: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 40; WALD, Arnoldo, **Direito Civil — Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 2, p. 251; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Contratos**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 27; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 38. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. (v. 3). p. 19. Esta última autora ainda cita os dois termos conforme usados no Direito Alemão: “Esse poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual (Gestaltungs-freiheit), que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar (Abschlussfreiheit), alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante.” Em sentido diverso, considerando *liberdade de contratar* como gênero, consulte-se FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012: “[...] autonomia privada [...] que se projeta na esfera da liberdade contratual; expressões do querer contratar, do escolher outro contratante, e da determinação do conteúdo do contrato.” (p. 229).

A liberdade de contratar ainda é aquela mesma liberdade facultada a todos os indivíduos de realizarem, materialmente, suas avenças, sem a indagação a respeito de conteúdo mais ou menos restritivo, imposto pela ingerência estatal. Em outras palavras, revela a plena liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade. Mas, diferentemente, apresenta-se a liberdade contratual que no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, é “considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio.”⁵¹⁸

A rigor, como observamos antes, nem mesmo a liberdade de contratar é absoluta, com a concepção que prevaleceu, e cede diante dos contratos obrigatórios ou coativos. Entendendo-a, como faz Flávio Tartuce, também como a prerrogativa de escolha da pessoa com quem contratar, o Autor, embora a reconheça como *plena* (em regra), cita como um limitador o preceito do Art. 497, do CC/2002, que proíbe a compra e a venda de bens confiados à administração alheia, como tutores e leiloeiros, por exemplo.⁵¹⁹

No Código Civil de Portugal, o artigo que abre a subseção relativa aos contratos trata da questão da liberdade com a seguinte redação:

Artigo 405.º

(Liberdade contratual)

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.
2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.⁵²⁰

Em obra dedicada ao tema da liberdade contratual e seus limites,⁵²¹ Jorge Morais de Carvalho ensina que o dispositivo transcrito no parágrafo anterior estabelece de forma expressa a liberdade de fixação do conteúdo do contrato (equivalente à liberdade contratual, do nosso Art. 421 ora vigente), que engloba várias faculdades, como a de realizar contratos típicos ou atípicos, fixar livremente o conteúdo das avenças, inclusive inserir cláusulas de dois ou mais contratos típicos e substituí-las ou afastá-las.⁵²² O Autor assevera que a liberdade de *celebração do contrato* equivalente à nossa liberdade de contratar e “[...] também é uma manifestação da

⁵¹⁸ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. In: A função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 3, jun. 2011 DTR\2012\1967, p. 743-744.

⁵¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 80.

⁵²⁰ PORTUGAL, Código Civil.

⁵²¹ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual** (livro eletrônico). Coimbra: Edições Almedina, 2016. s. p.

⁵²² CARVALHO, 2016, s.p.

liberdade contratual e está implícita ou subentendida no Art. 405.”⁵²³, eis que “[...] só faz sentido falar em liberdade de fixação do conteúdo do contrato se existir a possibilidade de, em concreto, contratar ou não contratar.”⁵²⁴ Define, na sequência, a liberdade de celebração como a “[...]faculdade conferida às partes de, no momento e nas condições em que entenderem, utilizar (ou não utilizar) a figura do contrato para regular os seus interesses.”⁵²⁵

O Código Civil Italiano trata do tema da seguinte forma:

Art. 1322. (Autonomia contratual). As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites da lei e das normas corporativas. (traduzimos)⁵²⁶.

Embora não se utilize a expressão liberdade (*libertà*), é intuitivo que a norma em comento refere-se também à nossa *liberdade contratual*.

O Art. 958, do Código Civil da Argentina, utilizou-se do termo *liberdade de contratação* como gênero, e incluiu como espécies a liberdade de contratar e de determinar o conteúdo do contrato.⁵²⁷

Do ponto de vista terminológico, reconhece-se que a versão da LLE é a que melhor se coaduna com a da doutrina dominante, inclusive na maioria dos outros países da *civil law*. O que é questionável é a concepção de liberdade contratual adotada pelo legislador da Lei nº. 13.874/2019.

Ao verificar a questão mencionada, é oportuno que façamos uma breve análise do significado da ideologia da liberdade contratual, que encontrou o seu apogeu no século XIX, em um momento de hegemonia política e econômica da burguesia, o que faremos com supedâneo nas observações de Enzo Roppo.

⁵²³ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵²⁴ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵²⁵ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵²⁶ ITÁLIA. Codice Civile. Art. 1.322. (Autonomia contrattuale). Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.

⁵²⁷ Artículo 958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva. Traduzimos: Liberdade contratual. As partes são livres de celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo, dentro dos limites impostos pela lei ou pela ordem pública. As normas legais são sempre de aplicação complementar à vontade das partes expressa no contrato, embora a lei não o determine expressamente para um determinado tipo contratual, salvo se a norma for expressamente imperativa, e sempre com interpretação restritiva.

Roppo analisa a questão da liberdade de contratar e ensina que, inicialmente, ela significou a abolição das amarras das corporações e do Estado, as quais, na sociedade antiga, aprisionavam o sujeito numa teia de incapacidades legais e reduziam a expansão plena das suas iniciativas e potencialidades. Portanto, a liberdade contratual de início significou um resgate aos indivíduos da igualdade perante a lei⁵²⁸. Naquele primeiro momento, a liberdade contratual era quase ilimitada e não admitia sujeição a vínculos positivos, como, por exemplo, a estipulação de que o indivíduo contratasse sob certos preços ou condições.

O Autor esclarece que os limites negativos eram excepcionais e restringiam-se a permitir reações contra comportamentos que pudessem comprometer a liberdade contratual, ilimitada, que se pautava na ideologia da igualdade formal e não havia espaço para qualquer discussão acerca da igualdade ou justiça substancial das operações contratuais⁵²⁹. Ideologicamente, esses dois valores, quais sejam, liberdade contratual e igualdade formal dos contratantes, eram apresentados não apenas como requisitos da efetivação dos interesses particulares, como também de um interesse geral da sociedade⁵³⁰. O *bem comum* seria obtido, “[...] longe das intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares[...]”⁵³¹. O período econômico com o qual coincide a ideologia da liberdade contratual a que faz referência o civilista italiano é o *laissez-faire, laissez-passer*, com a predominância da *santidade* do mercado e da livre concorrência.

Não por acaso, a ideologia da liberdade contratual e, em maior escala, da *liberdade econômica*, foi a pedra de toque da Lei nº. 14.874/2019, precedida da MP nº. 881/2019, em cuja exposição de motivos versava, v.g., que a “[...] liberdade econômica, e especialmente proteção à propriedade privada, é mais determinante para o bem-estar da população do que, por exemplo, as características regionais e demográficas de um país”⁵³². *Qual o problema com isso (?)*, poderia ser indagado. E a resposta: ignorar dois séculos de evolução da teoria contratual.

Constatamos, uma vez mais, com o amparo de Enzo Roppo, que a ideologia da liberdade contratual ilimitada falsifica a realidade ao afirmar que traz benefícios para toda a sociedade. Ao revés, ela configura em um “[...] instrumento funcionalizado para operar um modo de produção capitalista e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe

⁵²⁸ ROPPO, 2009. p. 36.

⁵²⁹ ROPPO, 2009, p. 32-33.

⁵³⁰ ROPPO, 2009, p. 35.

⁵³¹ ROPPO, 2009, p. 36.

⁵³² BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória nº. 881/2019.

capitalista[...]”.⁵³³ Mais propriamente, dizemos nós, da classe dominante, que detém poder econômico, o que faz com que haja (ou pelo menos possa haver) sensível desigualdade (material) na contratação, mesmo em relações privadas não consumeristas.

Consequentemente, os limites impostos à liberdade contratual estenderam-se ao longo dos mais de dois séculos de interregno entre o Código Civil francês, de 1808, e a LLE, de 2019, aumentados para além dos limites mínimos inicialmente estabelecidos, precisamente diante do reconhecimento da insuficiência do paradigma da igualdade formal.

Abordamos anteriormente a questão da ordem pública e de como a sua concepção também evoluiu ao longo do tempo. Inquestionavelmente, a ordem pública sempre serviu de limitador negativo à liberdade contratual. Como disserta Jorge Morais Carvalho, não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. De acordo com ele, ocorria na França, eis que o Art. 6, do *Code Civil*, aprovado em 1804, estabelecia que: “não podem ser derogadas, por convenção das partes, as leis que interessem à ordem pública ou aos bons costumes”⁵³⁴.

Na Alemanha, o BGB, no n.º 1, do Art. 138, preceitua que “um negócio jurídico contrário aos bons costumes é inválido”. Carvalho explica que “a expressão utilizada – *guten sitten* – inclui, no entanto, materialmente, quer os bons costumes quer a ordem pública.”⁵³⁵

Na Itália, enquanto o n. 2, do artigo 1.325⁵³⁶, do *Codice Civile*, indica a *causa* como um dos requisitos do contrato, o artigo 1.343⁵³⁷ preconiza que a causa é ilícita quando contrariar a ordem pública.

No Direito Português, Carvalho expõe que o Código Civil refere-se à contrariedade à ordem pública como fundamento geral de nulidade do negócio jurídico e, por consequência, limitador da liberdade contratual das partes.⁵³⁸ Segundo ele, o Código português trata do tema da invalidade do negócio jurídico em três normas. Cita, primeiramente, o Art. 280º⁵³⁹, que em seu n. 2⁵⁴⁰ comina nulidade ao negócio jurídico cujo objeto for contrário à ordem pública ou

⁵³³ ROPPO, 2009, p. 38.

⁵³⁴ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵³⁵ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵³⁶ ITÁLIA. Codice Civile. Art. 1325. Indicazione dei requisiti. I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

⁵³⁷ Art. 1343. Causa illecita. La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

⁵³⁸ CARVALHO, 2016, s. p.

⁵³⁹ PORTUGAL. Código Civil. Artigo 280.º (Requisitos do objecto negocial)1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

⁵⁴⁰ Embora o autor faça referência ao n. 1, do Artigo 280º, é o seu n. 2 que faz referência direta à ordem pública.

aos bons costumes. Em segundo lugar, o Autor menciona o Art. 281^{o541}, o qual preconiza a nulidade do negócio jurídico cujo fim seja contrário à ordem pública, desde que comum a ambas as partes. Por fim, aponta o Art. 271^o, n. 1⁵⁴², que reputa como nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à ordem pública.

Interessa ressaltar, ainda com Carvalho, que aparecem como condicionadoras da validade do negócio jurídico, ao lado da ordem pública, o respeito à lei e aos bons costumes, como três níveis de controle.⁵⁴³ A ordem pública surge, de acordo com ele, com a natureza de cláusula geral, a ser concretizada em cada caso e como “[...] garantia de que os princípios basilares do ordenamento jurídico serão respeitados pelas partes de um contrato.”⁵⁴⁴; ou seja, mesmo que a lei não tenha uma vedação específica para o caso sob análise, se a autonomia privada esbarrar nos princípios, o intérprete terá um limite a mais a ser imposto.

No Brasil, a contrariedade à ordem pública não é invocada diretamente como causadora de invalidade do negócio jurídico. No Art. 104⁵⁴⁵, do CC/2002, o inciso II, que trata do objeto, determina a necessidade de sua *licitude*. Para Bruno Miragem a noção de licitude é ampla, e inclui a não contrariedade à lei, aos bons costumes e à moral social⁵⁴⁶. O Autor não faz referência à ordem pública. Maria Helena Diniz, na análise da mesma norma, dirá que o objeto lícito deve estar “[...] conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral”⁵⁴⁷. Flávio Tartuce amplia ainda mais o conceito de licitude do objeto do negócio jurídico ao considerar como válido apenas o negócio que “[...] tenha como conteúdo um objeto lícito, nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à função social ou econômica de um instituto.”⁵⁴⁸

Entendemos que o requisito de validade relativo ao objeto do negócio jurídico (e, portanto, do contrato, que é uma das suas espécies) engloba a não contrariedade à lei, aos bons

⁵⁴¹ PORTUGAL. Código Civil. Artigo 281^o (Fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes) Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes.

⁵⁴² PORTUGAL. Código Civil. Artigo 271.º (Condições ilícitas ou impossíveis) 1. É nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes. [...].

⁵⁴³ CARVALHO, 2016, s. p.

⁵⁴⁴ CARVALHO, 2016, s.p.

⁵⁴⁵ BRASIL. Código Civil. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵⁴⁶ MIRAGEM, 2021, p. 405.

⁵⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil** - v. 1, 40. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2023. p. 169.

⁵⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 386.

costumes e à ordem pública. Como no Direito Português, vislumbramos três níveis de controle de higidez do negócio no plano da validade que se complementam. No conceito de *bons costumes* visualizamos a inserção da ideia de *moral social*, que não é a moral de um grupo específico, mas de uma sociedade, em um momento histórico específico. Conforme pontua Jorge Morais Carvalho, os *bons costumes* não se confundem com a ordem pública, porque a “[...] ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os *bons costumes* remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral.”⁵⁴⁹

Para concluir este tópico do estudo, entendemos que a concepção de ordem pública foi alargada e modificada ao longo do tempo para parâmetros muito mais amplos do que os pretendidos pelos defensores da LLE. Não se trata apenas de preservar a vontade dos contratantes, e nem tampouco de considerar que se houver liberdade surgirá proveito de toda a sociedade; contrariamente, reconhecemos que o contrato não pode escapar dos preceitos maiores, quer do Direito Civil, quer da Constituição da República.

Reiteramos que a modificação terminológica efetuada no Art. 421, pela Lei da Liberdade Econômica, embora escoreta, não amenizou a falha grave perpetuada na referida norma, com a tentativa de redução do alcance da função social do contrato. Não havia sentido algum em deixar a função social como limite meramente negativo da liberdade contratual, se ela era (e continua sendo) limitada pela lei, pelos *bons costumes* e pela ordem pública. Esta ideia, contudo, será mais bem desenvolvida no tópico seguinte.

4.3 O ART. 421, SEGUNDA PARTE: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO MUTILADA

Estudada a primeira parte do *caput*, do Art. 421, neste tópico faremos a análise da segunda parte da norma. O parágrafo único, acrescido, tanto pela MP n.º. 881/19, como pela LLE, será analisado em outro momento.

Antes da modificação promovida pela Lei da Liberdade Econômica, o *caput* do Art. 421, do CC/2002, dispunha da seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” A MP n.º. 881/2019 modificou-a e grafou-a da seguinte forma: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função

⁵⁴⁹ CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 8, jul. - set./2016, p. 303-326 (311).

social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.” A LLE, por sua vez, modificou-a novamente de modo que atualmente a cabeça do Art. 421 está assim redigida: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

Para fins comparativos, os percalços da norma podem ser apresentados de acordo com a tabela abaixo.

CC antes da mudança.	MP nº. 881/2019	LLE
A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.	A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato

Como se denota, a Lei nº. 13.874/2019, além da alteração analisada acerca da liberdade contratual, excluiu a expressão *em razão*. A fim de verificarmos se a mudança foi positiva, analisaremos o Princípio da Função Social do contrato.

Além da boa-fé objetiva, apontamos a função social do contrato como o segundo princípio social, que remete ao instituto contratual para uma seara menos insular e estéril; localiza-o na sociedade em que se realiza e considera a posição dos contratantes nessa sociedade; ou, como aponta Nelson Rosenvald, a função social demonstra que o contrato “não é um átomo” e é “um fato social.”⁵⁵⁰ Paulo Lôbo faz a conexão necessária do entendimento de ser o contrato um fato social com a Justiça Social, preconizada na Constituição da República:

O princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social. [...]. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida “conforme os ditames da justiça social” (CF, Art. 170).⁵⁵¹

⁵⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. In: **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406 de 10.01.2002. Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; (coord.) Cezar Peluso. 17. ed., rev. e atual. – Santana de Parnaíba: Manole, 2023. p. 455.

⁵⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 67.

Deste modo, se, no âmbito constitucional, a ordem econômica e a livre iniciativa encontram limites na Justiça Social, na seara contratual a função social traz a mesma limitação. Vale dizer, para além da aplicação horizontal dos direitos fundamentais previstos na CF, “[...] que nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação desses direitos e princípios constitucionais nas relações entre particulares”, como aponta Flávio Tartuce,⁵⁵² há uma aplicação direta do princípio no Direito Privado.

A bem da verdade, ressalta-se que todo o Código Civil de 2002 foi concebido a partir de três valores fundantes, quais sejam: a eticidade, a concretude e, no que nos interessa no momento, a *socialidade* conforme anota Miguel Reale.

Segundo o seu principal artífice, o sentido social foi uma das características mais marcantes do projeto de novo código, “[...] em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil [...]”⁵⁵³ de 1916. Reale referiu-se ao Princípio da Socialidade, aplicável, não só aos contratos, como também à usucapião e à posse.⁵⁵⁴ Consequentemente, há três condicionantes sobre o tema da socialidade relativos aos contratos: a Justiça Social, da CF/88 e o Princípio da Socialidade (não positivado) e a Função Social do Contrato (positivado), os dois últimos previstos no CC/2002.

Após traçar esse panorama inicial, cabe estabelecermos a natureza jurídica da função social do contrato. O ponto de partida deve ser a ideia de funcionalização e merecimento das estruturas jurídicas. De acordo com Perlingieri, “o fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)”⁵⁵⁵.

Para a determinação da função, segundo o Autor, considerar-se-ão os princípios e os valores do ordenamento que permitem a valoração do fato. E, “[...] ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide.”⁵⁵⁶ Portanto, ao proceder à funcionalização do contrato (como de resto também da propriedade ou da empresa) serão considerados os valores constitucionais e os do Código que mencionamos e, ao fazê-lo, “[...] a tutela da pessoa humana é realizada de forma indireta, pois

⁵⁵² TARTUCE, 2023,. p. 77.

⁵⁵³ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. **Revista dos tribunais**, v. 752, 1998. p. 26.

⁵⁵⁴ REALE, Miguel, 1998, p. 26-27.

⁵⁵⁵ PERLINGIERI, 2008, p.642.

⁵⁵⁶ PERLINGIERI, 2008, p. 642.

os institutos serão primariamente voltados ao cumprimento de uma função social.” como apontam Deborah Pereira Pinto dos Santos e Eduardo Heitor Mendes⁵⁵⁷.

Para que serve o contrato? É, portanto, a pergunta a ser respondida para a compreensão correta da função social. Respondemos com Paulo Lôbo que “o contrato, por mais insignificante que seja, ostenta a dupla função: individual e social, realizando a primeira a autorregulação dos interesses individuais e a segunda sua conformação aos interesses sociais.”⁵⁵⁸

Acerca da função social dos institutos jurídicos Karl Renner diz que “[...] o Direito é um todo organizado determinado pelas necessidades da sociedade” (tradução nossa)⁵⁵⁹. Deste modo, ainda segundo o autor, cada instituto jurídico que compõe esse todo está correlacionado e “[...] é sua função, não o conteúdo de suas normas, que contribui para essa conexão” (tradução nossa)⁵⁶⁰. Transportando esta lição para o contrato, é evidente que ele se relaciona com outros institutos jurídicos, como a propriedade, por exemplo. Assim, para que se conectem de modo a observar os ditames constitucionais a fim de suprirem as necessidades do País, são – e devem permanecer – ligados pela função social que ambos possuem. Independentemente, inclusive, das alterações normativas aqui analisadas.

A funcionalização do contrato, todavia, não se confunde com a sua causa, como defendem Gilberto Fachetti Silvestre⁵⁶¹ e Daisy Gogliano⁵⁶². Refutamos as referidas opiniões primeiramente com fulcro na posição de Paulo Lôbo, que diferencia a função e a causa (a finalidade) por estarem em dimensões diferentes:

A concepção contemporânea de função se contrapõe à de finalidade. A função encontra-se na dimensão interna do direito, na sua conformação e determinação,

⁵⁵⁷ TERRA *et. al.*, 2016, p. 112.

⁵⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 68

⁵⁵⁹ RENNER, 1949, p. 76. No original: “This means that the law is an organised whole determined by the needs of society.”

⁵⁶⁰ RENNER, 1949, p. 76. No original: “[...] it is its function, not the content of its norms, which make for this connection.”

⁵⁶¹ “[...] a função social trouxe para o contrato uma causa ultrassubjetiva, que são as razões de ordem econômico-sociais do negócio, sua repercussão e interesse social, com vistas ao bem-estar e ao desenvolvimento [...] Tal se depreende da determinação legal de que a autonomia contratual (leia-se: “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”) seja exercida em razão da sociabilidade (Art. 421). E na acepção jurídica não parece haver outro significado para “em razão” a não ser motivo ou causa.” (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 127).

⁵⁶² “[...] no momento em que o Art. 421 do Código Civil estabelece que “a liberdade de contratar (*rectius* - liberdade contratual) será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” a teoria causalista ingressa em nosso sistema civil. (GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato. Causa ou motivo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 99, p. 153-198, 2004, p. 68. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67622>. Acesso em: 10 ago. 2022).

enquanto a finalidade é o escopo a se atingir, sendo, portanto, exterior ao direito referido.⁵⁶³

Além da diferenciação lecionada por Lôbo, há também razões mais pragmáticas. A nossa tradição jurídica, de fato, não é causalista, e o termo em si (*causa*) é polissêmico⁵⁶⁴ e sujeito a discussões infundáveis, que são absolutamente incompatíveis com o objetivo do Código Civil de ter aplicação concreta, ainda mais na cláusula geral que abre o título dos contratos.

A bem da verdade, Gilberto Fachetti Silvestre e Daisy Gogliano, ao reduzirem a função social a uma espécie de causa do contrato, aparentam ser contrários à essência do princípio, ao menos na amplitude que entendemos que ele deve ter.

Gilberto Fachetti Silvestre, por exemplo, revela o seu viés mais liberal ao sustentar que “A função social não pode se tornar um modo sutil de intervenção arbitrária do Estado, por meio do Judiciário ou políticas nela fundamentada, na economia e na iniciativa privada. Afinal, alguns juízes fazem caridade com o patrimônio dos outros.”⁵⁶⁵ Daisy Gogliano afirma que “[...] não existe hipossuficiência no Direito Civil.”⁵⁶⁶, e ignora que em um negócio entre um pequeno bar e uma grande distribuidora de bebidas, por exemplo, tudo o que há é uma imensa vulnerabilidade de uma das partes.

Daisy Gogliano, inclusive, refuta com veemência a inspiração constitucional da função social da propriedade:

Por outro lado, a função social do contrato, revelando-se nebulosa e intangível, como modelo e parâmetro, não se confunde em hipótese alguma com “a função social da propriedade” nessa forçada e artificial analogia que muito pretendem construir, tergiversando a realidade e a verdade, decantada em comentários apressados.⁵⁶⁷

De forma contrária, entendemos, como mencionamos no início deste capítulo, que a função social do contrato encontra, sim, inspiração constitucional na função social da

⁵⁶³ LÔBO, 2022, p. 68.

⁵⁶⁴ Particularmente adotamos o conceito e a classificação de causa oferecidos por Pontes de Miranda, com inspiração na doutrina germânica. Ele conceitua a causa como “[...] a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia.” e a classifica em três espécies: *causa credendi*, *causa donandi* e *causa solvendi*. (MIRANDA, Pontes (atualizado por Francisco Cavalcante). **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. T. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1994. p. 78 e 82-86.

⁵⁶⁵ SILVESTRE, 2018, p. 127.

⁵⁶⁶ SILVESTRE, 2018, p. 127.

⁵⁶⁷ GOGLIANO, 2004, p. 155.

propriedade, do Inciso III, do Art. 170. Ambos os institutos jurídicos (propriedade e contrato) são faces de uma mesma moeda na composição dos mecanismos de produção de riqueza e têm relação com a ordem econômica, fincada, não nos esqueçamos, em valores sociais fortes (princípio da Justiça Social), inerentes a uma Constituição que se pretenda *econômica*. Consigna-se, nesta quadra, que a sempre lembrada Constituição de Weimar, em seu Art. 153⁵⁶⁸, trouxe a função social da propriedade; e a correlação entre ela e a função social dos outros institutos do Direito Privado era defendida por Karl Renner, como expõe Fabrício Pasquot Polido.

Os contratos relacionados à propriedade privada serviriam a uma série infindável de fins econômicos e extra-econômicos, como no plano do matrimônio, da venda e compra, ou mesmo um contrato de empréstimo. Todos esses negócios jurídicos são “cotidianos”, celebrados por indivíduos que apresentam interesses diversos entre si, mas que possuem “necessidades” semelhantes e conexas e no processo de distribuição dos bens e consumo. [...]. Na hipótese de Renner, tais negócios resultam do “ajustamento” dos institutos jurídicos às chamadas instituições econômicas.⁵⁶⁹

Aliás, para Renner, “[...] qualquer que seja o estágio da evolução, onde os homens estabelecem relações entre si, a sociedade como a vontade comum deve sempre subjugar a vontade individual”(tradução nossa).⁵⁷⁰

Como conclusão, significa que o contrato tem uma função social semelhante àquela da propriedade⁵⁷¹, e deve, por força constitucional, ajustar-se à ordem econômica para “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, nos precisos termos do Art. 170, da Constituição. O parágrafo único, do Art. 2.035, do CC/2002, tornou a similitude transparente: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a *função social da propriedade e dos contratos*.”(destacamos).

⁵⁶⁸ Nossa tradução: Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e limitações decorrem das leis. [...]. A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum. No original: “Artikel 153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. [...]. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.

⁵⁶⁹ POLIDO, 2006, p. 20.

⁵⁷⁰ RENNER, 1949, p. 70. No original: “Whatever the stage of evolution, where men establish relations with one another, society as the common will must always subjugate the individual will.”

⁵⁷¹ Secundando também nossa conclusão: “[...] há um paralelo estreito entre a função social da propriedade e a função social dos contratos no que tange a integrarem elemento dos institutos contratos e propriedade – há identidade dialética entre ambos. Tanto em um como em outro instituto há um cerne comum que podemos considerar o aspecto de conciliação de bom uso, eficiência e equilíbrio, não levando em consideração o interesse do proprietário da coisa, ou das partes envolvidas, mas realizando-se os negócios tanto no interesse das partes como no interesse da sociedade.” (RULLI NETO, Antônio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189).

Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka observou a semelhança entre os dois institutos acuradamente, em um artigo publicado originalmente em 1988. Naquela ocasião, a doutrinadora relacionou a função social da propriedade aos contratos agrários, ao expor que estes podem ser considerados “[...] como instrumentos idôneos, capazes de assegurar à terra o atendimento à sua função social, se também eles estiverem voltados à realização dessa mesma função.”⁵⁷² Ela exemplificou por meio da modificação do direito de preferência, retirado da seara dos direitos pessoais para ser inserido entre os direitos reais, de modo a proteger o contratante mais fraco, “[...] mas que possui, incontestavelmente, a capacidade de exercer, com galhardia, a atividade agrária.”⁵⁷³. E, ao final, saudou a iniciativa do (então) Projeto de Código Civil que propunha a inserção da função social na nova lei.

Em vista do exposto, afirmamos com Eteócles Brito Mendonça Dias Júnior e Jaceguara Dantas da Silva que a função social do contrato constitui-se em um direito fundamental implícito⁵⁷⁴:

É sabido que os direitos fundamentais não se esgotam no rol do Art. 5º da Constituição Republicana, e nem poderia ser diferente, já que o legislador constituinte reconhece de plano que sua obra visa à transformação da realidade social injusta e desigual com que se deparou. Por isso mesmo, o projeto constitucional traz dentro de si ambições de possível durabilidade intergeracional, como fica claro na fixação dos objetivos fundamentais da república, algo inviável de se alcançar amparado em um rol taxativo e engessado de direitos fundamentais.⁵⁷⁵

De acordo com os Autores, o caráter fundamental dos contratos é aferível porque permite “[...] às pessoas fazer parte da engrenagem do regime econômico, contribuir para o desenvolvimento nacional e obter condições materiais mínimas para o exercício de atos de cidadania, participação política, e concretização de direitos materiais.”⁵⁷⁶, ou seja: quem não contrata está fora do sistema de geração, circulação e distribuição de riquezas, para ficarmos apenas no aspecto patrimonial do instituto, e estará certamente vivendo abaixo da linha da dignidade humana.

⁵⁷² HIRONAKA, 2011, p. 744.

⁵⁷³ HIRONAKA, 2011, p. 745.

⁵⁷⁴ DIAS JÚNIOR, Eteócles Brito Mendonça; SILVA, Jaceguara Dantas da. Os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e Função Social dos Contratos como Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais nas Relações Contratuais. **Revista Brasileira de Direito Contratual**. Porto Alegre, v. 4, p. 143-172, jul.-set. 2020.

⁵⁷⁵ DIAS JÚNIOR; SILVA, 2020, p. 154.

⁵⁷⁶ DIAS JÚNIOR, 2020, p. 159

A função social do contrato tem, pois, natureza jurídica tríplice. Trata-se de um direito fundamental implícito, do ponto de vista da Lei Maior, como também de cláusula geral⁵⁷⁷ e princípio positivado no Código Civil (decorrente de outro, a Socialidade, não positivado).

Estabelecida a natureza jurídica do instituto, analisaremos o alcance da função social do contrato, algo em que também não há consenso.

Tepedino, Konder e Bandeira resumem o dissenso em três grupos. O primeiro grupo sustenta não ter o princípio eficácia jurídica autônoma, por ser espécie de orientação de política legislativa. Merece menção a observação de Sílvio Rodrigues, que na primeira edição de sua obra após o CC/2002 escreveu sobre o princípio: “Noto um certo sentido demagógico no dispositivo”⁵⁷⁸. Como se infere, a opinião do Autor bem refletiu a resistência da doutrina mais tradicional às inovações do novo Código; contudo, de um modo ou de outro, a maioria da jurisprudência pátria interpreta e aplica a função social como princípio autônomo, ainda que não raramente em conjunto com a boa-fé objetiva.

O segundo grupo ressalta o aspecto externo da função social do contrato, na medida em que protege os contratantes das ingerências de terceiros sobre os contratos, ao interpretá-la como fundamento de tutela na violação contratual provocada por terceiro cúmplice.

O terceiro, ao qual aderem os Autores, entende a função social do contrato como uma fonte de deveres jurídicos entre os contratantes.⁵⁷⁹

Os civilistas em referência criticam a primeira posição, por entendê-la como redutora de sua importância efetiva, afinal, seria mera inspiradora de outros institutos, como da lesão ou da onerosidade excessiva. Discordam, ademais, da segunda, porque ao estabelecer direitos (e não deveres) para os contratantes, desvirtuaria a perspectiva funcional na qual o contrato deve inserir-se.

Irmanamo-nos nas críticas à primeira posição, mas não subscrevemos integralmente aquelas dirigidas à segunda posição.

De fato, não há dúvidas de que a função social apresenta duas vertentes: uma interna (reconhecida pelo Enunciado nº. 360, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da

⁵⁷⁷ Cf. Enunciado nº 22 do CJF: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

⁵⁷⁸ RODRIGUES, 2002, p. 10.

⁵⁷⁹ TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2022, p. 51-52.

Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁰) e outra externa (reconhecida pelo Enunciado nº. 21, da I Jornada⁵⁸¹).

O fato de haver uma vertente externa não importa apenas na criação de direitos para os contratantes em face da sociedade. Aliás, parte majoritária do que foi dito com relação à funcionalização e ao merecimento a rigor refere-se a deveres dos contratantes em relação à sociedade; portanto, se o contrato é um instituto que deve *servir* à sociedade e que se insere no meio social (e não em um ambiente estéril idealizado), é razoável que o fenômeno contratual seja respeitado por todos. Logo, a modificação da ideia de que o contrato deva ser respeitado apenas pelas partes (o tradicional princípio da relatividade das convenções), soa-nos uma contrapartida plausível.

O controle exercido contra os contratos ou as cláusulas contratuais que desrespeitem valores sociais pode ser oposto também “[...] em prol de terceiros alheios à relação contratual, mas atingidos direta ou reflexamente por ela [...]”⁵⁸².

Imaginemos, por exemplo, um contrato entre duas empresas que preveja a retirada de detritos industriais por uma delas e o depósito em área, de sua propriedade, em que haja risco de contaminação ambiental. Essa cláusula contratual, apesar de poder satisfazer os contratantes, seria contrária à função social do pacto, ao atingir negativamente a sociedade em seus valores ambientais. Para além das providências advindas do Direito Ambiental, vislumbra-se como possível que um terceiro, o Ministério Público, v.g., tenha legitimidade para buscar a invalidade ou a modificação da cláusula; ou, por outra, que quem se obrigou, premido pelas autoridades fiscalizadoras, venha, por si, buscar a revisão do contrato. Nessa questão estamos em consonância com Antônio Rulli Neto:

A eficácia externa é a relacionada à proteção de direitos difusos e coletivos. Um contrato, ao atingir direitos difusos e coletivos, mesmo que seja interessante para as partes, não será viável para a sociedade. A eficácia externa também está relacionada aos casos em que alguém, alheio ao contrato, pratica ato a desestabilizar a relação. Por exemplo, vejam-se casos de violação a direito da concorrência ou situações diversas em que não há uma relação contratual entre as partes.⁵⁸³

⁵⁸⁰ “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

⁵⁸¹ “A função social do contrato, prevista no Art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa de crédito”

⁵⁸² DIAS JÚNIOR; SILVA, 2020, p. 160.

⁵⁸³ RULLI NETO, 2011, p. 203-204.

Sobre o aspecto externo da função social do contrato, Anderson Schreiber fornece-nos outro exemplo elucidativo:

[...] suponha-se que um laboratório celebre com determinada clínica privada um contrato de fornecimento de determinado medicamento com cláusula de exclusividade. Suponha-se, ainda, que uma epidemia venha a se abater sobre a população daquela região, que, embora disposta a comprar o medicamento, fica impossibilitada de adquiri-lo diretamente com o laboratório por força da cláusula de exclusividade. O juiz pode, diante do interesse social à saúde, concretamente ameaçado no caso em questão, suspender a eficácia da cláusula de exclusividade em virtude da função social do contrato.⁵⁸⁴

No exemplo do parágrafo anterior, haveria aplicação plena do Enunciado nº. 23, da I Jornada do Conselho da Justiça Federal:

a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais, ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Afinal, o direito à saúde é fundamental e ligado intimamente à dignidade da pessoa humana, e excede, portanto, ao interesse das partes contratantes. Em sentido semelhante citamos o Enunciado nº. 26, da I Jornada de Direito Comercial: “o contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”. Um contrato que, por exemplo, viole direitos concorrenciais vai de encontro ao princípio.

Na função externa, todavia, como os contratantes têm deveres para com terceiros, o inverso também há de ocorrer. Concebe-se a figura do *terceiro cúmplice* ou terceiro *ofensor*, pois “[...]da mesma forma que um terceiro está protegido de contratos que possam vir a lhe prejudicar, os contratantes também estão protegidos da conduta de terceiros que possam prejudicar o vínculo”, como explicita Nelson Rosendal⁵⁸⁵. No STJ, em análise desta figura, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva assim decidiu:

[...] A doutrina brasileira e a jurisprudência desta Corte Superior admitem a responsabilização de terceiro pela quebra de contrato em virtude dos postulados da função social do contrato, dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, da prática de concorrência desleal e da responsabilidade por ato ilícito ou abusivo. Na hipótese, não

⁵⁸⁴ SCHREIBER, Anderson *et. al.* **Código civil comentado - doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 245.

⁵⁸⁵ ROSENVALD, 2023, p. 452.

restou demonstrada a violação de tais preceitos ou a prática de aliciamento para fins de incidência do disposto no Art. 608 do Código Civil de 2002.⁵⁸⁶

Não identificamos, ressalte-se, uma correspondência entre a vertente externa da função social do contrato e o que a Análise Econômica do Direito denomina de *externalidades*.

Conforme exposto por Fábio da Silva Porto, em um mercado perfeitamente competitivo, as premissas implicam que as decisões individuais de empresas, fornecedores ou consumidores não afetam unilateralmente os preços/custos devido à efetiva concorrência. No entanto, o mercado não se ajusta perfeitamente a essa idealização, pois a produção e o consumo podem ser influenciados por fatores externos, conhecidos como externalidades, que podem gerar custos ou benefícios para os participantes do mercado. Externalidades positivas ocorrem quando esses efeitos externos resultam em ganhos para as relações econômicas/jurídicas, como no caso da descoberta de novas tecnologias beneficiando todos os agentes econômicos de uma área. As externalidades que impõem custos aos agentes econômicos são denominadas de *negativas*.⁵⁸⁷

Já mencionamos neste texto a incompatibilidade da Análise Econômica do Direito com o nosso sistema jurídico-constitucional ao analisar o inciso V, do Art. 113, do CC.⁵⁸⁸ Perceba-se que, por essa doutrina, a questão dos reflexos externos do contrato fica restrita aos impactos microeconômicos do mercado. Enxergamos, ao contrário, o contrato com uma força macro ou até mesmo supraeconômica, uma vez que não o conceituamos dentro dos limites da patrimonialidade. Logo, sua função externa vai muito além das sobreditas externalidades.

Além da vertente que foi anteriormente analisada, reconhecemos a existência de outra dimensão. Esta refere-se ao aspecto interno da função social do contrato, partindo da premissa de que o contrato desenrola-se em uma realidade social concreta, que por vezes está permeada por desigualdades substanciais entre as partes contratantes. No mesmo sentido a compreensão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, para quem “[...] o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes.”⁵⁸⁹

Como observa Luiz Edson Fachin, na sua dimensão interna a função social diz respeito “[...] ao seu equilíbrio, segundo os princípios da justiça contratual e da boa-fé [...]”⁵⁹⁰ O

⁵⁸⁶ BRASIL, STJ REsp. 2023942 / SP - TERCEIRA TURMA – Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do julgamento: 25/10/2022. DJe 28/10/2022.

⁵⁸⁷ SILVA PORTO, Fernando. As externalidades: Análise de um enfoque do pensamento de Ronald H. Coase. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 6, n. 3, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7139>. Acesso em: 22 nov. 2023.

⁵⁸⁸ Vide p. 136/137.

⁵⁸⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

⁵⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 125.

CC/2002 parte, em geral, da premissa da igualdade formal, a não ser em algumas hipóteses, como por exemplo, ao reconhecer a vulnerabilidade do aderente nos contratos de adesão⁵⁹¹; porém, a função social do contrato também é substrato de concretização de justiça contratual material para além dessas hipóteses. Abordaremos essa vertente na análise que faremos acerca do Art. 421-A (*infra*).

Outro aspecto relevante refere-se às consequências do descumprimento da função social do contrato. Em monografia sobre o tema, Gilberto Fachetti Silvestre sustenta – e com ele concordamos – que em nome da operabilidade do Código Civil, as suas normas devem ser concretizadas. O Autor defende que a violação da função social do contrato constitui ato ilícito⁵⁹² e denomina o descumprimento de *desfuncionalização do contrato*. Expõe que ela pode ocorrer de duas maneiras: a primeira, quando o motivo para celebrar o contrato não está de acordo com a sociabilidade, o que leva ao que pode ser chamado de *individualismo predatório* e causa a nulidade do contrato; e a segunda dá-se pelo descumprimento dos deveres das partes para com terceiros ou de terceiros em relação aos contratantes, o que resulta em um contrato prejudicial aos valores sociais. O descumprimento desses deveres leva à responsabilidade civil do agente causador do dano.⁵⁹³

Sem o uso da expressão cunhada por Silvestre, o Enunciado nº. 431, da V Jornada de Direito Civil – segundo o qual “a violação do Art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais” – contemplou a primeira das situações de inobservância da função social, entretanto não acolheu a segunda.

Com efeito, independentemente do aspecto da função social – externo ou interno – que for descumprido, poderá haver nulidade do contrato (ou de cláusula contratual) e responsabilidade civil do ofensor.

Imaginemos uma cláusula contratual em um contrato empresarial paritário, assimétrico, na qual um dos contraentes imponha uma venda casada ao contratante em posição social mais vulnerável. Como não se trata de contrato de consumo e nem de adesão, a venda casada – e, portanto, a cláusula que a impõe – poderá ser anulada pelo descumprimento da função social na sua vertente interna. Neste caso, pode ser invocado o Art. 166, inciso VI, do CC/2002.⁵⁹⁴ A função social do contrato está prevista expressamente no Código, e o parágrafo único, do Art.

⁵⁹¹ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

⁵⁹² SILVESTRE, 2018, p. 224.

⁵⁹³ SILVESTRE, 2018, p. 226-227.

⁵⁹⁴ BRASIL. Código Civil. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

2.035, insere-a como norma de ordem pública. Logo, a cláusula (ou o contrato) que viole a função social do contrato viola a *lei imperativa*. Aqui, afora a nulidade, haverá espaço para a responsabilidade civil. Edson Fachin ensina que o descumprimento da função social “[...] pode corresponder ao inadimplemento ou inexecução do contrato, e caracterizando-se aí responsabilidade sem culpa.”⁵⁹⁵ Vale dizer: o contratante mais débil que tiver sofrido prejuízo pela venda casada poderá cobrar indenização do outro.

Quando no descumprimento da função social do contrato sobrelevar o seu aspecto externo, além da questão da nulidade, também pode ocorrer a responsabilidade civil.

Nulidade, se ambos os contratantes estiverem a utilizar-se do contrato para fins socialmente nefastos. Incidirá, então, o inciso III (“o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”) do citado Art. 166; ou o inciso VI, sobre o qual analisamos anteriormente. É o caso de dois contratantes que estabeleçam no contrato uma cláusula de descarte de detritos contaminantes em área pública (conforme exemplo que já utilizamos). Afora as sanções penais e administrativas, a cláusula é nula.

Haverá responsabilidade civil no caso de um contratante ferir direito de terceiro ou na hipótese do terceiro cúmplice ou ofensor. No exemplo em questão, se os contratantes tivessem causado danos ao meio ambiente seriam condenados à indenização, sem prejuízo da nulidade da cláusula. O caso do terceiro cúmplice é mais comum na jurisprudência nacional. Confira-se a seguir o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação - Ação de obrigação de não fazer c.c. indenização por danos materiais e morais - Procedência - Inconformismo - Acolhimento em parte - Autora, distribuidora de combustíveis, alega que a ré, também distribuidora de combustíveis, vendeu seus produtos a postos revendedores que mantêm contrato de fornecimento com exclusividade com a primeira - Alegada violação à função social do contrato - Invocação da tutela externa do crédito e da teoria do "terceiro cúmplice" - Alegada concorrência da ré para a violação marcária perpetrada pelo posto revendedor e concorrência desleal - Tese jurídica que se aplica em tese, mas não dispensa a instrução do feito - Ordem de abstenção genérica e com prazo indeterminado, sob pena de multa por ato de descumprimento, baseada em relação de postos desacompanhada dos contratos com os respectivos prazos de vigência, se mostra temerária, infundada e desnecessária - Responsabilidade civil extracontratual subjetiva - Conduta culposa (lato sensu) da ré comprovada em relação a um único posto - Danos materiais a serem indenizados restritos às vendas realizadas a esse posto, até a data em que houve a descaracterização, por força de decisão judicial em ação de rescisão contratual movida pela autora contra o posto - Termo inicial da apuração a ser decidido em agravo de instrumento tirado de incidente de liquidação provisória de sentença já instaurado pela autora - Danos morais, na hipótese, *in re ipsa* - Jurisprudência do C. STJ - Quantum fixado que se mostra, porém, excessivo, considerando a extensão comprovada do ilícito - Fixação em R\$ 30 mil, em linha com

⁵⁹⁵ FACHIN, 2015, p. 125.

julgados do C. STJ em matéria de violação marcária - Sentença reformada em parte - Redistribuição dos ônus sucumbenciais - Recurso provido em parte.⁵⁹⁶

No caso de interferência de terceiro no contrato também haverá responsabilidade civil do ofensor. Como explicou a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido proferido em acórdão do STJ:

[...] O Art. 608 do CC/2002 não se confunde integralmente com a teoria do terceiro cúmplice. A doutrina tradicionalmente defende a adoção dessa teoria, mediante as regras gerais de responsabilidade civil e os princípios contratuais, sobretudo a boa-fé objetiva e a função social do contrato, sob a premissa de que os contratos alheios devem ser respeitados, ou até em razão da possibilidade de indenização por concorrência desleal.⁵⁹⁷

Deste último excerto mencionado, verifica-se uma constante na jurisprudência pátria, consistente em agregar ao descumprimento da função social do contrato a inobservância da boa-fé objetiva. Embora não se confundam, a similitude justifica-se por serem, ambos, princípios sociais. Como esclarece Fachin:

[...] semelhanças emergem entre o conteúdo das consequências pela não observância dos preceitos contidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil: tanto em tal hipótese a violação de tais princípios constitui igualmente espécie de inadimplemento, quanto os princípios da probidade e da confiança são preceitos de ordem pública que incidem nas relações interprivadas.⁵⁹⁸

Não nos parece ser equivocada a correlação efetivada entre boa-fé e função social, desde que não sejam tomados um pelo outro.

Analisada a questão do descumprimento do princípio da função social, resta-nos avaliar, neste momento, a retirada do termo *em razão* do *caput*, do Art. 421, pela Lei da Liberdade Econômica.

Durante a tramitação do Projeto do CC/02 alguns congressistas e doutrinadores já tinham dificuldade em vislumbrar o caráter *funcional* do princípio em tela, interpretando-o apenas como um limitador da liberdade contratual, o que originou uma proposta de mudança da redação original, da lavra do deputado Tancredo Neves, citada por Gagliano ,vazada nos seguintes termos:

⁵⁹⁶ BRASIL. TJSP - Apelação Cível nº 1002400-33.2018.8.26.0068, Relator Desembargador Grava Brazil. 14 de dezembro de 2021.

⁵⁹⁷ BRASIL. STJ; REsp 2023942 / SP. T3 – Terceira Turma. DJe 28/10/2022 RT v. 1049. p. 365

⁵⁹⁸ FACHIN, 2015, p. 130.

É uma disposição da maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da “função social” do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar” “Acontece que o conceito da “função social” do contrato é impreciso. A consequência será que, subordinada a estes requisitos, a liberdade de contratar, que é fundamental dentro do regime da livre iniciativa, fica profundamente atingida.⁵⁹⁹

Sob o fundamento de manter-se a função social do contrato apenas como um limitador da liberdade contratual, que seria a sua função *negativa*, antes da nova redação do Art. 421, também surgiu a crítica de Antônio Rulli Neto, “[...] porque a função social do contrato não é a sua razão, mas o seu limite (a concepção negativa). A verdadeira razão do contrato é a autonomia privada.”⁶⁰⁰

O entendimento de Rulli Neto foi a posição adotada pelo legislador da Lei da Liberdade Econômica, e por conta da mesma visão liberal de prevalência da autonomia privada, em detrimento dos outros valores sociais.

Traçando um paralelo com a função social da propriedade, lá também não há coincidência entre esta função e as limitações do direito de propriedade. Como ensinava Orlando Gomes, as restrições, ônus, encargos e a relativização do direito de propriedade são elementos autônomos que evidenciam suas mudanças no Direito contemporâneo. No entanto, esses elementos não constituem um princípio geral que governe a nova função do direito, influenciando sua estrutura e significado, e que justifique a titularidade do domínio ao proprietário. Esse princípio central é o da função social⁶⁰¹. Dizemos o mesmo em relação à função social do contrato.

Afinal, se fosse para ter uma atribuição apenas limitadora, a função social perderia a razão de ser, na medida em que as disposições de ordem pública fariam o referido papel. Neste caso, bastaria o parágrafo único, do Art. 2.035: “Nenhuma convenção prevalecerá se *contrariar* preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”(destaquei).

A norma em comento, apesar de tratar primariamente de direito intertemporal, na nossa concepção reforça de modo geral o conteúdo negativo da função social, qual seja, o de limite de ordem pública à liberdade contratual. Como observam Déborah Pereira Pinto dos Santos e Eduardo Heitor Mendes, “[...] a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública, atuando, num primeiro momento, como limite externo à liberdade de

⁵⁹⁹ GAGLIANO, 2004, p. 156.

⁶⁰⁰ RULLI NETO, 2011, p. 203.

⁶⁰¹ GOMES, 1989, p. 425.

contratar.”⁶⁰² De igual sentir, a lição de Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti⁶⁰³, para quem o parágrafo “[...] amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública.” Vale dizer: a função social do contrato foi considerada de ordem pública, por norma não atingida pela LLE. Como já dissemos, contrariar o Art. 2.035 implica em nulidade, nos termos do Art. 166, VI.⁶⁰⁴

Esquecem-se os críticos da expressão *em razão da função social*, do caráter promocional, do merecimento (o *giudizio de meritevolezza* de Perlingieri⁶⁰⁵), sem os quais não há sentido na manutenção da autonomia privada.

A funcionalidade do contrato é tanto mais importante por conta do potencial criativo das partes na confecção de cláusulas contratuais, bem como na sua atipicidade, vale dizer, da liberdade que as partes têm de criar figuras contratuais, nos termos do Art. 425, do CC⁶⁰⁶. Em outros termos, quando houver a análise de um novo tipo contratual, indaga-se para que ele serve e a quem (ou contra quem) se presta. Se, por exemplo, violar valores constitucionais, favorecer-se apenas ao contratante detentor do poder econômico, não *merece* guarida. Quando o contrato não é feito *em razão* da sua função social, manca-lhe o requisito de validade e não de existência se ficarmos na divisão da Escala Ponteana (existência – validade – eficácia).

Diga-se, igualmente, no tocante à submissão de cláusulas contratuais ao mesmo juízo valorativo, o que não apenas limita a liberdade contratual (a feição negativa), como também estimula (a feição positiva) que os criadores de cláusulas e de novos contratos observem a função de suas criaturas.

Em situações específicas vislumbramos que as duas funções – a negativa e a positiva – aproximam-se. É o caso do Tema Repetitivo 1.082, do STJ, cuja tese jurídica foi assim delineada:

A operadora, mesmo após o exercício regular do direito à rescisão unilateral de plano coletivo, deverá assegurar a continuidade dos cuidados assistenciais prescritos a usuário internado ou em pleno tratamento médico garantidor de sua sobrevivência ou de sua incolumidade física, até a efetiva alta, desde que o titular arque integralmente com a contraprestação (mensalidade) devida⁶⁰⁷.

⁶⁰² TERRA *et. al.*, 2016, p. 113

⁶⁰³ TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, s.p.

⁶⁰⁴ Vide p. 161.

⁶⁰⁵ PERLINGIERI, 2002, p. 18.

⁶⁰⁶ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

⁶⁰⁷ BRASIL, STJ. REsp. 1842751 / RS; 2ª Seção. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 01/08/2022.

A questão diz respeito à possibilidade, prevista em contrato, de rescisão unilateral de contrato de plano coletivo de saúde. No voto vencedor, o Ministro Luís Felipe Salomão decidiu que a interpretação sistemática e teleológica dos Arts. 8º., § 3º., alínea b, e 35-C, incisos I e II, da Lei nº. 9.656/1998, bem como do Art. 16, da Resolução Normativa DC/ANS nº. 465/2021, indicam que, se houver usuário internado ou em pleno tratamento de saúde, a Operadora, mesmo após exercido o direito à rescisão unilateral do plano coletivo, deve assegurar os cuidados assistenciais até a alta médica. Acrescentou que esta exegese encontra amparo na boa-fé, na segurança jurídica e na função social do contrato (afora a referência ao princípio constitucional da dignidade)⁶⁰⁸.

Portanto, afirmamos, ao mesmo tempo que a função social é limitadora do direito de rescisão unilateral (o que diz respeito à expressão *nos limites*) deve-se considerar o tipo de contrato (referente ao *em razão*, do Art. 421, antes da alteração). O contrato de plano de saúde coletivo merece proteção do ordenamento jurídico por (ou *pela razão* de) assegurar um bem jurídico social que, neste caso, deve compatibilizar-se com a livre iniciativa econômica.

Desta forma, discordamos, entre outros, de Nelson Rosenvald, ao afirmar que “[...] a liberdade contratual não se curva genericamente a uma função social que o negócio jurídico atenderá”⁶⁰⁹, ou que “[...] a função social não pode constranger particulares à efetivação de negócios jurídicos que lhe sejam heterônomos.”⁶¹⁰ Na verdade, em hipóteses extremas, as partes podem, sim, ser obrigadas a contratar – como no caso dos contratos coativos ou compulsórios, que tivemos oportunidade de abordar neste estudo. Afora isso, as cláusulas contratuais podem ser alteradas em nome de uma função social, alheia ao interesse das partes, como no exemplo de Anderson Schreiber mencionado anteriormente, de suspensão de cláusula de exclusividade de fornecimento de medicamentos em face de epidemia⁶¹¹.

A rigor, a função social não deveria causar nenhuma espécie, porque um imóvel que não atenda à sua função social pode ser desapropriado; assim como pode haver o licenciamento compulsório de uma patente se o seu titular exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, como determina o Art. 68, da Lei nº. 9.279/1996.⁶¹²

⁶⁰⁸ BRASIL, STJ. REsp. 1842751 / RS; 2ª Seção. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 01/08/2022.

⁶⁰⁹ ROSENVALD 2023, p. 454.

⁶¹⁰ ROSENVALD 2023, p.454.

⁶¹¹ Vide p. 158.

⁶¹² Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

Aliás, ao invocar a função social como valor para a proteção da livre concorrência, ela não costuma ser interpretada como ameaça à livre iniciativa. Tomemos como exemplo a lição de Salomão Calixto Filho sobre os bens essenciais em mãos de empresas monopolistas, conhecidos como *essential facilities*. O Autor explica o termo:

Uma essential facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nas quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros.⁶¹³

Neste tipo de situação, como expõe Salomão Calixto, há a criação de verdadeira obrigação de fornecimento para as empresas monopolistas que detenham os bens essenciais. O Autor acrescenta que “[...] a imposição de condições iníquas ou de preços desarrazoados para fornecer o bem deve ser equiparada à negativa de acesso, na medida que acaba produzindo o mesmo efeito.”⁶¹⁴ Defende, outrossim, que há “[...] verdadeira função social do monopolista detentor de bens essenciais [...]”⁶¹⁵ e responde positivamente à pergunta se haveria base de sustentação para esta ideia no Direito Positivo pátrio.⁶¹⁶

Pontuamos que, no caso trazido à colação, a solução não passa apenas pela aplicação da função social da propriedade. Haverá a obrigação de contratar, no caso de negativa peremptória, ou de contratar em outras bases, no caso das condições iníquas. Esse dever decorrerá da função social do contrato e levará em conta não apenas a função negativa, como também a *razão* da contratação em face de direitos de terceiros, quais sejam, fundamentalmente, os concorrentes e o mercado consumidor. Em outros termos: reconhece-se que esta contratação deve ocorrer em razão de ser útil socialmente.

Refutamos, portanto, a assertiva de Giovanni Ettore Nanni, para quem “[...] não é necessário que o contrato seja socialmente útil.”⁶¹⁷ O exemplo que o Autor usa é interessante: “A título ilustrativo, a contratação de aulas voltadas para o aprendizado da língua élfica, criada por obra de ficção, carece de particular relevância social.”⁶¹⁸

⁶¹³ SALOMÃO FILHO, 2021, p. 324.

⁶¹⁴ SALOMÃO FILHO, 2021, p. 325.

⁶¹⁵ SALOMÃO FILHO, 2021, p. 326.

⁶¹⁶ SALOMÃO FILHO, 2021, p. 326.

⁶¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 432.

⁶¹⁸ NANNI, 2021.

Tentaremos demonstrar que o exemplo não conduz à conclusão do Autor. A criação de um curso nesses moldes geraria distribuição de renda, pagamento de tributos, empregos; portanto seria útil socialmente. Como afirmava Antônio Junqueira Azevedo (que entrevia a função social do contrato antes do CC/2002, com inspiração constitucional) “[...] o contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade.”⁶¹⁹ Admitimos que o julgamento de merecimento ou de preenchimento da função social do contrato não é feito necessariamente pelos contratantes. Cabe ao Estado avaliar se o contrato, ou se a cláusula contratual, merece ou não a sua proteção e intervir quando isto não acontecer.

Estamos, desta feita, em consonância com o pensamento de Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, contrários à supressão efetivada pela LLE:

A alteração promovida pela referida Lei, nessa esteira, parece ignorar o deslocamento assistido pelo Direito Civil de seus princípios fundantes para a Constituição, em contexto de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988.⁶²⁰

Sem dúvida, o legislador da LLE ignorou, por questões indissociavelmente ideológicas, o avanço do Direito Civil no sentido da Socialidade, um dos seus princípios basilares, e a sua submissão à Constituição da República relativamente à Justiça Social.

A Justiça Social é um valor constitucional que se espalhou por todo o ordenamento jurídico brasileiro. No Direito Privado, além da função social da propriedade e do contrato, há a função social da empresa. Na Lei da Recuperação Judicial (LRJ), ela é destacada no Art. 47:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Consequentemente, a nossa lei não é embasada na máxima satisfação dos créditos e, como apontam Scalzilli, Spinelli e Tellechea, “[...] elege como princípio cardeal a preservação da empresa, em atenção aos interesses de todas as classes que em torno dela gravitam.”⁶²¹

⁶¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Parecer Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998. v. 750. p. 116.

⁶²⁰ TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, s. p.

⁶²¹ SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 4. ed. São Paulo: Almedina. p. 150.

Em outros termos, a superação da crise de solvência, como dispõe claramente a norma, não visa apenas a atender ao interesse dos credores do recuperando, nem apenas aos seus próprios. A recuperação enfrentará um juízo de merecimento por, além desses dois interesses, considerar também o emprego dos trabalhadores e o estímulo à atividade econômica, em harmonia integral com o Art. 170, da Lei Maior. Destaque-se que a LRJ foi modificada pela Lei nº. 14.112/2020 sem que o sobredito Art. 47 tenha sido objeto de qualquer modificação.

Na lei de sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.1976), também há referência à função social da empresa em pelo menos dois artigos. No parágrafo único, do artigo 116 consignou-se que:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua *função social*, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (destaquei).

Também no “caput”, do artigo 154 há menção à função social:

O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da *função social* da empresa. (destaquei).

Realça-se a incoerência de entender-se bem-vinda a função social da empresa, acerca da qual não se ouvem críticas⁶²², e considerar a função social do contrato como uma ameaça à liberdade contratual e à livre iniciativa.

Afirmado o nosso entendimento acerca da função social do contrato, devemos concluir que a supressão do *em razão*, do Art. 421, foi uma tentativa de transmutar a função social em algo que ela não é.

De igual sentir é o magistério de Gérson Luiz Carlos Branco, para quem o legislador da LLE, ao invés de revogar o Art. 421 e correr o risco de que o princípio fosse aplicado não positivado, “[...] a opção foi de tentar esvaziar a possibilidade de que o juiz tome qualquer

⁶²² A bem da verdade, críticas do mesmo jaez daquelas feitas à interferência da liberdade contratual. No sentido da inaplicabilidade da função social às empresas há o escólio de Comparato: “É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.” COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**; vol. 732, 1996, p. 42.

decisão no âmbito de uma relação contratual com fundamento na função social dos contratos.”⁶²³

A LLE pretendia moldar o contrato a uma feição de eficiência econômica máxima, como se se tratasse do contrato estadunidense. Restabelecer, *grosso modo*, a autonomia da vontade das partes contratantes e afastar o Estado para a posição de intervenção mínima no plano contratual. Sob o pretexto de adequar o contrato à livre iniciativa, tentou descolá-lo da ideia de Justiça Social.

Observamos que a tentativa não pode ser interpretada como exitosa. A alteração do Art. 421, *caput*, não apagou da função social a sua origem constitucional. Aliás. Luiz Edson Fachin sustenta, com a nossa aderência, que mesmo antes do CC/2002 “[...] a função social do contrato já estava presente no ordenamento jurídico, assentada no princípio da solidariedade, bem como na funcionalização da ordem econômica, operada pelo artigo 170 da Constituição.”⁶²⁴ Tampouco foi mitigada a adequação da função social à Socialidade, princípio formador de todo o Código de 2002. Enfim, em nome da evolução do contrato, há de continuar-se a entender que se trata de figura de dimensão dupla. Uma, mais ligada às partes (intersubjetiva), qual seja, de autorregular interesses; outra, de mecanismo macroeconômico, integrado à objetivos promocionais da Constituição Econômica de 1998 e transubjetiva.

Consequentemente, a função social do contrato não se resume a ser apenas um limite externo à liberdade contratual; é, na verdade, o seu fundamento. Essa dimensão é o que justifica a proteção e o prestígio da liberdade contratual pelo Estado, garantindo que os interesses das partes estejam alinhados com os valores fundamentais da Constituição. Assim, como afirmam Tepedino e Cavalcanti, ela busca realizar os fundamentos e objetivos da República sem comprometer a livre iniciativa.⁶²⁵

4.4 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 421: O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL

A LLE acrescentou o parágrafo único, ao Art. 421, com a seguinte redação: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a

⁶²³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao Art. 421 do código civil: a função social do contrato na lei da liberdade econômica. In: **Direito privado na lei da liberdade econômica: comentários**. Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro. Nitschke (Coords.). São Paulo: Almedina, 2022. p. 463

⁶²⁴ FACHIN, 2015, p. 126.

⁶²⁵ TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, s. p.

excepcionalidade da revisão contratual.” A MP nº. 881/2019 havia previsto também um parágrafo único, de redação semelhante: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.”

Confira-se a tabela comparativa a seguir.

Art. 421, antes da alteração	MP nº. 881/2019	LLE
<i>nihil</i>	Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional	Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

No primeiro capítulo deste trabalho, nos subitens 1.3.2 e 1.3.3, tivemos a oportunidade de analisar a intervenção estatal no contrato e os limites da ordem pública, que sempre vigoraram no Direito Civil pátrio. Evidentemente, afora as intervenções legislativas e econômicas, a intervenção judicial nos contratos é espécie da intervenção estatal.

Há uma afirmação, em geral lançada desacompanhada de dados científicos, de que haveria no Brasil excesso de intervenção judicial nos contratos. Como o objeto do nosso estudo está circunscrito ao Código Civil, podemos afirmar que, nesta seara, a assertiva não se sustenta. Socorre-nos Otávio Luiz Rodrigues Júnior, que pesquisou acórdãos da Justiça brasileira, com base na Revista dos Tribunais e Revista Forense, no período compreendido entre os anos de 1919 e 2000, e concluiu que a jurisprudência tende majoritariamente a manter os contratos⁶²⁶. A prospecção nos sítios de jurisprudência dos principais tribunais nacionais mostrará empiricamente que a situação não se modificou de modo sensível nos últimos anos.

⁶²⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. item 6.1.2.

Exemplificativamente, ao realizar pesquisa no sítio de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, em meados de 2023, usando como palavras de busca *contrato empresarial* e *revisão contratual*, dos dez primeiros acórdãos relacionados podemos observar o seguinte, quanto à interferência do Judiciário nas cláusulas contratuais:

<i>Sem modificação do contrato.</i>	<i>Modificação parcial do contrato</i>	<i>Modificação total do contrato.</i>
Apelação Cível nº 1024094-60.2021.8.26.0001; São Paulo, 13 de junho de 2023. Relator Gilson Delgado Miranda.	Apelação Cível nº 1006377-33.2018.8.26.0068, São Paulo, 24 de maio de 2023. Relator Fernando Sastre Redondo RELATOR;	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 1026273-58.2021.8.26.0100; São Paulo, 24 de maio de 2023. Relatora Heloísa Mímessi.	Apelação Cível nº 101960197.2022.8.26.0100, São Paulo, 27 de abril de 2023. Relator Gilson Delgado Miranda	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 1004497-32.2019.8.26.0533; São Paulo, 17 de abril de 2023. Relatora Rosangela Telles	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 0046567-51.2021.8.26.0100; São Paulo, 11 de abril de 2023. Relator José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 1086386-75.2021.8.26.0100, São Paulo, 31 de março de 2023. Relator Rômolo Russo	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 1110690-75.2020.8.26.0100, São Paulo, 29 de março de 2023. Relator: Arantes Theodoro	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>
Apelação Cível nº 1012178-27.2018.8.26.0068; São Paulo, 20 de março de 2023. Relatora Ana Lúcia Romanhole Martucci	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>

Apelação Cível nº 1001867-38.2019.8.26.0586, São Paulo, 16 de fevereiro de 2023. Relatora Maria do Carmo Honório.	<i>Nihil.</i>	<i>Nihil.</i>
---	---------------	---------------

Como se denota, no maior Tribunal do Brasil não há a interferência excessiva nos contratos empresariais. Dos dez primeiros acórdãos retornados na pesquisa houve apenas a revisão parcial de cláusula contratual em duas situações (uma delas de redução de multa de locação não residencial). Em oito acórdãos, os contratos foram integralmente mantidos e em nenhum ocorreu a modificação total do avençado pelas partes. Ainda que sem a abrangência da pesquisa de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, é possível perceber, por esta pequena amostra, que a jurisprudência pátria relega as hipóteses de revisão contratual para casos cujo desequilíbrio é reconhecido pelo Código Civil.

Como leciona Judith Martins-Costa, o CC/2002 apresenta soluções distintas para as hipóteses de desequilíbrio, conforme seja

[...] genético ou funcional (no primeiro caso, derivado de fato concomitante à formação do contrato, conduzindo à hipótese de lesão, no segundo, de fato superveniente à conclusão do ajuste, conduzindo à hipótese de excessiva onerosidade).⁶²⁷

Na hipótese da lesão, defeito do negócio jurídico, o Art. 157⁶²⁸, a lei exige necessidade premente ou inexperiência do contratante em desfavor de quem tenha havido o desequilíbrio prestacional na gênese do contrato.

No desequilíbrio funcional, sanável pelos Arts. 317 e 478⁶²⁹ do Código em comento, exige-se a superveniência de circunstância imprevisível para a revisão a qual, segundo Flávio Tartuce:

⁶²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. v. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 279.

⁶²⁸ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

⁶²⁹ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.”

[...] não é excepcional, mas excepcionalíssima. Em mais de 15 anos de vigência da codificação de 2002, não existia um precedente sequer, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que efetivasse essa revisão.⁶³⁰

Confirma a observação do Autor, por exemplo, o julgado relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, do Superior Tribunal de Justiça:

Ainda que se admita a revisão judicial dos contratos, com vistas ao atendimento de sua função social, trata-se de intervenção excepcional, devendo-se, a esse propósito, observar detidamente os contornos definidos em lei. Para tanto, dispõe o Art. 317 do Código Civil: 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. Exige o dispositivo legal que a manifesta desproporção do valor da prestação, quando de sua execução, decorra de motivos imprevisíveis, refugindo, em absoluto, do controle de prudência das partes. Em se invocando a teoria da imprevisão (com esteio no Art. 478 do Código Civil), o fato extraordinário ali previsto, causador do desequilíbrio contratual, é aquele absolutamente alheio ao risco assumido pelas partes.⁶³¹

Consequentemente, o nosso Código Civil dispõe de hipóteses bem delineadas⁶³² que permitem a flexibilização do *pacta sunt servanda*, que sempre foram observadas pela jurisprudência nacional dominante.

Afora esta primeira constatação, nos relatórios *Doing Business* do Banco Mundial, o Brasil, que sempre ocupou posições ruins em relação a outros Estados, obteve os seus melhores desempenhos na área de execução de contratos, como ocorreu no de 2019. Enquanto na generalidade ficou na posição 109^a. (de 190 Estados), nesse item específico ficou na 48^a posição⁶³³. No último relatório publicado de 2020, antes de ser descontinuado, o Brasil piorou na classificação geral (123^a. Posição), mas na execução dos contratos ficou em situação menos gravosa (58^a. Posição)⁶³⁴. Cabe ressaltar a piora de dez posições nesse item específico percebida após a vigência da Lei da Liberdade Econômica.

⁶³⁰ TARTUCE, 2021, p. 232.

⁶³¹ BRASIL. STJ: REsp 1993499 / SP Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (1150) 02/08/2022. Data da publicação/fonte. DJe 09/08/2022.

⁶³² Tratamos das hipóteses legais de revisão do contrato no CC de forma mais minudente no Capítulo 2, item 2.4 e subitens.

⁶³³ DINIZ, Maiana. Brasil avança em ranking sobre facilidade de fazer negócios. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-10/brasil-avanca-em-ranking-sobre-facilidade-de-fazer-negocios>. Acesso em: 4 nov. 2022.

⁶³⁴ THE WORLD BANK. **Doing Business**. Execução de Contrato. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>. Acesso em: 4 nov. 2022.

Durante a pandemia, fato inegavelmente imprevisível, extraordinário e superveniente em relação a muitos contratos, não houve uma panaceia revisionista de contratos, o que tivemos oportunidade de analisar anteriormente.

Podemos asseverar que a LLE mirou em um problema a rigor inexistente (ou ao menos não existente na proporção propalada), ao tentar emplacar no parágrafo único, do Art. 421, um pretenso princípio de intervenção mínima do Estado nos contratos civis e empresariais ou buscar reduzir a revisão contratual que, da mesma forma, não pode ser apontada cientificamente como exagerada.

Na verdade, a Lei nº. 13.874/2019 considera, da mesma forma que os seus inspiradores mais remotos do século XVIII, o Estado como um obstáculo ao desenvolvimento econômico. Por isso, ao enunciar os seus *princípios*, no Art. 2º, inciso III, relacionou a “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, como um deles. Consequentemente, sem maiores cuidados, a criação do parágrafo único, do Art. 421, simplesmente procurou levar ao Código Civil a mesma visão. É também a conclusão de Eduardo Nunes de Souza:

Trata-se de mais uma tentativa, francamente inócua, de consolidar no Código Civil uma ideologia de Estado mínimo que ignora a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um “princípio da intervenção mínima”, sobretudo quando é o próprio constituinte que determina a atuação estatal nas relações privadas como mecanismo de promoção da igualdade substancial e de garantia, em última instância, de uma liberdade efetiva de contratar.⁶³⁵

A bem da verdade, a intervenção do Estado no domínio dos contratos não pode ser mínima ou máxima. A força obrigatória das convenções, o *pacta sunt servanda*, tão sacralizado como o mercado pelos ultraliberais, depende do poder coercitivo do Estado. Como leciona Anderson Schreiber, a intervenção é imprescindível, tanto para o fim por nós já declinado de manutenção da força vinculante do contratado, quanto para garantir a incidência de normas infraconstitucionais e constitucionais⁶³⁶. Aliás, de modo contraditório o legislador da LLE interveio no Código para dizer, sem necessidade alguma, que a intervenção deveria ser *mínima*.

No que se relaciona à excepcionalidade da revisão contratual, Schreiber também critica a inovação, com a nossa aderência ao aduzir que “[...] afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são

⁶³⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilística.com*. Ano 8, n. 2, 2019, p. 44.

⁶³⁶ SCHREIBER, 2019, p. 246.

expressamente delimitadas no próprio Código Civil.”⁶³⁷ Gerson Luiz Carlos Branco, aliás, adverte que o novo parágrafo único, do Art. 421, pode trazer efeito inverso ao pretendido, eis que poderia levar à interpretação de que haveria espaço para a revisão contratual para além dos casos delineados no Código. Propõe que a norma, também classificada como *despicienda*, seja encarada apenas como *programática*.⁶³⁸

Concluimos de modo diverso: a norma não pode ser tida como *programática* porque escapa do programa social do Código Civil, da função social, da cabeça da norma à qual está vinculada e, mais importante, do programa constitucional. Desta feita, enquanto estiver vigente, a norma não deve ser aplicada, por colidir com a base principiológica do CC/2002 e da Constituição de 1988.

Analisaremos, subseqüentemente, a norma acrescentada ao Código pela Lei da Liberdade Econômica, qual seja, o Art. 421-A.

4.5 O NOVO ART. 421-A: PARIDADE E SIMETRIA DOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS; PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS E DE PRESSUPOSTOS DE REVISÃO E RESOLUÇÃO ESTABELECIDO PELAS PARTES E A ALOCAÇÃO DE RISCOS

A LLE criou um novo Art. 421-A, composto de um *caput* e três incisos. A Medida Provisória nº. 881/2019 não tinha contemplado a sobredita norma. A comparação, portanto, é a que se vê na tabela abaixo:

Código Civil /2002	Medida Provisória nº. 881	Lei nº. 13.874/2019
<i>nihil</i>	<i>nihil</i>	Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados

⁶³⁷ SCHREIBER, 2019, p. 246.

⁶³⁸ BRANCO, 2022, p. 479.

		<p>os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:</p> <p>I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução</p> <p>II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e</p> <p>III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.</p>
--	--	---

Analisaremos primeiramente a cabeça do artigo, para em seguida explorarmos os seus incisos.

A primeira observação a ser tecida é atinente à distinção feita pelo legislador da LLE entre os contratos *civis* e *empresariais*, nomenclaturas não utilizadas pelo Código, merecedoras de críticas de Anderson Schreiber. Para ele, a distinção destoou da sistemática do CC/2002, que procurou eliminar a dualidade entre as obrigações civis e as mercantis e é inócua, porque não produz qualquer distinção entre os dois contratos no âmbito do Art. 421-A.⁶³⁹

Em sentido diverso, Paula Forgioni defende o tratamento autônomo dos contratos empresariais, por ela definidos como “[...] aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro.”⁶⁴⁰ Aplauda, conseqüentemente, a modificação promovida no artigo do Código Civil pelo Art. 7º, da LLE, complementado, ainda de acordo

⁶³⁹ SCHREIBER, Anderson *et. al.* **Código civil comentado - doutrina e jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: forense, 2022. p. 261.

⁶⁴⁰ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 27-28.

com a escritora, pelo inciso VIII, do Art. 3º, da mesma lei (“os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes”)⁶⁴¹.

Embora não se possa questionar a correção da crítica de Schreiber, não nos parece ser este o maior problema da norma. A fim de distinguir os contratos do Código Civil daqueles relativos ao Direito do Consumidor é razoável que sejam utilizados os qualificativos *civis* e *empresariais*. Veremos mais além que na questão da paridade a doutrina estrangeira tem feito distinção entre os dois tipos de contratação.

De acordo com Nelson Rosenvald “[...] paritário é o contrato personalizado e negociado, sendo que na fase pré-contratual há diálogo sobre conteúdo entre sujeitos que o redigem.”⁶⁴² Trata-se, portanto, do contrário ao contrato de adesão. Já simétrico “[...] é o contrato no qual o processo de negociação e execução dá-se sem preponderância de uma das partes.”⁶⁴³

Nos contratos paritários de Direito Civil sempre se partiu da premissa da igualdade (simetria) entre os contratantes, diferentemente do que ocorre no Direito do Consumidor, por exemplo, cuja premissa é a vulnerabilidade do consumidor.

Acerca da premissa da simetria, em face da inovação trazida pelo Art. 421-A, apesar de a intenção do legislador ter sido, como observa Anderson Schreiber, reforçar “[...] a igualdade de forças entre os contratantes”⁶⁴⁴, vislumbramos um efeito *off label*. O Código passa a admitir por via transversa que existem contratos paritários assimétricos, que excluem a presunção de igualdade se presentes os tais *elementos concretos*.

A doutrina italiana denomina essas avenças assimétricas de *il terzo contratto*. Nesta classificação, o primeiro contrato seria “[...] aquele totalmente negociado por contratantes em posição de igualdade (ou, pelo menos em tese, igualmente capacitados), que aspira ao máximo de liberdade, e reivindica uma intervenção minimalista do legislador.”⁶⁴⁵. O segundo contrato diria respeito “[...] ao do consumidor, que, pela disparidade de ferramentas que podem ser utilizadas pelas duas partes, das assimetrias de informação [...], postula, pelo contrário, o controle máximo.”⁶⁴⁶ Por fim, o terceiro contrato é assim exposto:

⁶⁴¹ FORGIONI, 2023, p. 38.

⁶⁴² ROSENVALD, 2023, p. 450.

⁶⁴³ ROSENVALD, 2023, p. 450.

⁶⁴⁴ SCHREIBER, 2022, p. 305.

⁶⁴⁵ GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale** (Prismi) (Italian Edition) . Società editrice il Mulino, Spa. Edição do Kindle, s/p. “[...] *quello compiutamente negoziato da contraenti esperti (o, almeno in tesi, ugualmente esperti), che aspira al massimo di libertà, e rivendica dal legislatore un intervento minimalista [...]*” (original).

⁶⁴⁶ “[...] *quello del consumatore, che in ragione della disparità di strumenti utilizzabili dalle due parti, delle asimmetrie informative [...], postula, al contrario, il massimo del controllo.*”

O novo paradigma, para ficar com as siglas high tech, é o do contrato "B (maiúsculas) 2b (minúsculas)", em que o profissional fraco (o empresário "dependente economicamente") parece tomar o lugar do consumidor. E esta primeira imagem abre, em busca da identidade da nova figura, duas perspectivas antitéticas: a primeira articula-se com a extensão do modelo conhecido, a segunda com a construção de um novo esquema.” (nossa tradução).⁶⁴⁷

A figura realçada pela Doutrina italiana é consentânea com a nossa realidade jurídica. Não podemos entender que todo o contrato entre os empresários está marcado pelo signo da igualdade. A redução da compreensão a esta situação pode levar a assertivas equivocadas, como a formulada por Rodrigo Fernandes Rebouças:

Se os representantes de uma determinada empresa (lato sensu) optam por formalizar um contrato sem contar com o mínimo necessário de um apoio técnico (jurídico, contábil, tecnológico, engenharia e demais áreas potencialmente envolvidas em cada negócio jurídico), agem de forma temerária com a gestão de seus negócios, não sendo justificável, em um momento posterior à formação do contrato (seja na fase de execução ou pós-contratual), pleitear a tutela estatal como se fossem verdadeiras vítimas do evento para o qual eles mesmos podem ter sido omissos ou negligentes.⁶⁴⁸

Essa conclusão seria correta, segundo entendemos, se relativa ao denominado *primo contratto*. No Brasil atual, não podemos perder de vista que o desemprego propiciou a muitas pessoas o empreendedorismo, não raramente na informalidade, ou quando não, a atuarem como microempreendedores individuais (MEI) ou titulares de pequenas empresas. Afora os pequenos negócios familiares e assemelhados, todos eles estão a milhas de distância da possibilidade de contarem com qualquer apoio técnico prévio à contratação e não raramente são sujeitos a pressões que conduzem à aceitação de cláusulas e condições abusivas pelo contratante mais forte.

A função social, no seu aspecto interno, por consequência, “[...] clama pelo estabelecimento de um contexto de justiça e paridade entre os personagens da trama contratual, dentro do desenho do ajuste [...]”⁶⁴⁹ e, portanto, corresponde⁶⁵⁰ ao que Paulo Lôbo denomina Princípio da Equivalência Material, por ele assim explicado:

⁶⁴⁷ *Il nuovo paradigma, per restare alle sigle high tech, è quello del contratto «B (maiuscolo) 2 b (minuscolo)», nel quale il professionista debole (l'imprenditore «economicamente dipendente») sembra prendere il posto del consumatore. E questa prima immagine apre, alla ricerca di identità della nuova figura, due prospettive antitetiche: la prima imperniata sull'estensione del modello noto, la seconda volta alla costruzione di un nuovo schema.*

⁶⁴⁸ REBOUÇAS, 2017, p. 78.

⁶⁴⁹ DIAS JÚNIOR; SILVA, 2020, p. 161.

⁶⁵⁰ No mesmo sentido: “Entretanto, diferentemente do mencionado autor, preferimos, por razões didáticas e metodológicas, tratar desse princípio como um subproduto normativo do princípio maior, senão axial, da

Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis.⁶⁵¹

Para Lôbo, o CC/2002 teria introduzido unicamente a equivalência material de modo expresso nos contratos de adesão.⁶⁵²

Como entendemos a equivalência material como uma vertente interna da função social do contrato, é possível afirmar que se permite a intervenção do Estado-juiz para reequilibrar um contrato que tenha se originado de maneira desequilibrada. Isto, desde que se vislumbre que o desequilíbrio foi imposto (e não negociado) por um contratante assimetricamente mais forte do que o outro; de forma que o contratante vulnerável não tenha de comprovar *inexperiência* ou *premente necessidade*, requisitos da lesão, do CC/2002⁶⁵³, dificilmente comprováveis em uma relação empresarial. Aliás, para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona a lesão, o estado de perigo e a teoria da imprevisão visam a resguardar a equivalência material e a função social do contrato.⁶⁵⁴ Ainda que se entenda assim, seriam espécies de um gênero, aplicável por si só e ainda fora do âmbito do contrato de adesão.

Pensemos, por exemplo, na hipótese de um pequeno estabelecimento que negocie a compra de bebidas com uma distribuidora de grande porte e que, no contrato, seja-lhe imposta a venda casada de bebida de pouca saída para ter acesso à outra, de grande consumo. Não se poderá falar de vício de consentimento neste caso. A fim de se reconhecer como abusiva a venda casada, uma hipótese seria o uso do CDC, por conta do Diálogo das Fontes e da Teoria Finalista mitigada. Como ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman e Bruno Miragem, em comentário ao Art. 2º, do CDC:

[...] os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o Art. 2.º de acordo com o fim da norma,

função social do contrato, visto que, sem dúvida, no campo de abrangência deste último encontra-se subsumido.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Contratos**. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 38).

⁶⁵¹ LÔBO, 2018, p. 69.

⁶⁵² LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de direito do consumidor**. n. 42; abr.-jun. 2002. (p. 187- 195), p. 192.

⁶⁵³ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

⁶⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2023. p. 37.

isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC, analogicamente, também a estes profissionais.⁶⁵⁵

A jurisprudência superior, de fato, abarcou a tese, como se depreende do excerto do aresto da lavra da Ministra Nancy Andrighi:

[...] 4. O próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no Art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância⁶⁵⁶

Contudo, nem sempre o entendimento de estender o CDC para as relações empresariais poderá prevalecer. No caso proposto, a distribuidora poderia alegar que o estabelecimento de venda de bebidas tem domínio do ramo, que assumiu o risco de vender mais de alguns produtos e menos de outros. Reconhecer que somente o Direito do Consumidor teria remédio para evitar a assimetria demonstrada seria confessar a debilidade do Direito Civil contemporâneo.

Selecionemos a situação dos contratos de franquia. As relações entre franqueador e franqueado são, não raramente, assimétricas. A eles, o STJ há muito tempo reconheceu a inaplicabilidade do Direito do Consumidor.

Em julgado paradigmático, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito entendeu que o Código Civil dispunha de mecanismos suficientes para garantir o equilíbrio da relação. Confirmando parte dos seus fundamentos:

[...] Ocorre que em ambas as situações a finalidade da regra é garantir a igualdade de contratar e, por consequência, o equilíbrio das partes na relação contratual. Em certa medida, essa circunstância benfazeja de pôr o direito civil geral no rumo mais moderno da relação contratual, isto é, que os contratos estarão protegidos contra a disparidade das partes contratantes, estabilizados por sua função social e pela cláusula da boa-fé, que está presente também como critério para a interpretação dos negócios jurídicos (Art. 113 do Código Civil).⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. s. p.

⁶⁵⁶ BRASIL. STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.9.2009.

⁶⁵⁷ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº. 687.322 - RJ (2004/0137036-6); Rel. Carlos Alberto Menezes Direito. 21/09/2006.

A decisão estava embasada nos Arts. 113, 421 e 423, do Código Civil, antes das modificações promovidas pela LLE, quando as normas davam realce à socialidade. O posicionamento do STJ, que se sedimentou, interferiu na nova Lei de Franquia (Lei nº. 13.966/2019) que, em seu Art. 1º., descaracterizou o contrato entre franqueador e franqueado como relação de consumo.

Não há dúvidas que a relação, quer no caso hipotético do bar e da distribuidora, como em alguns contratos de franquias, pode ser bastante desigual; as normas civis devem continuar a ter o mesmo poder protetivo ao mais vulnerável, mencionado pelo Ministro Menezes Direito. Mormente, a compreensão do aspecto interno da função social do contrato não pode perder-se sob o argumento de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais.

É fato que a relação entre franqueador e franqueado citada no parágrafo anterior, não raramente derivará de contrato de adesão. Quando isto ocorre, pela incidência dos Arts. 423 e 424, do CC/2002,⁶⁵⁸ haveria a possibilidade, em tese, de tratar-se o aderente de modo diferenciado; contudo nestes casos o fato de cuidar-se de contrato de adesão pode não garantir o reconhecimento da ausência de paridade, como se infere de trecho de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo foi relator o Desembargador (e Professor) Manoel Pereira Calças:

A franquia é um típico contrato empresarial de natureza paritária e simétrica, formalizada mediante contrato por adesão, que exige do franqueado que vai investir capital e trabalho, estudo racional e cauteloso do empreendimento: é negócio de risco.⁶⁵⁹

No exemplo que propusemos, as cláusulas principais podiam ser específicas em relação a preço, ao modo de pagamento e à quantidade vendida, a ponto de tornar-se duvidoso o enquadramento do contrato como de adesão.

Na análise da função social do contrato, surge uma perspectiva que propõe distinções significativas, especialmente quando se trata dos contratos denominados 'existenciais'. Estes são contratos em que pelo menos uma das partes busca assegurar o acesso a um bem fundamental para sua subsistência. Rosenvald destaca que tais contratos não se limitam ao âmbito do Direito do Consumidor, embora sejam mais numerosos nessa área. Exemplos

⁶⁵⁸ BRASIL. Código Civil: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

⁶⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1055940-58.2017.8.26.0576. São Paulo, 08/02/2021. Relator Pereira Calças.

incluem contratos de locação ou compra e venda de imóveis para moradia.⁶⁶⁰ Claudio Luiz Bueno Godoy acrescenta, como exemplos de concretude e operatividade da função social do contrato, os contratos de seguro saúde, de fornecimento de água e luz e os de aquisição financiada de imóvel.⁶⁶¹ Não discordamos que esses contratos apresentam socialidade mais aflorada e evidente; porém não concordamos que apenas eles possam desafiar a análise da simetria entre os contratantes. Afinal, se atribui ao trabalho – e é disso que se trata no nosso exemplo do pequeno empresário do ramo de bebidas e da grande distribuidora – valor fundamental na ordem econômica, tendo por fim assegurar a todos existência digna, nos termos precisos do Art. 170, da CF. E, em última análise, os contratos empresariais que envolvem, ao menos indiretamente, o trabalho de alguns, ou de muitos, não deixa de ter conteúdo *existencial*. Em outros termos: esses contratos também merecem estar sob o guarda-chuva protetivo da função social do contrato. Consideramos melhor uma fórmula mais generalizante, como assevera Godoy, para quem a função social atua, *inter partes*, quando há interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.⁶⁶²

Enfim, pretende-se defender que é preciso haver remédio mais amplo para as assimetrias contratuais, sejam elas advindas ou não de contratos existenciais, provenientes ou não de contratos de adesão regulados pelo Código Civil.

No nosso sentir, a função social do contrato, na sua vertente interna, representa a resposta a esta demanda. Em uma análise do caso concreto, o juiz poderá concluir que uma das partes estava em posição amplamente inferior na relação contratual, em decorrência da posição *social* (leia-se colocação no meio socioeconômico). Por conta dessa discrepância, consideraria abusiva, v.g., a cláusula contratual que obrigava à compra de um produto adicional para obter-se outro de maior saída.

A cláusula sob estudo em uma relação simétrica (por hipótese em um contrato entre a grande distribuidora de bebidas e um gigante no ramo de *fast food*) deveria ser interpretada como lícita. Afinal, neste caso, não caberia ao juiz questionar os critérios de negociação entre as partes em paridade de armas, considerada, ademais, a questão da *economicidade* das escolhas.

Entretanto, como já ressaltamos, ante a precarização das atividades empresariais e à perversa concentração de rendas em alguns agentes econômicos em detrimento de outros, nos

⁶⁶⁰ ROSENVALD, 2023, p. 451.

⁶⁶¹ GODOY, 2012, p. 190-194.

⁶⁶² GODOY, 2012, p. 148.

parece temerário afirmar que toda a categoria dos contratos empresariais, por conta da intenção de lucro de todas as partes envolvidas, teria “[...] uma dinâmica diversa e peculiar.”, para usar uma vez mais as expressões de Paula Forgioni.⁶⁶³ Defendemos que apenas os contratos empresariais paritários e simétricos merecem o tratamento preconizado pela LLE.

Enfim, nos casos de assimetria efetiva entre os contratantes em pactos empresariais decorrentes ou, principalmente, não decorrentes de contratos de adesão, o “caput” do Art. 421-A pode ser útil. Com base nesse normativo é possível ao contratante vulnerável demonstrar que, no caso, existiam *elementos concretos* suficientes para afastar a presunção relativa de paridade. Certamente não seria esta a interpretação originária do legislador da LLE, mas será a mais consentânea com as bases principiológicas do CC/2002 e da CF/88.

Passemos à verificação dos incisos do Art. 421-A. O inciso I, “as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”, na sua parte inicial, traz redundância em relação ao disposto no §2º., do Art. 113 “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

Quanto a estabelecer pressupostos de revisão ou resolução de contrato, primeiramente encampamos a crítica de Anderson Schreiber para quem, a uma, isto não é novidade⁶⁶⁴ e, a duas, isto “[...] não exclui a necessidade de um juízo concreto de merecimento de tutela para determinar, em cada caso, a compatibilidade dos parâmetros contratualmente estabelecidos com a ordem jurídica brasileira”.⁶⁶⁵

Com efeito, a partir da experiência pandêmica, certamente várias minutas contratuais estabelecerão cláusulas que não permitam a revisão ou a resolução do ajustado em caso de pandemias; nem por isso, no caso de outra tragédia epidêmica, merecerão aplicação integral e automática. Desta forma, não subscrevemos o pensamento de Nelson Rosendal, ao asseverar que “[...] o Art. 478 do CC se coloca como regra subsidiária, apenas aplicável nos casos em que não houver uma gestão de riscos”.⁶⁶⁶ É certo que se as partes distribuírem riscos concretos que não sejam imprevisíveis e extraordinários, há de prevalecer o pactuado. Mas, permanece a

⁶⁶³ FORGIONI, 2023, p. 39.

⁶⁶⁴ O Enunciado nº. 439, da V Jornada de Direito Civil (“A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no CC deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”) já trazia ideia semelhante.

⁶⁶⁵ SCHREIBER, Anderson *et. al.* **Código civil comentado** - doutrina e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: forense, 2022, p. 261.

⁶⁶⁶ ROSENVALD, 2023, p. 451.

questão: uma nova pandemia de Covid seria algo ordinário e previsível? Parece-nos que não, porque não há, ao menos, previsibilidade para que isto venha a ocorrer em um futuro próximo. Rosenvald defende a incidência do Art. 478 “[...] para os eventos supervenientes que extrapolem a álea, ingressando no terreno da ‘imprevisibilidade’”.⁶⁶⁷ Assim, se as partes no contrato fizeram uma gestão de riscos sobre uma álea ordinária e previsível, quanto a eles é nítido que prevalecerá o pactuado. Mas, isto *já era assim*, independentemente do agora disposto na nova norma.

O inciso II – “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” – trata da gestão de riscos de forma frontal e merece a mesma análise. Sim, as partes podem dizer no contrato, ao fazer referência por exemplo à Guerra da Ucrânia, que *guerras e revoluções* não impedirão a incidência desta ou daquela obrigação contratual. Mas se houver um evento concreto que impacte diretamente o contrato e torne a obrigação inexecutável ou extremamente onerosa, a cláusula impedirá a análise judicial? É o entendimento de Nelson Rosenvald: “[...] mal ou bem gerido, o risco superveniente não ensejará intervenção externa sobre o que se convencionou.”⁶⁶⁸ Entretanto, dele novamente discordamos. O fato de haver previsão no contrato para um risco abstrato – guerras, revoluções – não afasta a imprevisibilidade de algum evento concreto que venha a impactar diretamente o contratado, a ponto de fazer surgir os requisitos para a incidência do Art. 317 ou do 478, do CC/2002. Apoiamos nossa conclusão também em Flávio Tartuce, ao esclarecer que se a alocação de riscos causar enriquecimento sem causa de um dos contratantes, acarretar onerosidade excessiva, se afrontar a boa-fé objetiva ou a função social do contrato, “[...] poderá ser desconsiderada, tida como nula ou ineficaz.”⁶⁶⁹ Em outros termos: a prevalência da vontade das partes, como é óbvio, não é e nem pode ser absoluta.

O inciso III é pleonástico: “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. A norma do parágrafo único, do Art. 421 – “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual –, acrescido também pela LLE, traz a mesma ideia. Para não sermos redundantes, como foi o legislador, remetemos o leitor para as nossas observações tecidas por ocasião dos comentários ao sobredito parágrafo.

⁶⁶⁷ ROSENVALD, 2023.

⁶⁶⁸ ROSENVALD, 2023, p. 451.

⁶⁶⁹ TARTUCE, 2023, p. 78.

Para concluir este capítulo, trazemos a comparação interessante efetivada por André Luiz Arnt Ramos e Marcos Catalan entre o CC/2002 e a história conhecida de Benjamin Button (Fitzgerald F.), o personagem que nasce velho e vai remoçando ao longo do tempo. Os Autores comentam que este rejuvenescimento do Código ocorreu paulatinamente por força da jurisprudência, da doutrina e das leis; mas, “[...] o resultado de iniciativas bem intencionadas às vezes são frustrantes ou imprudentes”⁶⁷⁰. (tradução nossa) Ramos e Catalan referiam-se à LLE que, ao nosso ver, fez o *nosso Benjamin Button*, qual seja, o Código Civil, envelhecer algumas dezenas de anos. Caberá, porém, aos intérpretes, buscar no sistema a *hierarquização axiológica*, nos dizeres de Luiz Edson Fachin⁶⁷¹, necessária para manter aplicável, em toda a sua magnitude, a função social do contrato. Desconsiderar, pois, as modificações que contrariem a base fundante do CC/2002 e a principiologia constitucional, de modo a rejuvenescer o Código no compasso do seu tempo, ao invés de torná-lo um provento fidalgo do Século XIX.

4.6 PRIMEIROS ECOS DAS MODIFICAÇÕES NOS CONTRATOS PROMOVIDA PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Neste tópico, realizaremos uma análise crítica dos ainda poucos casos examinados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que abordam de forma mais direta as alterações nos artigos relacionados ao Direito Contratual, promovidas pela Lei 13.874/19.

Em pesquisa realizada no sítio de jurisprudência durante o período da realização deste estudo⁶⁷² foram encontrados, com os marcadores “contratos empresariais” e “liberdade econômica” ou apenas “lei da liberdade econômica e contrato” um único acórdão. Foram listadas também 43 decisões monocráticas e um informativo de jurisprudência (relativo ao sobredito acórdão).

Abordaremos de modo mais superficial as decisões monocráticas, que foram filtradas de acordo com o critério da aplicação específica da LLE aos contratos civis ou empresariais,

⁶⁷⁰ RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos. Contractual interpretation in Brazil under the light of the 2019 economic freedom act. *Actia Iuridica Resoviensia*, n. 4, 2022, p. 22. No original: “*The results of well-minded initiatives, however, are sometimes frustrating, or ill-advised.*”

⁶⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil. Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 94.

⁶⁷² BRASIL. STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22CONTRATOS+EMPRESARIAIS%22+E+%22LIBERDADE+ECONOMICA%22&b=DTXT&p=true&tp=T> (acesso em 29.11.2023)

como fundamento (ainda que não exclusivo) da decisão. Posteriormente, verificaremos de modo mais acurado o único acórdão que, por advir de colegiado, tem, ao nosso sentir, maior importância.

4.6.1 Decisões monocráticas

Das 43 decisões monocráticas analisadas, que, de alguma forma, tinham em seu corpo as palavras-chave pesquisadas (Lei da Liberdade Econômica e Contrato/ Lei da Liberdade Econômica e Contratos Empresariais) encontramos a seguinte proporção: a) em treze decisões o tema se referia às mudanças na desconsideração da personalidade jurídica; b) em seis decisões eram abordados temas não relacionados ao Direito Civil, como, v.g., a questão das Agências Reguladoras ou de fundos de investimento; c) em dez decisões houve alegação do recorrente acerca do descumprimento da Lei da Liberdade Econômica, mas a decisão não se baseou nisso; e d) em onze decisões a LLE foi usada, direta ou indiretamente, como fundamento do julgado.

A tabela abaixo apresenta a análise das decisões consultadas que não serão analisadas mais de perto, quais sejam, das alíneas “a”, “b” e “c”.

<i>Desconsideração da PJ.</i>	<i>Temas não relacionados ao D. Civil Contratual.</i>	<i>Alegação de descumprimento da LLE</i>
Rcl 46275 - 25/09/23	REsp 2061507 – 26/06/23	REsp 2003830 – 14/09/23
REsp 1985935- 14/09/23	AREsp 2315816 – 01/06/23	AREsp 2385795 – 06/09/23
AREsp 2393231 – 12/09/23	AREsp 2235474 – 19/12/22	AREsp 2389569 – 25/08/23
REsp 2071305 – 12/09/23	AREsp 2080114 – 11/11/22	AREsp 1923020 – 23/05/23
REsp 2085299 – 08/08/23	REsp 1975169 – 23/06/22	RE no REsp 1799039 – 10/05/23
AREsp 2206141 – 12/06/23	AREsp 1937467 – 16/12/21	AREsp 2123981 – 02/03/23
AREsp 2218320 –		AREsp 1954835 –

16/12/22		04/11/21
AREsp 2198816 – 30/11/22.		REsp 1938780 – 12/08/21
AREsp 2145064 – 24/08/22		AREsp 1841014 – 31/05/21
Tut. Prov. 3628 - 30/11/21		REsp 1928546 – 03/05/21.
AREsp 1689606 Data 23/10/20		
RMS64065 – 12/08/20		

Veremos, na tabela a seguir as decisões monocráticas⁶⁷³ que direta ou indiretamente, para além da alegação das partes, consideraram a Lei da Liberdade Econômica como fundamento. Na terceira coluna transcreveremos pequenos trechos do julgado que abordam o tema. Posteriormente, faremos uma análise global das decisões monocráticas.

Recurso	Relator(a) – data.	Referência à LLE
AREsp 2411649	Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE/29/09/2023	[...]13. Não por outro motivo, o parágrafo único, do Art. 421, do Código Civil, com a redação conferida pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), preceitua que, nas relações contratuais privadas, deve prevalecer o princípio da intervenção mínima.

⁶⁷³ Todas disponíveis no sítio do Superior Tribunal de Justiça já referenciado.

AREsp 2343649	Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI 03/07/2023	[...] Quanto à matéria ainda, é mister analisar sob a ótica da Nova Lei da Liberdade Econômica , a qual determinou como princípio a intervenção subsidiária e mínima do Estado nas relações privadas econômicas, assim como a excepcionalidade da revisão contratual (Art. 421, parágrafo único do Código Civil).
AREsp 655382	Ministro RAUL ARAÚJO/ 28/03/2023	[...] A Lei 13.874/19, também intitulada de Lei da Liberdade Econômica , em seu Art. 3º, VIII, determinou que são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal, ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao

		avençado, exceto normas de ordem pública.
AREsp 2252394	Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI 01/03/2023	[...] Quanto à matéria ainda, é mister analisar sob a ótica da Nova Lei da Liberdade Econômica, a qual determinou como princípio a intervenção subsidiária e mínima do Estado nas relações privadas econômicas, assim como a excepcionalidade da revisão contratual (Art. 421, parágrafo único, do Código Civil).
REsp 2011711	Ministra NANCY ANDRIGHI 29/11/2022	4. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.
REsp 1922403	Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA 04/11/2022	[...]. E, como se sabe, consoante regra de interpretação contratual que sempre se observou, vinha escrita no Código Comercial

		<p>do Império, que vigorou até 2002 (Art. 131), e que, hoje, decorre do acréscimo de § 1º ao Art. 113 do Código Civil, pela Lei da Liberdade Econômica (nº. 13.784/2019), como se sabe, dizia, na interpretação do negócio jurídico deve-se-lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio.</p>
AgInt no AREsp 2158063	<p>Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES 27/10/2022</p>	<p>[...]73. Deste modo, esta previsão expressa do contrato deve ser lei entre os contratantes e apenas reflete o Princípio da Vontade das Partes. E, para ratificar a sua observância, recentemente, por meio das alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/20), o legislador reforçou o respeito à autonomia da vontade, à alocação dos riscos entre as partes no contrato e a possibilidade de intervenção estatal para alterar o que foi pactuado como último recurso e sempre de forma</p>

		<p>mínima e excepcional.</p> <p>74. Destaca-se que a preservação dos contratos, o respeito à autonomia da vontade, a intervenção mínima, a excepcionalidade da revisão contratual e o respeito à alocação de risco definida pelas partes são princípios que devem reger as relações contratuais. Veja-se, neste sentido, o disposto nos artigos 421 e 421-A do Código Civil [...].</p>
AREsp 2144767	<p>Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI</p> <p>08/09/2022</p>	<p>[...] Quanto à matéria, é mister ainda analisar sob a ótica da Nova Lei da Liberdade Econômica, a qual determinou como princípio a intervenção subsidiária e mínima do Estado nas relações privadas econômicas, assim como a excepcionalidade da revisão contratual (Art. 421, parágrafo único, do Código Civil).</p>
AREsp 2049321	<p>Ministro FRANCISCO FALCÃO</p> <p>01/06/2022</p> <p>01/06/2022</p>	<p>[...] No contrato foi inserida cláusula que veda veiculação de publicidade de venda de serviços e/ou produtos concorrentes ao transporte coletivo municipal.</p>

		Ademais, considerou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o advento da Lei da Liberdade Econômica não se aplica a situações já concretizadas.
RE no REsp	Ministro JORGE MUSSI 12/04/2022	Também não se mostra diferente o desfecho sob a perspectiva do Art. 113, caput, do CC, o qual preconiza que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, especificando em seu § 1º (incluído pela Lei n. 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica).

Como se denota, as decisões destacadas utilizaram principalmente o parágrafo único do artigo 421, acrescido pela LLE, para justificar a manutenção de cláusulas contratuais, sob a alegação de intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual. Em um dos julgados (AgInt. no AREsp 2158063; Relator Ministro Mauro Campbell Marques, de 27/10/22), o Relator mencionou que ‘[...] por meio das alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/20), o legislador reforçou o respeito à *autonomia da vontade* [...]’ (destaquei).

Com efeito, sustentamos ao longo da nossa pesquisa que a intenção era justamente ressuscitar a ideia de que o contrato é algo derivado da vontade das partes, visão que ainda encontra eco no STJ, como se percebe. Algumas decisões valeram-se, também, da presunção de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais, de modo a sustentar que o controle judicial sobre cláusulas abusivas é mais restrito neste tipo de contratação.

Em uma delas (AREsp 2049321, Relator Ministro Francisco Falcão, de 01/06/22) houve referência à não aplicação da Lei da Liberdade Econômica a situações passadas já concretizadas.

Tangentemente à interpretação do contrato, o destaque vai para o julgado relatado pelo Ministro Jorge Mussi (RE no Resp. 1938997) que fez menção ao § 1º, acrescido pela LLE ao Art. 113, do Código Civil, no sentido de que os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar da celebração.

Do ponto de vista cronológico, chama a atenção que as primeiras decisões monocráticas a serem fundamentadas nas alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica na parte contratual do Código Civil são do início de 2022. A Lei foi precedida de Medida Provisória, ambas de 2019, e é compreensível, até certo ponto, que tenha levado cerca de dois anos para as primeiras lides chegarem ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a quantidade de referências a ela não é das maiores, como agora se constata.

Indagação relevante diz respeito a saber se houve mudança significativa do entendimento do STJ acerca dos contratos civis e empresariais. A resposta, considerando as decisões monocráticas, parece ser negativa.

Na análise de decisões monocráticas acerca dos contratos empresariais, filtradas até o início de 2021 (considerando que, como vimos, as referências à LLE começaram a surgir a contar de 2022), constatamos a mesma tendência do STJ de considerar aqueles contratos como diferentes, de modo a realçar neles a autonomia privada e a manutenção do *pacta sunt servanda*.

Ilustrativamente podemos relacionar as seguintes decisões⁶⁷⁴ na tabela abaixo (não exaustiva) anteriores à vigência da LLE ou que a desconsideraram.

<i>Recurso</i>	<i>Relator(a) - data</i>	<i>Trecho destacado.</i>
Tut. Prov. 3062	Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO DJ 27/10/2020	[...] Se é certo que as obrigações previstas no contrato devem ser observadas pelos contratantes e que, podem, eventualmente, ser revisadas quando, notadamente, seja

⁶⁷⁴ Todas disponíveis no sítio do STJ: <https://processo.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp>. Acesso em 1 dez. 2023.

		<p>evidenciada marcante ilegalidade ou, quiçá, a ocorrência de alterações econômico-conjunturais relevantes e imprevistas, no âmbito dos contratos empresariais, em que as sociedades empresárias estão em situação de equivalência, pois assessoradas por toda a sorte de profissionais antes da celebração dos negócios, o âmbito de revisão se reduz sobremaneira.</p>
Resp 1834345	<p>Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE DJ 02/09/2020</p>	<p>[...] O que foi previsto e estipulado pelas partes, em situação de negociação empresarial – envolvendo pessoas jurídicas que trabalham com empreendimentos imobiliários em igualdade de condições com outras deve prevalecer de modo a confirmar a ideia da cláusula pacta sunt servanda.</p>
Edcl no AREsp 1560895	<p>Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI DJ 25/03/2020</p>	<p>[...]Frise-se que, em se tratando de contrato com prazo determinado, celebrado por partes capazes e respeitado os requisitos formais para celebração, irrazoável a pretensão deduzida na exordial que,</p>

		<p>data vênia, eliminaria a álea do negócio.</p> <p>Cedição que o risco do negócio é característica inerente dos contratos empresariais, além de que não há qualquer garantia de retorno ou lucratividade no instrumento firmado entre as partes.</p>
AREsp 1450387	<p>Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO</p> <p>DJ 24/04/2019</p>	<p>[...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.</p>
Edcl no Resp 1773569	<p>Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO</p> <p>DJ 09/04/2019</p>	<p>[...] Nas relações contratuais interempresariais, não se há de, aprioristicamente, presumir uma espécie de fragilidade de qualquer das partes contratantes; daí por que também as normas do sistema consumeristas não serem idôneas para regular tais relações jurídicas.</p>
AREsp 1358915	<p>Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA</p>	<p>[...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas</p>

	DJ 05/11/2018	<p>em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.</p> <p>3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.</p>
Resp 1379972	<p>Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA DJ 07/02/2018</p>	<p>[...]É sabido que contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis ou como contratos de consumo, devendo prevalecer nos primeiros os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças</p>

A investigação feita realça, na nossa interpretação, aquilo que já afirmamos outrora: não havia intervenção exagerada nos contratos civis e empresariais e a Lei da Liberdade Econômica neste aspecto em nada ajudou o desenlace das demandas que os envolvem. Mas, a análise do

acórdão que se seguirá, demonstrará que a LLE não foi tão *inócua* como poderia demonstrar em uma primeira leitura.

4.6.2 Acórdão

Veremos agora a posição colegiada do STJ em face da Lei da Liberdade Econômica.

Dentro dos parâmetros da pesquisa encontramos o Resp 1799039 / SP⁶⁷⁵, da Terceira Turma, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, que votou vencido, e a Ministra Nancy Andrighi como Relatora para o acórdão. O julgado é de 04.10.2022, com publicação em 07.10 do mesmo ano. Este acórdão foi referenciado no Informativo n. 754 da mesma Corte, datado de 24.10.2022.⁶⁷⁶

A Recorrente (microempresa de prestação de serviços médicos) sustentava no recurso a abusividade de cláusula do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, segundo a qual ela não faria jus a qualquer remuneração, ainda que por serviços prestados, nem a qualquer tipo de indenização, de qualquer natureza, em caso de rescisão contratual entre a Recorrida e o ente municipal. Assim, o contrato entre as partes estava relacionado com outro contrato, este realizado entre a Recorrida e o Município de Araucária. Como consignou-se no voto vencido ‘[...] a continuidade da prestação de serviços médicos firmada entre as partes – CDTO e IB – dependia da manutenção do contrato de gestão do Hospital Municipal daquela cidade.’ Como o Município rompeu o contrato de gestão hospitalar com a Recorrida, ocorreu a rescisão do contrato entre os demandantes. Entretanto, a Recorrente cobrou pelos serviços já prestados. O pagamento foi negado, com fulcro na tal cláusula contratual.

No voto vencido, o Ministro Moura Ribeiro afastou a existência de uma condição puramente potestativa, um dos argumentos da Recorrente. Ele entendeu que a manutenção da avença entre os litigantes estava condicionada à manutenção do contrato entre a Recorrida e o Município. Desta forma, segundo Sua Excelência, ‘[...] não há que se falar em cláusula puramente potestativa quando há correlação com ato de terceiro[...].’

⁶⁷⁵ BRASIL. STJ. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22LEI+DA+LIBERDADE+ECONOMICA%22+E+CONTRATO&b=ACOR&p=true&tp=T>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁶⁷⁶ BRASIL. STJ. **Informativo nº. 754, de outubro de 2022**. Resp. 1.799.039-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. Acd. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por maioria, julgado em 4/10/2022, DJE 7/10/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22CONTRATOS+E+MPRESARIAIS%22+E+%22LIBERDADE+ECONOMICA%22&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&p=true&tp=T>. Acesso em: 29 nov. 2023.

O Relator original argumentou que a cláusula não resistia ao seu cotejo com os princípios da boa-fé objetiva e função social. Ele destacou que o contrato é “[...] expressão de liberdade operosa e de realização efetiva dessa liberdade, para o bem particular e em respeito ao interesse público, a que essa vontade livre deve se subordinar.” Acrescentou que a função social do contrato assume “[...] importante direção norteadora da liberdade de contratar”.

O Ministro Moura Ribeiro examinou, em seguida, lições doutrinárias para destacar o aspecto interno da função social do contrato e a natureza pública dos artigos 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Ele concluiu que a cláusula em questão exigia do Recorrente um sacrifício maior do que o razoável por subtrair dela “[...] a justa remuneração por serviços efetivamente prestados. Considerou ter havido enriquecimento sem causa pelo Recorrido e disse não vingar “[...] o simples argumento de que a autora possuía inequívoca ciência dos termos contratados [...]” porque “[...] o contrato não pode ser visto como um mero campo de batalhas, mas como um local em que se respeitem princípios éticos fundamentais.” Enfim, reconheceu a ineficácia da cláusula na parte em que exonerava a Recorrida de remunerar a Recorrente por serviços prestados “[...] por afronta aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, bem como do enriquecimento sem causa [...]”.⁶⁷⁷

Não prevalecendo a visão do relator original, a relatoria passou para a Ministra Nancy Andrighi e o acórdão foi ementado da seguinte forma:

EMENTA
 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO PARITÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO. AUTONOMIA PRIVADA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CLÁUSULA ABUSIVA. NÃO DEMONSTRADA. BOA-FÉ. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. EXPECTATIVA DAS PARTES.

1. Cuida-se de ação de cobrança da qual foi extraído o presente recurso especial.
2. O propósito recursal consiste em definir se a cláusula que desobriga uma das partes a remunerar a outra por serviços prestados na hipótese de rescisão contratual viola a boa-fé e a função social do contrato.
3. A Lei 13.874/19, também intitulada de Lei da Liberdade Econômica, em seu Art. 3º, VIII, determinou que são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal, ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.
4. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.
5. A existência de equilíbrio e liberdade entre as partes durante a contratação, bem como a natureza do contrato e as expectativas são itens essenciais a

⁶⁷⁷ Todos os trechos citados são do voto vencido do julgado referenciado na nota de rodapé de nº. 678.

serem observados quando se alega a nulidade de uma cláusula com fundamento na violação da boa-fé objetiva e na função social do contrato.

6. Em se tratado de contrato de prestação de serviços firmado entre dois particulares os quais estão em pé de igualdade no momento de deliberação sobre os termos do contrato, considerando-se a atividade econômica por eles desempenhada, inexistente legislação específica apta a conferir tutela diferenciada para este tipo de relação, devendo prevalecer a determinação do Art. 421, do Código Civil.

7. Recurso especial não provido. A Relatora do acórdão, como se denota, usou expressamente a LLE para enfatizar que a igualdade entre as partes de contrato empresarial não permitiria o controle da cláusula discutida. Ela invocou o parágrafo único, do Art. 421 e o Art. 421-A, para salientar que a cláusula contratual deve ser considerada válida “[...] quando manifesta a igualdade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, cuja liberdade contratual revela-se amplamente assegurada.” Quanto à alegação de enriquecimento ilícito entendeu que, como o Tribunal de origem consignou não ter havido “enriquecimento ilícito de qualquer das partes”, considerar o contrário seria reexaminar o quadro fático, o que é vedado pela Súmula 7, do mesmo STJ.

Do ponto de vista da nossa tese, a dissidência do Ministro Moura Ribeiro era irrepreensível.

Ocorre que, como sustentamos, a LLE está em dissonância com a base principiológica constitucional e infraconstitucional (nomeadamente do Código Civil). Logo, não há espaço para considerar-se, mesmo nos contratos empresariais simétricos e paritários, que o *pacta sunt servanda* tem força obrigatória ilimitada. Como realçou Moura Ribeiro, a autonomia privada pressupõe que os pactos cumpram a sua função social.

Além disso, ao interpretar o §1º, inciso V, do Art. 113 do Código Civil da maneira proposta, percebe-se que a racionalidade econômica do contrato não foi devidamente considerada pelo acórdão.

Por qual razão os dois prestadores de serviço médico incluíram no contrato a cláusula em questão, que estipula a ausência de indenização ou pagamento em caso de rescisão do contrato de gestão hospitalar? Evidentemente, isso ocorreu porque o pacto com o Município era emergencial e diretamente relacionado ao contrato entre as partes, permitindo a rescisão a qualquer momento, sem direito à indenização. É plenamente justificável, racional e economicamente, e não afronta a função social, a impossibilidade de cobrança de multa pelo término do contrato entre os litigantes, condicionado ao contrato com o ente público.

No entanto, prever o não pagamento por serviços já prestados está em desacordo com a prática comum das microempresas, como é qualificada a parte recorrente no julgado em análise. Qual microempresa se proporia a prestar serviços de saúde sem receber por eles, especialmente se esse for considerado um *caso guia* na jurisprudência superior do Tribunal da Cidadania?

A prevalecer a assertiva questionável de que nos contratos empresariais as partes são assistidas por advogados, qual profissional, doravante, aconselharia um cliente a firmar contrato

com tal restrição? E, pensando no aspecto externo da função social, qual o reflexo que isso poderia provocar nos contratos emergenciais coligados de prestação de serviços médicos?

Em momento algum o voto vencedor enxergou o contrato para além do interesse exclusivo das partes. Também partiu de premissa de igualdade absoluta entre os contratantes, duas pessoas jurídicas, é verdade. Mas é fato notório a denominada *pejotização* dos profissionais da saúde. Não caberia, assim, no mínimo a reflexão acerca da simetria dos contratantes?

Mais do que isso, a tese vencedora desconsiderou a vedação do enriquecimento sem causa, do Art. 884, disposição de ordem pública, sob o fundamento de que o Tribunal de origem não o reconheceu. Porém, consignou-se expressamente no voto vencido que o trabalho havia sido prestado. Nos contratos empresariais paritários e simétricos, as cláusulas violadoras da ordem pública doravante prevalecerão por força da LLE?

Enfim, parece ser paradigmático que o primeiro (e até agora) único acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre a função social depois das modificações do Código Civil tenha se apegado, mais do que à lei, ao *espírito* da Lei da Liberdade Econômica, de modo a fazer preponderar o *pacta sunt servanda*, inclusive sob a alegação de *ativismo judicial disfuncional*, ao qual a Ministra Relatora do acórdão fez expressa referência acolhedora.

Logo, se nas primeiras decisões monocráticas enxergamos a desnecessidade da Lei da Liberdade Econômica, na análise do primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça entrevemos a sua nocividade.

O *espírito liberalizante* da Lei da Liberdade Econômica parece ter guiado este primeiro acórdão em detrimento das balizas socializantes do Código Civil e da Constituição Federal. Espera-se, não obstante, que não seja este o entendimento a prevalecer na Jurisprudência pátria.

CONCLUSÃO

Esta tese analisou as modificações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019, denominada de Lei da Liberdade Econômica, nos Artigos 113 e 421, do Código Civil, atinentes, portanto, aos contratos civis e empresariais.

Avaliamos que a mencionada lei, como autodeclarado corpo normativo de Direito Econômico, deveria assegurar a defesa e a composição harmoniosa de interesses individuais e coletivos e regulamentar a atividade contratual de acordo com a política econômica definida na Ordem Jurídica Constitucional. Entretanto, concluímos que a LLE não se desincumbiu deste desiderato. Não buscou compatibilizar interesses, e sim privilegiar as preocupações da grande empresa e do grande capital; desconsiderou o Estado como agente econômico propulsor da economia e pouco agiu no aperfeiçoamento do seu papel regulador, vendo-o, declaradamente como obstáculo à política econômica; priorizou a visão microeconômica do contrato, menosprezando a sua relevância macroeconômica para os fins sociais da ideologia constitucional vigente.

Acerca da constitucionalidade da LLE concluímos pela sua origem inconstitucional. Formalmente, a Medida Provisória que a precedeu foi editada sem atender aos requisitos do Art. 62 da Constituição, quais sejam, a relevância e a urgência. Se é possível discutir o primeiro dos requisitos a inexistência do segundo é evidente. Afora isso, violou o comando do Art. 62, §1º, I, “a”, ao procurar instituir “declaração de direitos” sobre cidadania, o que é vedado.

Afastou-se, agora materialmente, de alguns dos objetivos fundamentais da Carta Magna, negligenciando o Solidarismo, a Justiça Social e a finalidade, cada vez mais imperativa, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Em nome de uma visão oitocentista do contrato, que é o instrumento fundamental de circulação de riquezas e promoção de cidadania econômica, optou por enfatizar a livre iniciativa, como se fosse ela o principal valor da ordem econômica do Art. 170, da Constituição e panaceia para todos os problemas nacionais.

Cotejando a LLE e a realidade pandêmica, que se abateu sobre o mundo poucos meses depois da sua vigência, inferimos a insuficiência de sua perspectiva reducionista do Estado. Destacamos, por exemplo, a inoportunidade da revogação pela Lei nº. 13.874/2019 da Lei Delegada nº. 4/62, que poderia ter sido utilizada para evitar a escassez de produtos essenciais durante a pandemia. O momento pandêmico evidenciou que, nas grandes crises, a intervenção estatal é fundamental na (re)organização da política econômica, como demonstrado pela

promulgação de uma série de leis federais. Dentre elas, a Lei 14.010/2020 (RJET) a qual estabelecia um regime jurídico emergencial e transitório para as relações jurídicas privadas. Mesmo ela sofreu vetos presidenciais descabidos, reforçando a postura equivocada pelo grupo político que concebeu a Lei da Liberdade Econômica.

Sob a ótica do Direito dos Contratos, em vez de abordar a complexidade contemporânea do fenômeno contratual, a LLE restringiu-se à concepção voluntarista do Código Civil de 1916, e desconsiderou a sua perspectiva atual. Para nós, esse instituto é compreendido como um negócio jurídico bi ou plurilateral, caracterizado pela complexidade e solidariedade. Suas finalidades simultâneas englobam a composição dos interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais dos contratantes e a salvaguarda de valores sociais, incluindo a livre circulação de riquezas, com o objetivo de assegurar e promover existência digna para todos, conforme preconizado pela Constituição.

Em decorrência dessa forma ultraliberal de enxergar o Estado, inclusive o Estado-Juiz, como adversário do crescimento econômico, a Lei nº. 13.874/2019 implementou alterações nos artigos do Código Civil que disciplinam a seara contratual. Criticamos as mudanças efetivadas nas seguintes normas.

A- Art. 113.

Na interpretação do negócio jurídico (Art. 113 do CC/02), destacamos a desnecessidade de alteração da norma original, que considerava a boa-fé objetiva e os usos como elementos interpretativos primordiais.

Aliado ao Art. 112, que substituiu a ênfase dada pelo CC/1916 à vontade subjetiva dos declarantes pela intenção expressa na declaração, com enfoque na confiança, o Art. 113 proporcionava ao juiz um arcabouço mais do que adequado para a tarefa interpretativa.

No entanto, em um retrocesso jurídico, desprovido de fundamentação técnica contemporânea, com o fim de submeter o juiz à vontade das partes, foram adicionados dois parágrafos.

O primeiro parágrafo introduziu cinco incisos inspirados no Código Comercial de 1870. Alguns destes revelam-se redundantes, como o II, que faz menção genérica aos usos já contemplados no *caput* da norma, e o III, que aborda a interpretação de acordo com a boa-fé, já prevista na parte inicial do artigo.

Os demais incisos também suscitam críticas: o inciso I, ao considerar o comportamento posterior das partes como revelador da vontade e ao priorizar o aspecto subjetivo em detrimento

da boa-fé, aferível não apenas após a conclusão do negócio, mas também durante e antes da contratação; o inciso IV, que positivou a regra da *interpretatio contra proferentem* ou *contra stipulatorem*, já conhecida pelos profissionais do Direito e nem sempre aplicável, dado que, frequentemente, não há uma negociação por escrito, ou quando há, os negociantes não são os responsáveis pela redação das cláusulas.

Por fim, o inciso V introduziu a questão da racionalidade econômica dos negociantes, e partiu, se interpretado dessa forma, de uma premissa que nem sempre condiz com a realidade. Isso ocorre uma vez que os contratantes não fundamentam necessariamente as suas escolhas em considerações econômicas racionais. No que diz respeito a esta norma, é crucial ressaltar que, devido à sua intenção integrativa, a racionalidade econômica das partes não deve ser interpretada conforme os parâmetros da Análise Econômica do Direito. Suas premissas axiológicas diferem da base principiológica da Constituição Federal e do Código, ao qual ela está subordinada. Sugerimos, portanto, a adoção da abordagem da economicidade proposta por Washington Peluso no âmbito do Direito Econômico, conforme por ele exposto no contexto interpretativo, como uma medida de avaliação do aspecto econômico. Essa medida leva em consideração não apenas fatores micro, mas também os macroeconômicos (por exemplo, mercado, concorrência, impactos sociais, etc.). Dessa forma, a racionalidade econômica deve ser identificada pelo intérprete na situação concreta como um resultado da autocomposição contratual declarada, dentro dos limites da boa-fé, cujos efeitos estendem-se por todos os incisos, uma vez que está fundamentada no *caput* do artigo.

Ao concluir as alterações implementadas pela Lei da Liberdade Econômica no Art. 113, consideramos igualmente dispensável a inserção do § 2º, que estabeleceu permissão para que os negociantes criem regras interpretativas e integrativas diferentes das previstas em lei. Mais uma vez, percebe-se a intenção do legislador de priorizar o voluntarismo em detrimento da ordem legal. Além de tratar-se de uma regra aplicável apenas a relações simétricas e paritárias, sendo que essa possibilidade já era admitida nesse contexto, rigorosamente deve prevalecer a inafastabilidade da intervenção do Judiciário para corrigir distorções, mesmo diante de livre negociação. Adotar entendimento contrário significaria ressuscitar a força absoluta do *pacta sunt servanda*, superada pela evolução da doutrina civilista.

B- Art. 421, *caput*.

A outra modificação promovida pela Lei nº. 13.874/2019 atingiu o Art. 421, que abre o título do Código Civil atinente aos “Contratos em Geral”.

Averiguamos ter sido correta, embora não fundamentalmente necessária, a substituição do termo *liberdade de contratar por liberdade contratual*, no *caput*, do Art. 421. O sentido que era dado ao termo pela maioria dos juristas pátrios já era relativo à liberdade de fixar o conteúdo do contrato, e não à de celebração do contrato. A ressalva que fazemos quanto ao acerto do legislador da LLE é que ele se restringe à correção do significado do termo e não da amplitude a ele conferida.

A concepção de liberdade contratual quase absoluta, com a intervenção mínima do Estado, é ultrapassada, não apenas no Brasil, mas na imensa maioria dos países da *Civil Law*. Não há liberdade absoluta: a *livre* iniciativa é condicionada pela Justiça Social e pelos outros valores fundantes que lhe fazem companhia no Art. 170, da Lei Maior; a autonomia privada e, por consequência, a liberdade contratual, são (e sempre foram em certa medida) limitadas pela ordem pública, pelos bons costumes, e pela lei, em três níveis de controle do contrato no plano da validade. Por conta disto, não faz sentido restringir a função social apenas à limitação negativa da liberdade contratual.

A segunda modificação promovida pela LLE, no Art. 421, *caput*, foi a exclusão do termo “em razão” referente à função social do contrato.

Concluimos que a supressão foi inadequada e contrária à ideia contemporânea de funcionalidade dos institutos jurídicos, que merecem proteção pelo ordenamento jurídico devido à sua utilidade.

A função social do contrato possui natureza jurídica tríplice: é um direito fundamental implícito, conectado à função social da propriedade; é uma cláusula geral e um princípio do Código de 2002, positivado e decorrente de outro não positivado, que é a socialidade.

Ela abrange dois aspectos principais. Externamente, a função social do contrato impede que terceiros interfiram negativamente nos pactos de modo a prejudicar os contratantes. Simultaneamente, considera ilícitos contratos que desrespeitem valores sociais e que atinjam direitos coletivos ou individuais relacionados à dignidade humana. Internamente, permite ao juiz analisar a posição socioeconômica das partes para identificar possíveis vulnerabilidades, o que possibilita uma interpretação *pro misero*, em virtude disso.

Logo, a liberdade contratual é exercida, de fato, não só nos limites, até porque ela é limitada por outras figuras jurídicas (licitude, ordem pública, moral social, boa-fé), mas *em razão* da função social.

A função social fornece o fundamento para a liberdade contratual e oferece-lhe proteção jurídica estatal. A liberdade contratual existe em razão da importância de uma determinada contratação no contexto social e comunitário, seja em nível nacional ou internacional. Se um

Estado democrático entender que um contrato não contribui para os objetivos socialmente por ele perseguidos, conforme estabelecido em seus princípios constitucionais, esse contrato pode ser rejeitado.

Um exemplo disso é o contrato de jogo e a aposta, nas suas diferentes modalidades e as nuances que os permissivos e impeditivos legais aplicam-lhe. O jogo entre particulares é permitido; mas *em razão* de seus efeitos serem considerados mais nocivos do que benéficos, a *dívida de jogo* não obriga a pagamento (Art. 814, CC/02). Note-se que a conta, aqui, não é eminentemente patrimonial e sim parte da consideração dos reflexos sociais que podem ser causados com a prática. Então, não se tolhe completamente a liberdade de jogar, mas não se considera haver merecimento (*meritevolezza*) para a tutela dos contratantes-jogadores.

Conseqüentemente, antes de ser tutelada pelo Direito, cada figura contratual passa por uma análise de *custo-benefício socioeconômico*, avaliando a sua adequação ou inadequação à experiência social do povo, a qual está sujeita a mudanças temporais e geográficas. Assim como o mercado não é um organismo natural, a tutela jurídica do contrato também não o é.

C- Art. 421, parágrafo único.

A visão do legislador da LLE, ao contrário da que sustentamos, é jusnaturalista e anti-estatal. Isso é evidenciado no parágrafo único adicionado ao Art. 421, que estabelece a prevalência do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Consideramos indevido e desnecessário tal acréscimo. Princípios contratuais não devem ser criados *ex nihilo*, nem por meio da imposição de um conceito ideológico em uma norma. Qualquer novo princípio contratual deve ser compatibilizado com os demais princípios relacionados à mesma figura jurídica, com os princípios gerais do Código Civil e com os princípios constitucionais pertinentes.

Não há espaço, conseqüentemente, para o denominado princípio da intervenção mínima. Este não encontra respaldo nos princípios fundantes do Código de 2002, tampouco é reconhecido majoritariamente pela doutrina civilista pátria. O que existe é o *pacta sunt servanda*, conciliado com a autonomia privada em termos contemporâneos. Cabe ao Estado-juiz intervir, não minimamente nem maximamente, mas na medida necessária, na harmonização da força obrigatória das convenções e dos demais princípios, com destaque para a função social e a boa-fé objetiva.

A intervenção mínima não deriva da livre iniciativa, pois esta não é mais relevante do que a dignidade da pessoa humana ou a justiça social, valores consagrados no Art. 170 da CF e que devem ser conjuminados.

Quanto à excepcionalidade da revisão contratual, o acréscimo é inócuo. O Código já traz as hipóteses nas quais o juiz pode intervir no contrato, uma vez que, no geral, prevalece o *pacta sunt servanda*. Demonstramos que o argumento da intervenção exagerada do Judiciário brasileiro nos contratos de Direito Civil não tem base científica e que os indicadores internacionais (como o Relatório *Doing Business*) não foram impactados negativamente pela questão do cumprimento dos contratos no Brasil. Ou seja: o argumento de ser a referência a um mero *senalizador* igualmente não se sustenta.

D- Art. 421- A.

A LLE acrescentou, ademais, o Art. 421-A, que consiste em um *caput* e três incisos.

Consideramos dispensável o *caput* dessa adição, que distingue entre os contratos civis e empresariais, presumindo relativa paridade e simetria entre eles. A interpretação tradicional dos contratos de Direito Civil e Empresarial já incorporava a presunção agora expressa por essa inclusão. Apesar de sua desnecessidade, reconhecemos a utilidade ao destacar, de forma contrária, a existência de contratos civis e empresariais que, mesmo sendo paritários, são assimétricos.

Durante nosso estudo, enfatizamos a precarização da atividade empresarial em nosso contexto, em que frequentemente encontramos pequenos empreendedores impulsionados para o ramo devido ao desemprego. Alguns desses, juntamente com pequenas empresas, participam de contratos teoricamente paritários, mas, ao mesmo tempo, claramente assimétricos.

Portanto, embora teoricamente a simetria dos contratos empresariais possa ser considerada a regra, é crucial ressaltar a relatividade dessa presunção. Propusemos, inclusive, que a função social do contrato em sua vertente interna, deva ser o remédio jurídico utilizado para restabelecer o equilíbrio material entre contratantes nestes contratos assimétricos, ainda que paritários. Isto, para os casos em que os antídotos específicos, como a lesão, a imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva sejam insuficientes.

No que diz respeito aos três incisos do Art. 421-A, além de considerarmos a sua desnecessidade, observamos a falta de técnica e a incorreção por parte do legislador da Lei nº. 13.874/2019.

O inciso I, que aborda a possibilidade de os contratantes estabelecerem parâmetros de interpretação e pressupostos de revisão e resolução do contrato, expressa uma ideia semelhante àquela presente no §2º., do Art. 113.

Da mesma forma, o inciso III, que estabelece a excepcionalidade e a limitação da revisão contratual, apresenta redundância em relação ao parágrafo único do Art. 421, também acrescido pela LLE.

Por fim, o inciso II, que trata da alocação de riscos definida pelas partes, sofre do mesmo vício ideológico original, ao conferir à vontade das partes preponderância quase absoluta na interpretação do contrato.

No entanto, tudo se resume à relativização do *pacta sunt servanda* e à compatibilização da autonomia privada com os demais princípios e valores do ordenamento jurídico nacional, conforme reafirmado em diversos momentos desta tese.

Epílogo.

Finalmente, olhamos com preocupação para a aceitação, apesar das críticas doutrinárias apresentadas neste estudo, das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica na Teoria Geral dos Contratos por parte de alguns aplicadores do Direito.

De todo modo, em uma análise ainda prejudicada pelo curto período de vigência da norma, observa-se a citação dos artigos modificados e acrescentados pelos julgados pátrios sem grandes reservas. Os argumentos de que as mudanças são inócuas ou que representam apenas indicativos para o mercado não devem diminuir a apreensão dos estudiosos do Direito Civil.

Não podemos permitir que uma lei ideológica, cuja ideologia está desconectada daquela preconizada pela Constituição Federal, proveniente de Medida Provisória com escassa discussão entre os operadores do Direito, e que contraria os princípios fundamentais do Código Civil, possa alterá-lo com tanta superficialidade (afora a questão da inconstitucionalidade).

O permissivo atual abre uma brecha perigosa, permitindo que cada governo, em seu turno, tente trilhar o mesmo caminho: modificar, sob a influência da ideologia momentânea, aquilo que deveria ser um monumento sólido, seguro e vinculado à Lei Maior do País – nosso Código Civil. Essa possibilidade coloca em risco a estabilidade e a integridade do Código, subvertendo a sua função de pilar fundamental, embora subordinado à Constituição, da ordem jurídica privada brasileira.

REFERÊNCIAS

- A REDE. 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. **Fome avança no Brasil em 2022 e atinge 33,1 milhões de pessoas.** Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/2º-inquerito-nacional-sobre-inseguranca-alimentar-no-contexto-da-pandemia-da-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto; BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo. **Teoria do Estado:** sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Direito e Justiça**, v. 13, n. 1, 1999.
- ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract.** Oxford: Oxford university press, 1979.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da Imprevisão e revisão judicial nos contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 733, nov. 1996.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 33, jan./mar. 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** (Trad.) Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001.
- BBC. **As ameaças de Bolsonaro em discursos no 7 de Setembro.** (2021). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58479785>. Acesso em: 4 ago. 2022.
- BBC. **Eleições no Chile:** Esquerdista Gabriel Boric é eleito presidente no segundo turno. (2021). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59722740>. Acesso em: 15 set. 2022).
- BENSOUSSAN, Fábio; GOUVÊA, Marcos de Freitas. **Manual de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a suprema corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 142, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Codificação e ordem econômica liberal no Brasil do século XIX: um esboço. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, abr. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, jan. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. O. Ainda Indispensável Direito Econômico. In: **Direitos Humanos, Democracia e República**. Homenagem a Fábio Konder Comparato. Maria Victória Benevides. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, jan. 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em Nossos Dias. **Revista de Direito Civil Contemporânea**. v. 9, out./dez. 2016).

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. IV. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coords.). **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. CJF. **Enunciado nº 839**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.960/2002.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres.** Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.9.2009.

BRASIL. STJ. REsp 1622555 / MG; Ministro para o acórdão: Marco Aurélio Bellizze; DJe 16/03/2017.

BRASIL. STJ: REsp 1993499 / SP Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (1150) 02/08/2022. Data da publicação/fonte . DJe 09/08/2022.

BRASIL. STJ. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22LEI+DA+LIBERDADE+ECONOMICA%22+E+CONTRATO&b=ACOR&p=true&tp=T>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. STJ. Informativo nº. 754, de outubro de 2022. Resp. 1.799.039-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Re. Ac. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por maioria, julgado em 4/10/2022, DJE 7/10/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22CONTRATOS+EMPRESARIAIS%22+E+%22LIBERDADE+ECONOMICA%22&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&p=true&tp=T>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. TJSP - Apelação Cível n. 103369096.2020.8.26.0100 - Relator Desembargador GOMES VARJÃO. Data do julgamento: 23.11.2021).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Modernidade Neoliberal. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**; v. 29, n. 84, 2014.

CANOTILHO, José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** (Trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado**. 9. ed.,v. XV. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1978.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**; v. 732, 1996, p. 38-46.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COUTINHO, Luciano. **Poder econômico**: direito, pobreza, violência, corrupção. (Org.) Tércio Ferraz Júnior, Calixto Salomão Filho e Fábio Nusdeo. Barueri: Manole, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. A equivalência material dos contratos e a revisão contratual fundada na lesão no código civil de 2002. *In*: **Introdução crítica ao código civil**. (Org.) Lucas Abreu Barroso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

D'ANGELO, Andrea. *et. al.* La buona fede ausiliaria del programma contrattuale. **Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto**. Turin: Giappichelli, 2005.

DANTAS, Santiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo. Imprevisão. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 6, p. 264 – 26, jan./mar. 2016.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça; SILVA, Jaceguara Dantas da. Os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e Função Social dos Contratos como Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais nas Relações Contratuais. **Revista Brasileira de Direito Contratual**. Porto Alegre, v. 4, p. 143-172, jul./set. 2020.

DIAS, Etéocles Brito Mendonça; SILVA, Jaceguara Dantas da. Regulação contemporânea de preços de medicamentos no Brasil - uma análise crítica. **Saúde e Debate**. Rio de Janeiro, v. 43, n. 121, abr./jun. 2019.

DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. (Org.) J. M. Othon Sidou *et.al.* 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maiana. Brasil avança em ranking sobre facilidade de fazer negócios. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-10/brasil-avanca-em-ranking-sobre-facilidade-de-fazer-negocios>. Acesso em: 4 nov. 2022.

DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses**: Um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil, 1930-1960. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 75-124.

DUGUIT, Léon. **La autonomia de la voluntad**. Buenos Aires: Pacífico, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Antônio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, out. 2014.

FISHLOW, Albert, apud MEDEIROS, Marcelo. **Os ricos e os pobres: o Brasil e a desigualdade**. Companhia das Letras, 2023. Edição do Kindle.

FIUZA, Ricardo (Coordenador). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

FRANCO, Afonso de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

G1. Tecnologia. **Elon Musk compra o Twitter: o que se sabe até agora e quais são os próximos passos**. (2022). Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/04/25/elon-musk-compra-o-twitter-o-que-se-sabe-ate-agora.ghtml>. Acesso em: 3 maio 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Contratos**. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista es Crise Econômica: Negociado Versus Legislado. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 181, set. 2017.

GIERKE, Otto Von. **La función social del derecho privado y otros estudios**. Trad. José M. Navarro de Palencia. Ediciones Olejnik, 2018.

GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale (Prismi)** (Italian Edition) . Società editrice il Mulino, Spa. Edição do Kindle.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato. Causa ou motivo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 99, p. 153-198, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67622>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra**: Coimbra, 1989; p. 423-437.

GOMES, Orlando. Atualizadores BRITO, E.; BRITO, R. P. de. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, p. 180-222, 2006.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. 2. ed. São Paulo: Matrioska, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado, Constituição. **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 96, jan. 2001.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Luiz. Competição Global. O sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** .v. 33, jan./ jun. 2014.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do código civil de 2002. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. São Paulo, n. 9, nov. 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Elaboração ou revisão de código civil, tarefa árdua. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 34-43, jan./abr. 1969.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 3, jun. 2011, DTR\2012\1967.

IBGE. **Brasil 500 Anos**. (2000). Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira.html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 145, jan. 2007.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1999.

JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado**. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=erik+jayme+e+p%C3%B3s-modernidade+direito+comparado&biw=1280&bih=625&sxsrf=ALiCzsYT-trfIhwozYc24fnvSYfQyDiMHQ%3A1654280904317&ei=yFKaYon7EuSQ1sQP1eK1mAM&ved=0ahUKEwiJ_6PN9JH4AhVkiJUCHVVxDTM4ChDh1QMIDg&uact=5&oq=erik+jayme+e+p%C3%B3s-modernidade+direito+comparado&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EAM6BwgjELADECc6BQghEKA BOgcIIXCwAhAnOgcIIRAKEKABSgQIQRgBSgQIRhgAUN8CWIwpYNUqaAFwAHgAgAHMAYgBtRWSAQYwLjE3LjGYAQCgAQHIAQHAAQE&scIent=gws-wiz. Acesso em: 3 jun. 2022.

JOSSERAND, Louis. (Trad.) Ricardo Alciati Thales. A evolução moderna do conceito de contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 17, out. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LORENZETTI, Ricardo. A Codificação no Direito Privado no Século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 114, ano 26. São Paulo: RT, nov./dez. 2017.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: Obrigações; parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO, Humberto Gomes. Os Contratos Coativos na Nova Modelagem Civil Constitucional: exemplo das contas de água e luz. **Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**, n. 1/2, jan./dez. 2010.

MARINO; Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa**. São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Liberdade Econômica: uma contradição necessária. In: **Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação**. (Org.) Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. [S.l.]. **Revista dos Tribunais**, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro: obra completa, (Coord.) Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Contratos de serviços em tempos digitais**: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia. Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.(livro digital))

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Reforma Trabalhista no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 181, p. 19- 29, set. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Econômico na Constituição de 1988. *In*: **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º. centenário da Constituição de Weimar. Fábio Nusdeo. (Coord.) *et al.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. v. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um Sistema em Construção (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito**, 1998.

MATOS, Sidney Tanaka S. Conceitos primeiros de neoliberalismo. **Mediações**, v. 13, n. 1-2, jan./jun. e jul./dez. 2008.

MERIGHI, Ronaldo Guaranha. Dos prazos decadenciais de garantia dos vícios redibitórios de difícil constatação. **Revista brasileira de direito contratual**. n. 10, jan./mar. 2022.

MERIGHI, Ronaldo Guaranha. *et al.* **Superendividamento e proteção ao consumidor**: Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA. Cláudia Lima Marques e Andréia Fernandes de Almeida Rangel (Org.) Porto Alegre: Fundação Fênix, 2022. p. 287-306.

MINATTI, Luís Gustavo. Contratos de Licença e sua Natureza Jurídica. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 11. Lisboa, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil** . Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Pontes (atualizado por Francisco Cavalcante). **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. T. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. (atualizado por Vilson Rodrigues Alves). T. XXII. Campinas: Bookseller, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2^a. parte, atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. 34. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Para o conceito de constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MORIN, Edgar. **O método 1. A Natureza da natureza**. (Trad.) Ilana Heineberg. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

NALIN, Paulo. **Contrato: Conceito Pós-Moderno, Do - Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **O pedido contraposto e o Art. 479 do Código Civil**. <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/o-pedido-contraposto-e-o-art-479-do-codigo-civil/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

NUSDEO, Fábio (Coord.) *et. al.* **A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium**. Thesis. São Paulo, ano IV, v. 8, 2º. sem. 2007.

PEREIRA, Itamar de Carvalho. **Metaverso: interação e comunicação em mundos virtuais**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: [file:///E:/doutorado/Tese/metaverso,% 20 defini%C3%A7%C3%A3o.%20 p.%2081.pdf](file:///E:/doutorado/Tese/metaverso,%20defini%C3%A7%C3%A3o.%20p.%2081.pdf). Acesso em: 3 jun. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. (Trad.) M. C. de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PITTA, Diogo. Cláusulas gerais, um passado “marrom”? **Consultor Jurídico** (dez. 2021). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-20/direito-civil-atual-clausulas-gerais-passado-marrom-parte>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da "Função Social" dos direitos proprietários. **RTDC**, v. 27, jul./set. 2006.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do código civil**, datada de 16 jan. 1975. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54252/exposicao_motivos_supervisor_reale.pdf. Acesso em: 14 jul. 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **O Sentido do novo código civil**. (2020). Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>. Acesso em: 15 jul. 2022.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. São Paulo, Revista dos tribunais, v. 752, p. 22-30, 1998.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. (Trad. Agnes Schwarzschild). London: Routledge & Kegan Paul Limited Broadway House, 1949.

RODAS, João Grandino. (Coord.) **Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da ideia de mercado**. Trad. Antônio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.

ROURA, Juan R. Cuadrado *et. al.* **Política económica: elaboración, objetivos e instrumentos**. 4. ed. Madrid: Mcgraw-Hill Education, 2010.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**; Trad. da 6. ed. italiana por P. Capitanio, atual. por P. R. Benasse. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

RULLI NETO, Antônio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Orlando Gomes, um anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do Direito. **Revista de Direito Privado**, v. 104, mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código civil comentado - doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Filipe Piazza Mariano da, *et al.* A conformação entre a ordem econômica e o direito social ao trabalho no contexto do século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 122, nov./dez. 2020.

SILVA PORTO, Fernando. As externalidades: Análise de um enfoque do pensamento de Ronald H. Coase. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, [S. l.]**, v. 6, n. 3, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7139>. Acesso em: 22 nov. 2023.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018.

SIMÃO, José F.; BELTRÃO, Sílvio R. **Direito Civil: Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão: Direito Privado**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. **RJLB**, n. 4, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0897_0911.pdf. Acesso em: 6 jul. 2022.

SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. **Comentários à Lei do Inquilinato**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Washington. Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Aspectos da contribuição de Caio Mário da Silva Pereira ao direito brasileiro. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. v. 16, n. 1, jan./jul. 2004.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **A criação do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde *et. al.* In: **Direito civil constitucional**. (Coords.) Anderson Schreiber e Nelson Konder. São Paulo: Atlas, 2016.

THE WORLD BANK. **Doing Business**. Execução de Contrato. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>. Acesso em: 4 nov. 2022.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

WOLF, Zachary B. **Musk construiu a Tesla com ajuda do governo, mas rejeita imposto a bilionários**. (2021). Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/musk-construiu-tesla-com-ajuda-do-governo-mas-rejeita-imposto-a-bilionarios/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis *et. al.* Os Direitos da Personalidade em Face da Dicotomia do Direito. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208 – 220, 2018.