

TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS: REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO FRENTE À NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

GENERAL THEORY OF LEGAL BUSINESSES AND CONTRACTS:
REFLECTIONS ON INTERPRETATION FACING THE NEW
ECONOMIC FREEDOM LAW

TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS: REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO FRENTE À NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

GENERAL THEORY OF LEGAL BUSINESSES AND CONTRACTS: REFLECTIONS
ON INTERPRETATION FACING THE NEW ECONOMIC FREEDOM LAW

LUCAS NAIF CALURI

Universidade Mackenzie de São Paulo

lucasnaifcaluri@gmail.com

Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/2486817448342414>

Orcid iD <https://orcid.org/0000-0001-8374-9735>

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES

Universidade Mackenzie de São Paulo

nagao.menezes@gmail.com

Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/4101655062938301>

Orcid iD <https://orcid.org/0000-0001-9151-5699>

RESUMO

A Lei da Liberdade Econômica trouxe significativas mudanças na teoria geral dos negócios jurídicos e teoria geral dos contratos do Código Civil brasileiro. O artigo foi realizado com supedâneo na revisão bibliográfica da doutrina e enfrentará as novidades legislativas trazidas nos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos. O estudo traçará as linhas oferecidas pelo legislador, analisando o alcance do princípio da autonomia da vontade com toda a evolução social dos contratos, especialmente confrontando com o movimento de constitucionalização do Direito Civil ocorrido nos últimos 30 anos.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos; Contratos; Lei da Liberdade Econômica.

ABSTRACT

The Economic Freedom Law brought significant changes to the general theory of legal business and the general theory of contracts in the Brazilian Civil Code. The article was produced as a substitute in the bibliographical review of the doctrine, it will face the legislative novelties brought about in the legal business and in the general theory of contracts. The study will trace the lines offered by the legislator, analyzing the scope of the principle of autonomy of will with the entire social evolution of contracts, especially when confronted with the movement of constitutionalization of Civil Law that took place in the last 30 years.

Keywords: Creditors; Legal Business; Contracts; Economic freedom.

INTRODUÇÃO

A Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019) trouxe algumas novidades no que toca aos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos, em especial em artigos de conceitos abertos tão consagrados pela doutrina e jurisprudência, tentando transmitir uma imagem para a sociedade e que o governo do Presidente Jair Bolsonaro atuaria na diminuição da burocracia legal, tão reclamada pelos empresários nacionais.

Mudanças no que tange a vontade das partes na realização de negócios jurídicos e consequentemente na confecção de contratos em geral, tais como: alteração do art. 113 do Código Civil; alteração do art. 421 e inclusão do novo art. 421-A, todos do Código Civil; aplicação irrestrita da Lei de Liberdade Econômica nos contratos e em especial nos contratos paritários.

O legislador ordinário buscou criar um novo conceito de pensamento com aplicação direta nas relações privadas, como a prevalência do princípio da autonomia privada em face da supremacia da ordem pública, buscando recuperar o viés liberal em detrimento do social, restaurando as concepções políticas jurídicas da Primeira República. O presente artigo, com fulcro na revisão bibliográfica, em especial na Lei de Liberdade Econômica, no Código Civil Brasileiro e na doutrina, apontará sobre os princípios norteadores do direito privado e suas consequências.

O questionamento que se faz é: o princípio da autonomia privada pode se sobrepor, ao princípio da supremacia da ordem pública retornando ao antigo modo de contratar, com a prevalência suprema do *pacta sunt servanda*?

1 DA EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS

A Teoria Geral dos Contratos foi adaptada aos ditames Constitucionais, especialmente após a Constituição Federal de 1988, adotando princípios de ordem social e econômica, centrada na pessoa humana. O viés patrimonialista da codificação civil passada (Código Civil de 1916) foi aprimorado com o Código Civil de 2002, com as adaptações da Constituição Federal de 1988. Deixou-se de lado o indivíduo para se pensar no coletivo (princípio da sociabilidade). Houve toda uma evolução social nos contratos.

Acerca da Constitucionalização do Direito Privado, e tecendo as comparações entre o Código de 1916, que era patriarcal e centralizado no indivíduo, conforme já adiantado, ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 91):

O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o “ter”, e não com o “ser”. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, **o que é pior, imagina que as partes de um contrato são iguais**. Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade, e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.

Na mesma linha evolutiva do direito civil, leciona Paulo Lobo (2012, p. 56):

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende que afaste qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A CF consagra o Estado social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados ao modelo liberal do século XIX.

Porém, com a entrada em vigor da Lei 13.874, de 2019, denominada Lei da Liberdade Econômica¹, que foi oriunda da

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 11 set. 2020.

MP 881, tentou-se uma mudança de paradigma no que tange a Teoria Geral dos Contratos, na Constitucionalização do Direito Privado, em especial nas mudanças dos art. 113, 421 e 421-A do Código Civil².

É sabido que os citados artigos 113 e 421 eram artigos de conceituação aberta, com boa margem de subjetivismo, dando conjuntura ao julgador, quando analisava um caso concreto, de averiguar o intento das partes, artigos que sempre foram muito bem aceitos pelos doutrinadores por conta do viés mais social e constitucional do direito civil.

Quanto a natureza aberta das normas e dos princípios, aponta Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2019, p. 506):

O sistema jurídico cada vez mais é enxergado, no século XXI, como um sistema aberto de princípios normativos. Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico através dos princípios, que por sua vez carecem de concretização mediadora.

Essa abertura conceitual, no entanto, não impede tais dispositivos de serem considerados como “artigos-chave” para interpretação dos negócios jurídicos. Miguel Reale, a propósito, observou essa singularidade assinalando que tais disposições representam normas fundantes que dão sentido às demais, afirmando, expressamente, que “*nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequências como o art. 113*” (Apud Gonçalves, 2010, p. 65).

Comentando sobre a interpretação dos negócios jurídicos, antes das mudanças da Lei de Liberdade Econômica, Arnold Wald (2009, p.244):

Os princípios gerais da interpretação da lei são aplicáveis aos negócios jurídicos, havendo, todavia, normas próprias de hermenêutica, cuja existência se aplica pelo caráter concreto e pela finalidade distinta da manifestação de vontade dos particulares, nos negócios jurídicos e de modo específico nos contratos. Os processos e as técnicas de fixação do sentido da lei, como os processos literal, histórico, sociológico, sistemático e lógico, são utilizados, além de outros, na interpretação contratual, em que também se atende à finalidade econômica da operação, à boa-fé presumida e ao comportamento passado das partes, ao conteúdo real do ato, independentemente da terminologia utilizada, às circunstâncias peculiares do caso, aos usos sociais e locais e à equidade. Os Códigos mais modernos não dedicam um grande número de artigos a essa matéria, não obstante a complexidade crescente dos contratos decorrentes do desenvolvimento da técnica moderna, preferindo deixar os juízes decidirem os conflitos que vierem a surgir em cada caso, de acordo com os princípios gerais.

A respeito de uma possível tentativa de mudança na análise da teoria geral dos contratos, em razão das mudanças trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, comenta Flavio Tartuete (2020, p.555):

Conforme será exposto, há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, eis que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado. De todo modo, não se pode negar que a recente Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), especialmente o texto original da MP 881, procurou tentar resgatar esse antigo modelo.

A fim de analisar detidamente o quanto aqui lançado, imperiosa a leitura e a análise atenta dos dispositivos ora citados.

2 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

2 DAS TENTATIVAS DE MUDANÇA DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

O art. 113, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei de Liberdade Econômica, acrescenta dois parágrafos da sua antiga redação, como se observa pela nova redação calcada na Lei 13.874/2019³.

Assim, o caput do art. 113 prescreveu a redação antiga do Código Civil, antes da Lei de Liberdade Econômica, que incluiu os parágrafos §1º e §2º. Desse modo, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

A redação do caput do artigo entra em consonância com o Enunciado 409 da V Jornada de Direito Civil⁴ que preceitua que se devem incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

Interessante à redação do inciso IV, do §1º do art. 113 do Código Civil, que dispõe a respeito da interpretação dos negócios jurídicos, que deve ser mais benéfica a parte que não redigiu eventual avença, deixando assente uma velha máxima jurídica, qual seja, a interpretação favorável àquele que não redigiu o contrato (*interpretatio contra proferentem*), norma que sempre foi aplicada aos contratos de adesão. De acordo com mudança e a inclusão dos parágrafos e incisos do art. 113 do Código Civil, haverá a aplicação da interpretação favorável àquele que não redigiu também nos contratos paritários, isto é, a norma em comento deixa assente o seu intento nesse sentido.

Quanto ao §2º do art. 113, a intenção legislativa é latente quanto a prevalência do princípio da autonomia da vontade das partes, eis que autoriza a criação e a validade de normas realizadas pelos próprios particulares em detrimento de outras leis contrárias ao objetivo pactuado.

É preciso ter em mente que a Lei de Liberdade Econômica — como o próprio nome sugere — tem a finalidade de cancelar o pactuado em prejuízo do legislado, com a mesma diretriz imposta pela Reforma da CLT, a título de exemplo, quanto à prevalência do negociado em detrimento do legislado (art. 611-A da CLT incluído pela Reforma da CLT — Lei 13.467 de 2017).

A dúvida que fica é: qual o limite dessa liberdade? O juiz, analisando eventual litígio entre as partes, estaria impedido de analisar a pactuação nos moldes do §2º, do art. 113 do Código Civil?

Comentando sobre a inclusão do §2º do Código Civil e a inafastabilidade do Poder Judiciário quanto a análise dos contratos, elucida Flávio Tartuce (2020, p. 222):

Com o devido respeito, a norma é inócua em muitas situações, pois as partes de um negócio jurídico podem sim pactuar a respeito dessas questões, mas isso não afasta a eventual intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou em havendo a tão citada lesão a norma de ordem pública.

Passando-se as novas mudanças colacionadas pela Lei da Liberdade Econômica, outras novidades dignas de reflexões são as novas diretrizes e disposições elencadas nos contratos, a exemplo dos artigos 421; 421-A do Código Civil.

Dispõe o artigo 421 do Código Civil que: a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

O parágrafo único do citado artigo é enfadonho, reflete um retrocesso a ordem jurídica e social dos contratos, tanto

3 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.

4 JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

quanto a evolução dos direitos e de toda a teoria contratual embasada na dignidade da pessoa humana, que foi construída durante anos no Poder Judiciário.

O princípio da autonomia da vontade das partes nunca foi um princípio absoluto no direito. O *pacta sunt servanda*, deve respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. O liberalismo nunca foi absoluto no Direito Contratual, sempre esbarrou nos limites da Ordem Social do Direito.

Com efeito, observando a evolução e o enquadramento constitucional da matéria, Fiúza afirma que “a hermenêutica contratual deverá ter como base os valores consagrados na Constituição Federal, alicerce de nosso ordenamento jurídico” (2015, p. 607).

Comentando sobre o tema, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 406):

Como já diziam os antigos, em conhecido ditado: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratante não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

Quanto ao que foi aqui exposto e considerando a inovação legal prevendo o princípio da intervenção mínima, (que nunca existiu ou foi defendido entre os estudiosos), bem como a excepcionalidade da revisão contratual, vê-se muitos institutos contrários ao que determina a Carta Magna, como o artigo 5º, inciso XXXV⁵, que garante como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição. A mudança do citado artigo, caso não seja tomada como mero vetor ao intérprete, flerta com a inconstitucionalidade de ordem material.

Isso porque a legislação infraconstitucional não poderia impor uma barreira dessa natureza a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

O máximo que se poderia dizer, no entanto, é que o legislador andou por fixar balizas hermenêuticas ao aplicador do direito tal como uma recomendação para intervir o mínimo possível nas relações contratuais e, quando necessário, promova a revisão que seja estritamente necessária para a preservação da segurança jurídica.

Igualmente, a previsão no art. 421, parágrafo único, de um princípio de intervenção mínima e de excepcionalidade de revisão contratual, vai contra a toda evolução social do Direito, deixando evidente o retrocesso social da norma criada pela Lei de Liberdade Econômica.

Ora, poderia a lei excepcionalizar a revisão contratual, mediante uma Lei Ordinária posterior (Lei 13.874 de 2019), considerando a previsão constitucional do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, da CF? Na mesma linha de raciocínio, poderia a Lei da Liberdade Econômica prever e definir que no direito contratual o Estado interferirá minimamente? O raciocínio legislativo não é contrário a toda evolução social do Direito, em especial dos direitos fundamentais e evolução contratual?

A mudança do artigo 421 do Código Civil também é contrária ao tão elogiado e aclamado Enunciado 23 CJF/STJ:

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, 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.

É clara a tentativa de mudança proposta pela Lei da Liberdade Econômica com a inclusão do parágrafo único do art. 421 do Código Civil.

A inclusão de um novo princípio de intervenção mínima, conforme já adiantado, é desconhecida por todos os civilistas. Comentando sobre o tema Anderson Schreiber (2019, p. 245-246, apud TARTUCE, 2020, p. 559):

A MP n. 881/19 também introduziu no art. 421 um parágrafo único, que estabelece a prevalência de um assim chamado 'princípio da intervenção mínima do Estado' e reserva caráter 'excepcional' à revisão contratual 'determinada de forma externa às partes'. Mais uma vez, o equívoco salta aos olhos. Não existe um 'princípio da intervenção mínima do Estado'; a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à referida medida provisória. A MP n. 881/19 parece ter se deixado se levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade. No que tange à revisão contratual, também parece ter incorrido a medida provisória nessa falsa dicotomia entre atuação do Estado-juiz e liberdade de contratar, quando, ao contrário, a revisão contratual privilegia o exercício dessa liberdade ao preservar a relação contratual estabelecida livremente entre as partes, ao contrário do que ocorre com a resolução contratual, remédio a que já tem direito todo contratante nas mesmas situações em que a revisão é cabível (v. comentários ao art. 478). Se a intenção da MP foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são expressamente delimitadas no próprio Código Civil. O novo parágrafo único, acrescentado pela MP, tampouco indica parâmetros, critérios ou limites à revisão contratual, o que leva a crer, mais uma vez, que a alteração não produzirá qualquer efeito relevante no modo como a revisão contratual é aplicada na prática jurisprudencial brasileira – aplicação que, de resto, já se dá com bastante cautela e parcimônia, sem interferências inusitadas no conteúdo contratual".¹

Assim, a questão central da presente reflexão é: É válida a criação de um novo princípio, até então desconhecido por todos os estudiosos de Direito Civil, embutido na Codificação Privada, através da redação do atual artigo 421 do Código Civil?

O texto da MP estabelecia, ignorando a necessidade desses reparos, que "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 redação procurava reduzir, ainda mais a abrangência da função social do contrato, limitando-a ao conteúdo do art. 3º da norma, que trata da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o que, por bem, acabou não prosperando.⁶

Já o parágrafo único do art. 421, desde o texto original da medida provisória, definiu que a revisão contratual regida pelo Código Civil é excepcional. O novo entendimento aqui lançado vai de encontro a dois artigos de extrema funcionalidade no mundo jurídico, que são os art. 317 e 478 que prescrevem a teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva.⁷

Comentando sobre o tema, isto é, da possibilidade de revisão contratual, ensina Fabrício Zamproga Matiello (2013, p. 316):

A resolução por onerosidade excessiva consiste na possibilidade de rompimento do contrato quando as circunstâncias que presidem o momento da execução são tão diferentes daquelas existentes ao tempo da celebração que provocam benefício desmedido e imotivado para uma das partes e onerosidade descabida para outra, resultado da incidência de fatores externos e objetivos que se revelam extraordinários e imprevisíveis. Funda-se a solução

6 Texto da MP 881 de 2019: 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.

7 A Lei 10.406, de 10.01.2002, destaca em seus artigos 317 e 478, "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". "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".

legal não apenas em elementos jurídicos propriamente ditos, mas também noutros de caráter moral e ético, pois não se afigura justo nem razoável exigir de alguém que se sacrifique muito além do que normalmente resultaria da contratação firmada, carregando à parte contrária vantagem financeira igualmente inadmissível.

O parágrafo único do art. 421, de acordo com a sua nova roupagem vai de encontro aos art. 317 e 478 do próprio Código Civil, tendo em vista a previsão legal da excepcionalidade de revisão contratual, ou seja, a nova redação do parágrafo único do art. 421 dá força ao princípio da autonomia da vontade das partes, voltando-se ao antigo modelo patrimonial do Código de 1916, abandonando-se toda a construção social dos direitos e evolução contratual da Codificação Privada.

Até a presente data desse estudo, vivenciamos uma pandemia calamitosa do Covid-19, que repercutiu no mundo jurídico, em especial nos negócios e contratos firmados antes da pandemia, com efeitos presentes e futuros, a exemplo dos contratos de trato sucessivo, como locações. Pela simples leitura do parágrafo único do art. 421, verifica-se que o princípio da excepcionalidade de revisão contratual não tem aplicabilidade prática, o que novamente coloca em dúvida o seu teor, considerando toda a reflexão aqui lançada, principalmente toda a evolução do direito contratual e outros dispositivos do próprio Código Civil.

De mais a mais, outra novidade da Lei da Liberdade Econômica que merece destaque, é o novo artigo 421-A do Código Civil, que assim dispõe: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Primeiro ponto de observação é que o Código Civil de 2002 unificou o tratamento dos contratos civis e empresariais, logo, não se justifica diferenciar quanto as normas jurídicas incidentes na atual realidade jurídica, isto é, no que concerne aos contratos empresariais em que as partes figuram como empresários, aplicável a teoria geral dos contratos.

Agora temos de forma inequívoca a intenção do legislador de uma menor intervenção nos contratos paritários civis ou empresariais. Para Tartucci (2019, p. 222) "a nova *lei da liberdade econômica* não traz qualquer impacto para os contratos de consumo, sendo dirigida aos contratos civis em geral, não submetidos ao CDC".

O principal âmbito de aplicação da nova redação diz respeito *aos contratos paritários*. De acordo com a definição de contrato de adesão e tecendo alguns comentários do contrato paritário, ensina Washington de Barros Monteiro (2007, p. 34):

No tipo tradicional de contrato, as partes discutem ampla e livremente suas cláusulas, aceitando-as ou não. Existe, porém, outra categoria contratual, em que não ocorre tal liberdade, devido à preponderância de um dos contratantes, que, por assim dizer, impõe ao outro a sua vontade. Compreendem essa categoria os chamados contratos de adesão.

Pretende o legislador, com o novo art. 421-A, dar segurança jurídica ao que foi acordado entre as partes, isto é, tenta-se afastar, a todo custo, a revisão contratual ou litígios futuros, dando-se poder ao princípio da autonomia da vontade das partes.

Quanto ao inciso I do art. 421-A, é possível concluir a intenção legislativa de declinar um critério mais objetivo na apreciação dos negócios jurídicos/contratos, uma vez que a Lei de Liberdade Econômica adota claramente esse intuito objetivo de averiguação e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Aliás, a norma em comento, conversa com o enunciado 23 da *I Jornada de Direito Comercial*⁸: "em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão

8 JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/> Acesso em: 11 set. 2020.

e/ou resolução do pacto contratual”.

Corroborando o quanto aqui alegado, é possível verificar esse parâmetro objetivo proposto Lei de Liberdade Econômica, com a mudança na desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão do §2º, do art. 50 do Código Civil, que define, objetivamente, o que será considerado, no caso prático, hipóteses de confusão patrimonial.⁹

No mesmo sentido, o art. 421-A, inc. II, do CC/02, promove a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada. Já o inc. III do art. 421-A reprodução o parágrafo único do art. 421 “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Assim, a Lei de Liberdade Econômica inovou, e muito, nas relações privadas. Podemos observas as mudanças, conforme o quadro comparativo abaixo, que traz a antiga redação do Código Civil, a redação da MP 881 e a atual redação imposta pela Lei da Liberdade Econômica.

Quadro 1 - quadro comparativo da redação do artigo 421 Código Civil (Lei 10.406/2002), a MP 881, e, por último, a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19).

Art. 421 do CC. Redação original.	Art. 421 do CC. Redação com a MP 881.	Art. 421 do CC. Redação após a lei 13.874/19.
A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	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. 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.	A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Fonte: Elaboração dos próprios autores, (2020).

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No âmbito da extensão que esta publicação requer, desenvolveremos este tema sempre atual. Na doutrina europeia, o que ficou conhecido como “*Direito Constitucional Privado*”(Rivera, 1994, p. 27) vem se desenvolvendo há décadas, influenciado pelos processos de reforma constitucional do pós-guerra em países como Itália, Alemanha, França e posteriormente Espanha, que desejaram ver suas constituições com uma face legal (infraconstitucional), antes omitida por ser, em maior ou menor grau, sujeitos ao mundo da política e não do direito positivo. Daí a integração em suas constituições de matérias de direito privado, como ocorre com os Direitos da Personalidade e também no Direito Contratual.

A constitucionalização do direito privado é entendida, em certo setor da doutrina estrangeira, como a elevação

9 A Lei 10.406, de 10.01.2002, aponta em seu art. 50, que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”

à categoria constitucional dos princípios e normas básicas daquele ramo jurídico. Concebido de forma mais prática como a aplicação dos princípios constitucionais nas normas de direito privado. A constitucionalização tem características semelhantes nos diferentes países, inclusive os latino-americanos: a) é um fenômeno ao mesmo tempo jurídico e político, pois toda Constituição, por sua própria natureza, remonta essa característica e tende a transmiti-la às normas a ela relacionadas as regras básicas, particularmente no caso de constituições rígidas, uma vez que a própria natureza do fenômeno não se presta a entrar em detalhes; b) tem um pano de fundo garantidor quanto à linha de desenvolvimento da legislação ordinária; c) o fenômeno da constitucionalização, por sua própria natureza, pressupõe a formulação de uma Constituição escrita e construída como criadora de direitos.

O Direito Privado passar por mudanças que o sintonizam com o Direito Constitucional. As mudanças ocorreram em duas grandes áreas, por um lado, nos novos desenvolvimentos legislativos nas diferentes matérias, no que se pode denominar de constitucionalização legislativa de direito privado e; pela interpretação necessária para realizar os textos jurídicos contidos nos códigos vigentes, sendo o que denominamos de constitucionalização judicial do direito privado.

Esse processo de adaptação é o que se denominada, em termos gerais, como a constitucionalização do direito privado. A necessidade de renovação e atualização da legislação civil e comercial fundamenta-se na necessidade de o Direito acompanhar as transformações sociais e não apenas se sustentar nos códigos do século XIX.

Vêm ao caso duas reflexões reproduzidas pelo jurista espanhol Luís LEGAZ Y LACAMBRA (1953, p. 77):

*“Hay que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, es preferible que imite al derecho civil a que pierda todo el carácter jurídico y caiga a nivel de literatura política de periódico”. Parecía repetir la sentencia de Cicerón pronunciada siglos atrás cuando señalaba: “Es pues, necesario que lleguéis al convencimiento profundo de que nada debe ser defendido en las Civitas con tanta atención como la estabilidad del *Ius Civile*”*

Desde o atual texto constitucional brasileiro de 1988, um novo sistema de fontes de direito se configurou. Os Tratados Internacionais de categoria constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal), são fontes que compõem, com sua entidade supranacional no ordenamento jurídico brasileiro, uma modificação da ordem jurídica em geral. Estamos presentes, desta forma, perante o fenômeno da “Constitucionalização do Direito Privado”, razão pela qual a legislação ordinária deve partir deste “sistema” de interpretação e aplicação do direito.

Este processo de constitucionalização, mais fortemente enraizado nos países latino-americanos desde o início dos anos 90 do século passado, coexiste em um cenário caracterizado pelo surgimento de um espaço econômico supranacional em um mundo de mercados integrados, bem como pela internacionalização dos direitos humanos, ocorrido com o fim da Guerra Fria, no que os países em geral concordam em modificar sua própria legislação interna, salvaguardando tais direitos e submetendo-se à jurisdição internacional.

Em consequência disso, as questões submetidas à legislação de direito privado devem ser resolvidas de acordo com as leis que regulamentam a matéria em questão e, interpretando-as de acordo com a Constituição Federal e os tratados ratificados pelo Brasil.

Um dos principais efeitos desta “Constitucionalização do direito privado” é que embora não exista dispositivo legal que regule o direito reconhecido pela Constituição, o direito é operativo, exigindo proteção judicial para que ocorra a sua aplicação, distinguindo a eficácia que as normas civis constitucionais podem produzir sobre o ordenamento jurídico civil, de forma direta, revogante, invalidante, interpretativa e informativa ou diretiva (BORETO, 2015).

CONCLUSÃO

Conforme analisado, a Lei de Liberdade Econômica procura valorizar a autonomia privada em detrimento de outros princípios, tais como: princípio da função social do contrato; princípio da inafastabilidade da jurisdição; obediência a normas de ordem pública, inclusive quando a Lei de Liberdade Econômica dá carta branca para a interpretação e criação de novas normas, em prejuízo das já existentes (vide art. 113, §2º do Código Civil).

Vimos que o Código de Direito Civil evoluiu, tendo um viés mais social (princípio da sociabilidade), com prevalência do bem comum, deixando de lado o viés liberal do século XIX e XX. O ramo contratual passou a prever diversos princípios coletivos, todos com amparo na Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Desse modo, torna-se delicado afirmar que a autonomia privada, isto é, a força obrigatória dos contratos e a nova intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Mais delicado ainda é ignorar toda a evolução do Direito Civil, com os novos parâmetros Constitucionais das relações privadas. Voltar com o modelo antigo, é retroceder com as conquistas sociais obtidas com a atual Constituição Federal.

Assim, deve o intérprete ter cautela quanto a aplicação irrestrita das novas modificações, ponderando toda a evolução do direito contratual uma vez que o princípio da autonomia da vontade das partes deve respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. A mudança mais sensível imposta pela Lei de Liberdade Econômica diz respeito ao princípio da intervenção mínima nos contratos pelo Estado, ou seja, impõe como princípio a não intervenção Estatal nas relações privadas. A mudança é temerária, considerando todos os percalços das relações privadas. Imagine a não interferência, no contexto da pandemia de Covid-19? Prever um princípio de não intervenção é ignorar a Constituição Federal e todos os direitos fundamentais, inclusive o direito de discutir junto ao Judiciário eventuais abusos cometidos.

O viés liberal e patrimonial do Código Civil perdeu espaço com o tempo, encontrando limites na Constituição Federal, e com o advento do Código Civil de 2002.

Abusos contratuais são comuns no Brasil - sobretudo no momento de pandemia, época em que se redigiu esse estudo -, sendo imperiosa a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, a fim de averiguar eventuais abusos de direito, a assegurar a igualdade contratual.

Destarte, a previsão de excepcionalidade de revisão contratual e a previsão de intervenção estatal mínima tornam-se inoperantes, considerando toda a evolução história dos contratos, esbarrando a sua aplicação, igualmente, nos princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV e na função social do contrato, previsto no art. 5º XXIII, extensível ao direito de contratar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORETTO, Mauricio La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino. Revista Eletrônica de Direito Civil, vol. 4. n. 2, 2015. Disponível em <http://civilistica.com/?s=La+relaci%C3%B3n+entre+la+Constituci%C3%B3n+y+el+Derecho+Privado>. Acesso em 08/10/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Institui sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 11 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil Volume Único. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1953.

LOBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações 2. Parte*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIVERA, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 4, pp. 27-52, 1994.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (Lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 11 maio 2020.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil. Introdução e Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOBRE OS AUTORES:

Lucas Naif Caluri

Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Professor da PUC-Campinas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Campinas - UNISAL. Professor da FACAMP (Faculdades de Campinas).

Daniel Francisco Nagao Menezes

Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Colaborador da Maestría em Economía Social da Universidad Autónoma de Guerrero (Acapulco, México). Membro do CIRIEC-Brasil.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA