

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPACTOS NO REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE DIREITO COMUM

Maurício Bunazar*

Resumo: O artigo tem por objetivo abordar as alterações que a chamada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica acarretou no regime jurídico do contrato de direito comum. O artigo analisa a própria noção de *contrato de direito comum* a fim de averiguar a adequação dogmática da distinção entre contratos de direito civil e contratos empresariais. Embora a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica tenha alterado significativamente o direito positivo brasileiro, o artigo se volta fundamentalmente às alterações sofridas pelo Código Civil em dispositivos que compõem o regime jurídico contratual. O artigo, finalmente, procura descrever como a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica alterou a relação entre autonomia privada, regime jurídico dos contratos e ordem pública.

Palavras-Chave: Contratos. Liberdade Contratual. Liberdade Econômica. MP 881. Autonomia Privada.

Sumário: I – Autonomia privada e negócio jurídico; II – Qualificação do contrato de direito comum; III – A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e o regime jurídico dos contratos de direito comum; IV – Conclusão.

I. AUTONOMIA PRIVADA E NEGÓCIO JURÍDICO

* Mestre, Doutor e Pós-doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco- Universidade de São Paulo. Professor na Faculdade de Direito Dâmasio de Jesus. Professor na Faculdade de Direito do IBMEC-SP.



agir humano livre é pressuposto da existência de regulações comportamentais heterônomas¹. Contudo, o caráter axiomático da liberdade para o direito não dispensa a sua abordagem, pois seu conceito, abrangendo-se aí sua extensão e formas de manifestação, é, para além de filosófico, problema que interessa de perto à ciência do direito.

A noção do que seja liberdade não foi única ao longo da história, o que sempre fez depender sua elaboração conceitual de alguma reflexão sobre o “espírito do tempo” (*Zeitgeist*) do momento considerado.

Pese a enorme variedade de noções acerca da liberdade, há algo de constante, ou mesmo de essencial a todas elas: a possibilidade de escolha.

É a possibilidade de escolher que define se alguém é livre ou não, e é ela que permite julgar moralmente um ato como bom ou mau². A existência, ainda que pressuposta da liberdade de escolha, é inequivocamente fundamento do direito.

Quando se está a considerar o poder do agente de se autodeterminar, as regras do direito positivo pressupõem a liberdade em maior extensão. Não basta à autodeterminação a ausência de pressões externas, como condicionamentos físicos ou psicológicos³. Além disso, é fundamental que o agente detenha racionalidade em grau suficiente para que seja eticamente aceitável mantê-lo vinculado às suas decisões, mormente quando delas possam derivar consequências prejudiciais a si.

Embora a autodeterminação perpasses todos os aspectos

¹ O que permite ao jurista pôr entre parênteses a questão da existência efetiva da liberdade.

² Confira-se, por exemplo, SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre arbítrio*. Tradução e introdução Paula Oliveira e Silva. Edição bilíngue. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2001.

³ Uma das acepções da palavra liberdade. Confira-se: COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

da vida do indivíduo, transcendendo, pois, ao direito, imbrica-se fundamentalmente com ele e nele encontra as limitações que, paradoxalmente, são as condições de sua possibilidade⁴.

Quando analisada sob a ótica do direito, a autodeterminação é chamada de autonomia privada e constitui-se no fundamento maior de todo o direito privado⁵.

O conceito de autonomia privada, assim, é obtido por derivação do conceito, bastante mais amplo, de liberdade. É do que se entende por liberdade que acaba por derivar o que se entende por autonomia privada, algo que pode ser tido como a causa de certo subjetivismo que se nota das abordagens doutrinárias do tema.

A autonomia privada, contudo, embora pressuponha a liberdade, com ela não se confunde. Isso porque, enquanto a liberdade é algo transcendente ao direito, a autonomia privada é um poder tipicamente jurídico⁶.

Segundo Luigi Ferri:

A autonomia privada não é expressão de uma mera liceidade ou faculdade, mas manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro de limites postos pela lei, normas jurídicas.⁷

⁴ “Se há algo, pois, de essencial à experiência jurídica não é a *particularidade* de um fim próprio, mas antes o ineliminável objetivo da realização ordenada de todos os fins que os homens possam se propor, segundo esse valor comum de infra-estrutura que é a justiça”. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. fac. sim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

⁵ Segundo Werner Flume, “Chama-se autonomia privada ao princípio de autoconfiguração das relações jurídicas pelos particulares conforme a sua vontade. A autonomia privada é uma parte do princípio geral de autodeterminação das pessoas”. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Tradução José María Miguel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

⁶ Neste sentido, Luigi Ferri ensina que o conceito de autonomia privada somente pode ser aceito e utilizado se for formulado em termos jurídicos precisos, bem como que a liberdade natural ou moral de querer ou de determinar-se de um modo ou de outro é um dado da realidade que constitui apenas um pressuposto da fenomenologia jurídica. FERRI, Luigi. *L’ autonomia privata*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 3-4.

⁷ “*L’ autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche*” (*Ibid.*, p. 5).

Destarte, a autonomia privada pode ser conceituada como poder do agente de criar normas jurídicas, sendo, pois, fonte do direito⁸. O principal instrumento do exercício da autonomia privada é o negócio jurídico⁹, havendo, ainda, quem identifique as expressões *autonomia privada* e *autonomia negocial*¹⁰.

Este poder do agente de inovar a ordem jurídica é regulado e, conseqüentemente, limitado por normas jurídicas de competência¹¹.

As normas jurídicas de competência são as que disciplinam o exercício do poder de criar normas jurídicas¹², determinando, entre outros aspectos, a quem cabe este poder e, principalmente, os limites a que está submetido.

Da violação das normas jurídicas de competência decorre uma sanção típica, qual seja a invalidade do preceito normativo¹³.

A invalidade do ato jurídico preceptivo pode, portanto, ser considerada a consequência do exercício irregular da

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1974, p. 355. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 214.

⁹ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 55.

¹⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13.

¹¹ A classificação das normas jurídicas em normas de conduta e de competência é central neste estudo, pois, como se demonstrará, defende-se que as normas sobre a validade/invalidade do negócio jurídico, designadamente o artigo 104 do Código Civil, são normas de competência. Sobre o tema, ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 57; e, também, HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37-38.

¹² Como ensina Ascensão, “A produção normativa faz-se sempre com base em regras sobre o processo de produção jurídica que compõem, elas próprias, o ordenamento. Portanto, todo o fato normativo- a fonte, no sentido de modo de formação-pressupõe a aplicação de uma regra sobre a produção jurídica”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47-48.

¹³ Neste sentido, FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77-87.

autonomia privada, é dizer, do exercício da autonomia privada em desconformidade com alguma regra de competência.

Se a autonomia privada foi exercida em conformidade com as normas de competência, seu produto – a norma jurídica – é válido e potencialmente eficaz.

Pode ocorrer, no entanto, que, após a criação da norma jurídica, sobrevenha acontecimento que interfira em sua eficácia. Quando essa interferência alcança certo grau de intensidade, o direito positivo costuma dispor de regras voltadas à sua correção.

Essa distinção entre os momentos contemporâneo e posterior à formação do ato preceptivo – designadamente quando se trata de negócio jurídico contratual – é identificado pela doutrina com as expressões sinalagma genético e sinalagma funcional, respectivamente¹⁴.

Se é verdade que as regras impositivas da sanção de invalidade – referentes ao sinalagma genético – se mantiveram em relativa uniformidade desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, as regras regentes do sinalagma funcional sofreram alterações mais intensas, primeiro com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e, agora, com a chamada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, cuja origem foi a Medida Provisória nº 881/2019.

II. QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DIREITO COMUM

A qualificação dos contratos de direito privado faz-se a partir do regime jurídico a que eles se subordinam.

Há, assim, contratos de direito comum, contratos de consumo, contratos agrários, contratos de trabalho, entre outros.

O contrato de direito comum – cujo regime jurídico é

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. rev., atual. e aum. de acordo como o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 516-520.

fornecido fundamentalmente pelo Código Civil, norma que se aplica subsidiariamente a todos os demais contratos – caracteriza-se por ser aquele em que há maior espaço para atuação da autonomia privada.

Isso significa que qualquer limitação à autonomia privada decorrente do regime jurídico de direito comum, bem como suas regras de correção de desequilíbrio no sinalagma funcional, tendencialmente aplicar-se-ão aos outros contratos de direito privado, ainda que não haja previsão expressa neste sentido.

Mas o que se entende por contrato de direito comum?

Em primeira aproximação, pode-se afirmar que é contrato de direito comum todo aquele disciplinado exclusivamente pelo Código Civil. No entanto, como há tempos fez notar a doutrina¹⁵, há pelo menos dois regimes jurídicos distintos aos quais se pode subordinar um contrato de direito comum.

Com efeito, o contrato pode ser paritário ou por adesão; sendo por adesão, estará submetido ao regime jurídico dos artigos 423 e 424 do Código Civil.

Mesmo após a unificação legislativa do direito das obrigações, há, ainda, quem reconheça a existência do chamado contrato empresarial – qual seja o celebrado entre empresários –, o qual contaria com regramento próprio¹⁶; há, não obstante, autores que, desde a unificação do direito das obrigações, negam a existência de um regime jurídico próprio do contrato empresarial¹⁷.

A resposta à questão da existência ou não de um regime jurídico geral próprio dos contratos empresariais exige que se parta da distinção fundamental entre contratos de organização da

¹⁵ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

¹⁶ FORGIONI, Paula Andréa. *Contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Ainda que se admita a existência do contrato empresarial, ele também se submete à incidência dos artigos 423 e 424 do Código Civil.

¹⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 253 et seq.

empresa e contratos celebrados entre empresários.

O contrato para a constituição de sociedade empresária pode ser considerado contrato empresarial, haja vista contar com regime jurídico próprio; resta, pois, a dúvida sobre se existe um regime jurídico geral que justifique qualificar como empresariais certos contratos de escambo¹⁸ pelo só fato de serem celebrados entre empresários.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, desapareceu a dualidade de regimes jurídicos entre contratos [de escambo] civis e empresariais e, conseqüentemente, o fundamento da existência de qualificações distintas¹⁹.

No entanto, a entrada em vigor da chamada Declaração de Direitos da Liberdade Econômica positivou preceitos que, ao fazerem menção à expressão *contratos interempresariais*, impõem nova reflexão sobre a questão.

III. A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA E O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE DIREITO COMUM

A entrada em vigor da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica- para além de outras alterações do direito positivo- implicou alteração de inúmeros dispositivos do Código Civil, muitos deles relativos aos contratos.

As alterações impostas pela Declaração de Direitos da Liberdade Econômica aos contratos de direito comum autorizam que se reconheça a existência de um novo regime jurídico contratual, sensivelmente diverso do que até então vigorava.

A primeira alteração digna de nota é a que sofreu o artigo 113 do Código Civil, o qual, por dizer respeito ao gênero

¹⁸ ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: _____. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

¹⁹ Realmente, se a um contrato dito empresarial se aplicam exatamente as mesmas regras aplicáveis a um contrato dito civil, a distinção é, no mínimo, sem efeitos práticos.

negócio jurídico, indisputavelmente se aplica aos contratos²⁰.

Ao *caput* do artigo 113 – que se manteve inalterado –, foram incluídos dois parágrafos e, no primeiro deles, cinco incisos²¹.

As disposições constantes do primeiro parágrafo não são propriamente novidade; em boa medida são reprodução do que já dispunha o artigo 131 do Código Comercial de 1850²².

A verdadeira alteração consta do parágrafo segundo, o qual permite às partes, *livremente*, pactuar regras de interpretação, colmatação de lacunas e integração dos negócios jurídicos, *diversas daquelas previstas em lei*.²³

Por mais paradoxal que pareça, é fundamental que se

²⁰ REALE, Miguel. *Um artigo-chave do código civil*. www.miguelreale.com.br, 21 jun. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

²¹ Artigo 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, colmatação de lacunas e integração dos negócios jurídicos, diversas daquelas previstas em lei.

²² Artigo 131, do Código Comercial de 1850: “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 subseqüentes, 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; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

²³ Sem itálico no original.

pergunte se há [e, em caso afirmativo, qual é] limite para a disposição das partes acerca das regras sobre interpretação e, principalmente, integração dos negócios jurídicos²⁴.

Quanto às regras de interpretação previstas no Código Civil, pode-se apontar a dos artigos 112, 113 e 114. Quanto às regras do artigo 112 e 114, não parece haver óbice a que as partes²⁵ expressamente as afastem ou mesmo as conformem segundo seus interesses, por exemplo, estabelecendo que o contrato deve ser interpretado seguindo-se estritamente o sentido literal das palavras empregadas²⁶ ou – já agora em referência ao artigo 114 – estabelecendo que no âmbito daquele contrato determinada renúncia deverá ser interpretada extensivamente, abrangendo todas as posições jurídicas direta ou indiretamente decorrentes da posição jurídica ativa a qual se está a renunciar.

Quanto às mudanças do artigo 113, convém analisá-las mais detidamente, pois parecem conter normas dispositivas e normas cogentes.

No que tange ao *caput*, as partes podem estabelecer que o negócio jurídico deverá ser interpretado exclusivamente pelos seus termos, é dizer, sem referência aos usos do local da celebração; poderá, ainda, estabelecer que os usos a serem considerados para a interpretação sejam os observados em praça diversa daquela em que se celebrou o negócio jurídico.

Com relação ao § 1º do artigo 113, é de se notar que, ao menos em uma interpretação literal, ele impõe determinada atribuição de sentido ao negócio jurídico, o qual poderá variar caso os critérios para sua busca sejam diversos dos previstos em lei.

Não obstante, é absurdo imaginar que as partes não possam, previamente e de comum acordo, estabelecer qual o sentido

²⁴ Não há distinção entre integração e colmatação de lacunas; a colmatação de lacunas se faz por meio da integração.

²⁵ Toma-se como paradigma de negócio jurídico o contrato, mas as conclusões são extrapoláveis aos negócios jurídicos unilaterais.

²⁶ Em contratações cujo objeto é complexo, tem se tornado comum introduzir no instrumento contratual um glossário que deve vincular a interpretação do contrato.

que querem seja atribuído ao negócio jurídico que entabularam e, conseqüentemente, quais são os critérios que, a seu juízo, devem ser observados para que se alcance o sentido almejado.

A melhor interpretação do § 1º – até porque se harmoniza com o fundamento da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e privilegia a autonomia privada²⁷ – é no sentido de entendê-lo como de aplicação subsidiária, isto é, na ausência de disposição específica das partes; o disposto no § 2º – até mesmo por sua localização no texto – alcança o disposto no § 1º.

Quanto ao conteúdo cogente, encerra-se na imposição de se interpretar o negócio jurídico conforme a boa-fé, que consta do *caput* do artigo 113 e é – inutilmente – repetida no inciso III do seu § 1.

As normas sobre a boa-fé têm caráter cogente, de modo que não podem ser afastadas pelo exercício da autonomia privada das partes²⁸.

A questão é, na verdade, cerebrina. Só mesmo em puro exercício intelectual se imagina que as partes estabeleçam em determinada cláusula algo como “este contrato não deve ser interpretado de boa-fé”.

O que realmente pode ocorrer – e de fato ocorre na prática contratual – é as partes estabelecerem critérios

²⁷ Apenas a título de exemplo, o artigo 3º, inciso V arrola entre os direitos de liberdade econômica gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, **para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário**; o inciso VIII, **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**. Negritou-se.

²⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 98-99; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55; E no direito Italiano, destaca-se: CASTRONOVO, Francesco. *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*. Torino: G. Giappielli Editore, 2017, p. 64 et seq.

interpretativos que potencialmente esvaziem o conteúdo fundamental do artigo 113. Nesta hipótese, a disposição contratual será nula por contrariar norma imperativa.

Quanto aos critérios de integração do negócio jurídico, tradicionalmente a doutrina aponta que:

A integração é processada, primeiramente, segundo procedimentos integrativos, isto é, operações do pensamento sistematizadas ao longo dos séculos pela Ciência Jurídica: extensão analógica, argumentação *a majore, ad minus, a contrario*, redução ou correção teleológica, que, embora orientados *prima facie* para o preenchimento de lacunas da lei também servem, com as devidas adaptações, para a integração de lacunas contratuais. Há, ainda regras específicas ou típicas (quando o legislador se ocupa em fornecer a regra integrativa, e.g. o art. 488 do Código Civil, para o estabelecimento do preço na compra e venda, quando as partes não o fixarem); e, há, por igual, regras gerais integrativas das declarações negociais, como, por exemplo, o art. 239 do Código Civil português, nos termos do qual “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando seja outra a solução por eles imposta”. No sistema brasileiro, cumpre esse papel, concernentemente à boa-fé integrativa, o art. 422 do Código Civil.²⁹

As partes poderão limitar ou mesmo proibir, por exemplo, a aplicação da analogia ou da redução teleológica – neste último caso para, por exemplo, garantir maior segurança por meio da literalidade – ou os demais critérios apontados pela autora; não poderão, contudo, afastar a incidência de deveres anexos dado o caráter cogente da boa-fé³⁰.

Isso não significa afirmar que as partes não tenham

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 565-566.

³⁰ Uma cláusula de acordo integral que dispusesse que os deveres das partes são única e exclusivamente os previstos no instrumento contratual não seria eficaz para afastar a incidência dos deveres anexos. Sobre o tema, fundamental a obra de CASTRO-NOVO, Francesco. *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*. Torino: G. Giappiechielli Editore, 2017.

algum poder de conformação dos deveres anexos. Nada impedirá – ao contrário, é conduta recomendável – que as partes estabeleçam critérios para conferir maior densidade normativa³¹ a esses deveres.

Por ocasião de um contrato de compra e venda de participação societária, por exemplo, nada impede que as partes estabeleçam que certos aspectos estratégicos não estão abrangidos pelo dever de informação³²; ou afastem o dever geral de sigilo – comumente qualificado como dever de proteção – sobre certos aspectos e em dadas circunstâncias.

O § 2º do artigo 113 representa importante novidade, não porque antes era vedado às partes estabelecer critérios interpretativos e de integração diversos dos legais, mas porque explicita tal possibilidade em termos que potencialmente são menos sofismáveis.

Ainda quanto às alterações no texto do Código Civil relativamente aos contratos, cumpre apontar a que sofreu o artigo 421, em sua *caput* e com a inclusão de um parágrafo único.

Quanto ao *caput*, o legislador foi sensível à antiga crítica da doutrina capitaneada pelo jurista Antônio Junqueira de Azevedo, e que serviu de fundamento de Projeto de Lei de alteração do Código Civil:

Art. 421: A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, objetiva inicialmente substituir a expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. 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. Também procedeu-se à

³¹ Na feliz expressão de Humberto Ávila. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

³² O enunciado 27 da I Jornada de Direito Comercial organizada pelo CJF estabelece que: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade”.

supressão da expressão “em razão”. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser.³³

Realmente, a liberdade de contratar é corolário da autonomia privada, não da função social; a função social funciona como controle do conteúdo do contrato, por isso a adequação do texto ao fazer menção à limite à liberdade contratual, e não mais à liberdade de contratar.

O parágrafo único do artigo 421 reforça a mais fundamental característica do contrato: sua obrigatoriedade. Desde que se constate que a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual significa afastar, ainda que parcialmente, o produto da autonomia privada, convém assentar que isso só deverá ocorrer quando graves razões o exigirem.

Embora o disposto no parágrafo único do artigo 421 já fosse regra no direito positivo brasileiro, sua explicitação não é inútil; ao contrário, tem o mérito de aumentar consideravelmente o ônus argumentativo de quem pretenda a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual³⁴.

Outra inovação bastante importante foi a introdução do artigo 421-A³⁵, mais especificamente do seu inciso I; o *caput* e

³³ Trata-se do Projeto de Lei Nº 6960, de 2002, proposto pelo então Deputado Ricardo Fiuza.

³⁴ O princípio da função social é insuficiente para autonomamente fundamentar a intervenção em uma relação jurídica contratual a pretexto de desequilíbrio. Isso porque o direito positivo já conta com regras que visam a tutelar o desequilíbrio patológico entre prestações e contraprestações; prestam-se a isso as regras dos artigos 156 e 157 – incidentes sobre o sinalagma genético – e 317 e 478 a 480, incidentes sobre o sinalagma funcional. O princípio da função social poderá, por exemplo, servir como fundamento para a aplicação no Brasil da teoria da base objetiva do negócio jurídico, uma vez que não há regra jurídica diretamente voltada à hipótese de um contrato se tornar inútil nos termos problematizados pela teoria. Nesse sentido, o enunciado 166, da III Jornada de Direito Civil, dispõe que: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.”

³⁵ 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 os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: **I** - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação

os incisos II e III acabam por ser repetição – ora em outros termos, ora nos mesmos termos – de outros dispositivos da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.

Ao reconhecer expressamente que as partes têm o direito de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos pressupostos de revisão e de resolução do negócio jurídico, o inciso I do artigo 421-A fornece importante instrumento de alocação e, conseqüente, redução de riscos.

Quando cabe a um terceiro a prerrogativa de concretizar expressões como *excessivamente onerosa e acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*, é praticamente impossível às partes qualquer previsibilidade do que será ou não considerado como tal no caso concreto. A indeterminação dos conceitos não raras vezes possibilita, e talvez até mesmo estimule, demandas que a pretexto de pretenderem a revisão ou resolução de um contrato veiculam o exercício de um inexistente direito potestativo de arrependimento.

Para evitar os inconvenientes da indeterminação legal, nada mais eficiente do que deixar às partes a gestão dos próprios interesses; se não o fizerem ou optarem por não o fazer, submeter-se-ão ao disposto na lei.

As partes poderão, por exemplo, estabelecer que variações de valores inferiores a certo montante não caracterizarão onerosidade excessiva; que certos e determinados eventos não serão considerados extraordinários; ou, ainda, padrões objetivos para que eventual a oferta de modificação possa ser considerada equitativa etc.

O inciso I do artigo 421-A, porém, suscita um problema prático. Partindo da premissa de que a regra que permite a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva não pode ser afastada pelas partes³⁶, serão objeto de controle pelo

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.”

³⁶ Ao menos é esse o posicionamento majoritário: NASSER, Paulo Magalhães.

juiz ou árbitro a extensão, o conteúdo e a objetividade dos parâmetros fixados pelas partes para a interpretação dos pressupostos do artigo 478³⁷.

Caso os parâmetros fixados pelas partes impliquem afastamento da incidência do artigo 478, a tendência será a discussão acerca da validade da cláusula. No entanto, em sendo a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica adequadamente aplicada, a decretação de invalidade só poderá ocorrer quando houver inequívoco esvaziamento do artigo 478, o que significará violação à norma de ordem pública³⁸.

IV. CONCLUSÃO

No que tange ao regime jurídico dos contratos, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica não implicou apenas alterações ao texto do Código Civil; implicou verdadeira mudança de paradigma.

Os direitos elencados em seu artigo 3º, as disposições normativas que expressamente impõem ao Estado – em especial ao juiz e ao árbitro – o respeito a autonomia privada e, finalmente, a explicitação do direito de clausular negócios jurídicos de direito privado tendo como único limite as normas de ordem pública, são suficientes para justificar a afirmação da existência de um novo regime jurídico do direito contratual.

A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, no entanto, embora haja feito menções pontuais a contratos empresariais, não trouxe qualquer alteração relativa à unificação do

Onerosidade excessiva no contrato civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103;

³⁷ Anote-se, ainda, que o inciso I do artigo 421-A parece pressupor contrato paritário, o que, ao menos em um primeiro juízo, afastaria sua aplicação aos contratos por adesão.

³⁸ Há, ainda, uma importante questão processual envolvida. Caso um dos contratantes pretenda ver desconsiderados os parâmetros fixados por ela e pela contraparte para fins de postular a resolução ou revisão do contrato com base no artigo 478 do Código Civil, deverá enfrentar a questão prejudicial relativa à validade da cláusula; em não o fazendo, a demanda deverá ser julgada improcedente.

direito das obrigações. Desde a entrada em vigor do Código Civil, não há regime jurídico autônomo que permita reconhecer abstratamente a existência de *contrato empresarial* em oposição a *contrato de direito civil*; a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica não alterou esse quadro.

Se o texto original do Código Civil de 2002 teve como um de seus princípios fundamentais a socialidade, pode-se dizer que a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica é indicativo eloquente da revalorização da autonomia privada.



BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In:_____. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro:

- Forense, 2009.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1959.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Tradução José María Miguel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. rev., atual. e aum. de acordo como o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1974.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. fac. sim. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Um artigo-chave do código civil*. www.miguelreale.com.br, 21 jun. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipou, 2007.
- SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre o livre arbítrio*. Tradução e introdução Paula Oliveira e Silva. Edição bilíngue. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.