
**MAIS LIBERDADE CONTRATUAL, MENOS REVISÃO: A FUNÇÃO
ECONÔMICA DOS CONTRATOS E AS PROVOCAÇÕES AO DIREITO
CIVIL CONTEMPORÂNEO**

***MORE CONTRACTUAL FREEDOM, LESS REVISION: THE
ECONOMIC FUNCTION OF CONTRACTS AND PROVOCATIONS TO
CONTEMPORARY CIVIL LAW***

SANDRO MANSUR GIBRAN

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Professor permanente no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Professor de Direito Empresarial junto ao Centro de Estudos Jurídicos do Paraná - CEJPR e na Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR. Professor visitante na Universidade da Indústria da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - UNINDUS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial do UNICURITIBA. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Contratual do UNICURITIBA.

MARCOS ALVES DA SILVA

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2001). Professor da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná - FEMPAR. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.



SILVANA FÁTIMA MEZAROBA BONSERE

Mestranda pelo Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especializada em Direito Civil e Processual Civil pela URI - Campus Erechim-RS, e em Direito Empresarial (LLM), pela Fundação Getúlio Vargas. Assessora Jurídica da Sicredi UniEstados – Erechim-RS. Juíza Leiga do Juizado Especial Cível na Comarca de Erechim-RS. E-mail: silvanamezaroba@gmail.com.

RESUMO

Objetivo: O presente estudo busca compreender em que medida a Lei de Liberdade Econômica exige uma nova postura do Direito Civil contemporâneo nas relações contratuais civis e empresariais, sobretudo em razão da concepção liberal adotada pelo novo diploma legal, que altera os dispositivos referentes à matéria contratual no Código Civil de 2002.

Metodologia: Adotou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, com ênfase para autores que estudam o tema da autonomia do Direito Privado, constitucionalização do Direito Civil e função econômica do contrato, bem como a pesquisa documental jurisprudencial que elucida o objetivo proposto.

Resultados: Como resultado do presente estudo, que perpassa pelo tema da dicotomia do Direito Público e Privado, constitucionalização do Direito Civil, função econômica dos contratos e Lei de Liberdade Econômica, necessariamente, concluiu-se que a Lei de Liberdade Econômica exige uma nova postura do Direito Civil contemporâneo nas relações contratuais civis e empresariais, na medida em que confirma a defesa da autonomia do Direito Privado, adota uma postura mais liberal nos negócios privados e, ainda, corrobora para o desenvolvimento de um Estado com mais liberdade contratual e menos revisão.

Contribuições: O presente estudo traz como contribuição a discussão da recente Lei de Liberdade Econômica, editada no segundo semestre de 2019, que deverá exigir uma nova postura do Direito Civil contemporâneo nas relações contratuais civis e empresariais.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Econômica; Contratos; Constitucionalização; Autonomia Privada.



ABSTRACT

Objective: The present study seeks to understand to what extent the Economic Freedom Law requires a new measure of contemporary Civil Law in contractual relations civil and business, mainly due to the liberal adoption adopted by the new legal diploma, which amends applications related to contractual discipline in the Civil Code of 2002.

Methodology: A bibliographic research methodology is adopted, with an emphasis on authors who study the autonomy of Private Law, constitutionalization of Civil Law, economic function of the contract, as well as a jurisprudential documentary research that clarifies the proposed objective.

Results: As a result of the present study, which goes through the theme of the dichotomy of Public and Private Law, constitutionalization of Civil Law, economic functions of contracts and the Law of Economic Freedom, it was concluded that the Law of Economic Freedom requires a new form of contemporary Civil Law in contractual relations civil and business, that confirm the defense of Private Law, adopt a more liberal approach in public affairs and further support the development of a State with more contractual freedom and less revision.

Contributions: The present study contributes to the discussion of the recent Law on Economic Freedom, edited in the second half of 2019, which should demand a new stance of contemporary Civil Law in civil and business contractual relations.

KEYWORDS: Economic Freedom; Contracts; Constitutionalization; Private Autonomy.

INTRODUÇÃO

Através de apontamentos sobre liberdade econômica e desenvolvimento, permanência da dicotomia entre Direito Público e Privado, autonomia da vontade, fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e da função econômica dos contratos, objetiva-se compreender em que medida a Lei de Liberdade Econômica exige uma nova postura do Direito Civil contemporâneo nas relações contratuais civis e empresariais.

O estudo sobre a função econômica dos contratos e a Lei de Liberdade Econômica são temáticas oportunas em razão da recente legislação em vigor, mas também retomam assuntos nada recentes e muito discutidos ao longo dos tempos e



que refletem acerca de alguns dos fundamentos do Direito Civil, a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado com enfoque para a autonomia da vontade e da liberdade contratual, temáticas estas de natureza privada, bem como sobre o fenômeno da constitucionalização.

A partir desta análise que leva em consideração a função econômica dos contratos e as provocações ao Direito Civil contemporâneo em razão da legislação sobre a liberdade econômica, espera-se demonstrar a importância da intervenção estatal mínima em matéria contratual regida pelo Direito Civil, mas, além disso, busca-se a compreensão objetiva de em que medidas a Lei de Liberdade Econômica exige uma nova postura deste ramo do Direito nas relações contratuais civis e empresariais.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica por meio de artigos científicos, legislação Pátria e obras acerca dos temas envolvidos com destaque para os estudos desenvolvidos pelo Professor Otávio Luiz Rodrigues Jr. acerca da constitucionalização do Direito Civil e da “grande dicotomia” entre o Direito Público e o Direito Privado. Além disso, através da pesquisa documental de jurisprudência foram analisados alguns julgados que tratam de matéria contratual.

Partindo-se desses pressupostos, investiga-se inicialmente a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado e a sua evolução no Direito Civil brasileiro para melhor compreensão da autonomia deste ramo do Direito. Num segundo momento, estuda-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil no Brasil e seus reflexos nas relações contratuais entre particulares, para então analisar a função econômica dos contratos e, ao final, compreender qual a influência da Lei de Liberdade Econômica nas relações contratuais e qual a postura esperada para o Direito Civil contemporâneo em razão desta nova propositura legislativa.

Acrescente-se que o presente estudo inicia-se pelos tópicos da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado e pela constitucionalização do Direito Civil, dada a necessidade de contextualização deste tema no universo jurídico brasileiro e, conseqüentemente, nas relações contratuais entre particulares para, então, compreender a proposição da Lei de Liberdade Econômica na seara contratual.



2 DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO E A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL: BREVES CONCEPÇÕES SOBRE O CASO BRASILEIRO

Uma das grandes discussões do Direito Civil contemporâneo, que ocupa espaço no meio jurídico e acadêmico, diz respeito à dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, ou a queda desta divisão. Este tema tem tomado amplitude quando há envolvimento com matéria de direitos fundamentais ou sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito.

Analisando os números do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a divisão das matérias – os Direitos Público, Privado e Penal - o Estado brasileiro ainda é o maior demandante no Poder Judiciário, mas por uma razão lógica: em 2019 o STJ julgou 142.483 processos na Primeira Seção que compreende a Primeira e Segunda Turma, responsáveis pelas matérias de Direito Público, excluído o Direito Penal; a Segunda Seção, responsável pelas matérias de Direito Privado e que compreendem a Terceira e Quarta Turma, julgou 152.822 processos no mesmo período. Em continuidade, a Terceira Seção, responsável pelas matérias de Direito Penal, compreende a Quinta e Sexta Turma, e julgou 125.163 processos em 2019. Por outro lado, neste mesmo ano, foram distribuídos 117.518 processos na Primeira Seção, 133.109 na Segunda Seção e mais 120.003 na Terceira Seção. Somando-se as demandas julgadas da Primeira e Terceira Seções, tem-se o julgamento de 267.646 processos que envolvem matérias de Direito Público, frente a 152.822 processos que envolvem matérias de Direito Privado. Da mesma forma, somados os processos distribuídos em 2019 na Primeira e Terceira Seções, eles ultrapassam os processos de Direito Privado da Segunda Seção. De 2014 a 2019, os dois maiores demandantes e os dois maiores assuntos levados ao STJ envolveram o Direito Público. (BRASIL, 2019). Percebe-se que esses números traduzem uma conotação muito específica pois, ao se tratar de um Estado como o Brasil, a razão lógica é que o Estado aparece como um dos maiores litigantes junto ao Poder Judiciário em função de problemas estruturais básicos, bem como em razão da grande prestação de serviços realizada diretamente pelo Estado, sem contar ainda com as demandas de Execução Fiscal.



Embora se trate de uma análise estatística, estas observações tornam-se importantes, porque demonstram como a dicotomia entre Direito Público e o Direito Privado ainda estão muito presentes na organização judiciária do Estado brasileiro. Otávio Luiz Rodrigues Junior (2019, p. 106-107), explica que as Leis de Organização Judiciária fazem esta distinção e isso acarreta a verticalização da distribuição e dos julgamentos sobre determinadas matérias, e contribuem na especialização do profissional do Direito, com conhecimentos compartimentados, mantendo-se a grande dicotomia.

Quando se buscam exemplos fora da organização judiciária do País, da mesma forma são encontrados inúmeros atos da vida numa sociedade organizada que dizem respeito à matéria exclusivamente de interesse privado. O Direito Privado na sua concepção dos séculos passados modificou-se, na medida em que a sociedade também evoluiu e passou a disciplinar novas ocorrências sociais, surgidas em razão da evolução cultural, científica e tecnológica.

Historicamente, até o ano de 1531 não havia leis que organizassem ou disciplinassem eventuais infortúnios no Brasil. A primeira manifestação legislativa foi eclesiástica; o surgimento da lei em matéria civil para a concepção daquela época deu-se por meio das cartas régias que outorgavam poderes e autoridade ao capitão-mor e governador em razão da colonização portuguesa. Posteriormente, o Brasil passou pelo período de capitanias hereditárias (1532-1548), com o surgimento dos atos constitutivos de propriedade como consequência daquelas doações, que previam obrigações, poderes, direitos e, privilégios para quem recebia a carta de doação. Dali por diante, estabeleceu-se o governo geral (1549-1581), que originou o sistema centralizador de poderes; as ordens eram emanadas de alguns regimentos. (CHAVES, 2000, p. 58-70). Naquele período, no entanto, também vigiam em Portugal as Ordenações – Afonsinas, Manuelinas e depois Filipinas – esclarecendo-se que as Ordenações Filipinas, de 1603, foram reconfirmadas por uma lei de 1643 e vigoraram no Brasil até após a sua independência. (MIRAGEM, 2004, p. 12).¹

¹ Esta retomada representa um breve relato das primeiras organizações “legislativas” do Brasil Colônia.



Em 1850, adveio o Código Comercial do Império do Brasil, que se destinou a reger tão somente as relações do comércio, mantendo ao lado do Código Civil de 1916 as postulações do Direito Privado brasileiro, que passou por transformações ao longo de sua história e foi revogado substancialmente, principalmente em 2002, em razão do novo Código Civil. O Código Comercial vigente, ainda de 1850, contempla hoje apenas as matérias de Direito Comercial Marítimo, havendo Projetos de Leis em tramitação para a aprovação de um novo Código Comercial.²

No âmbito do Direito Civil, a primeira codificação brasileira foi o Código de 1916, que manteve várias concepções das Ordenações Filipinas de 1603 e o histórico de uma sociedade patriarcal. (ALMEIDA, 2019, p. 76-77). Apesar disso, e após muitas emendas, críticas e discussões, a Codificação ficou conhecida como Código de Beviláqua, não em razão de autoria exclusiva, mas sim porque o jurista Clóvis Beviláqua foi o primeiro que elaborou o projeto, que apresentava um forte vínculo econômico e valores capitalistas. O Código Civil de 1916 foi um marco não apenas para o Direito Privado no Brasil, mas também para a economia da época, senão veja-se:

[...] Fatores políticos e econômicos que giravam em torno da própria montagem do capitalismo no Brasil não podem ser desconsiderados quando se analisa a questão do projeto do Código Civil de Beviláqua. Esses aspectos políticos e econômicos remontam não só ao período de elaboração do projeto, mas de períodos anteriores, e envolvem questões internas e externas. Direito e economia sempre estiveram ligados no capitalismo e na situação que levou à formação da codificação legislativa brasileira isso não foi diferente. Parte-se aqui da hipótese que a economia foi um dos principais fatores para a elaboração do projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua. **Se os projetos anteriores de Código Civil estavam ligados à civilidade, os principais motivos para a elaboração, discussão e votação do projeto de Clóvis está todo ligado à aproximação do Brasil com o capitalismo, especialmente a uma economia externa, ligados aos bancos e às indústrias.** Essa hipótese não está presente nos historiadores e juristas pesquisados, e funda-se nas análises da situação econômica do período, realizadas por historiadores da economia. [...] (SALGADO, 2019, p. 66-67, grifo nosso).

² Projeto de Lei 1.572 de 2011 da Câmara dos Deputados e Projeto de Lei 487 de 2013 do Senado Federal.



Note-se que o momento político e econômico definiu os pressupostos do Código Civil de 1916, que foi inspirado no Estado Liberal e trouxe uma visão mais patrimonialista, defendia a propriedade com caráter de direito absoluto, colocava em primeiro lugar a tutela dos interesses individuais e refletia basicamente a ordem constitucional do Brasil no início daquele século. (OLIVEIRA, 2006, p. 144).

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, o Direito Privado, bem como todos os demais ramos do Direito foram influenciados pelos seus efeitos. Por sinal, muito dos novos preceitos da Constituição de 1988 não foram originados nos artigos do Código Civil de 1916, e iniciou-se então, uma reforma legislativa para ajustar o diploma legal de 1916 com as novas disposições constitucionais. No entanto, este trabalho não contemplou todos os artigos conflitantes, razão pela qual ficou incompleta a reforma e, em 2002, viu-se nascer o Código Civil ora vigente. (RODRIGUES JR., 2019, p. 221-224).

O Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale e que teve como princípios inspiradores a sociabilidade, a ética e a operabilidade (ALMEIDA, 2019, p. 79), também representa o novo momento histórico vivido pelo Brasil e se trata de um sistema mais aberto, baseado em princípios jurídicos gerais. O Código Civil de 2002 revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, unificando grande parte das matérias de Direito Privado no Brasil. Além disso, o Código Civil de 2002 representa uma preocupação maior em torno da vida da pessoa e suas relações sociais, ganhando destaques as preponderâncias das cláusulas gerais em consonância com os princípios e regras constitucionais, que atribuem unidade valorativa ao novo diploma legal. (OLIVEIRA, 2006, p. 155).

Nesta seara, nota-se que o Direito Civil brasileiro se modificou na medida em que a sociedade também se transformou e, conforme ensina o professor Otávio Luiz Rodrigues Junior, “a História do Direito Privado é plena de exemplos de negócios jurídicos concebidos no âmbito dos usos e das práticas do povo que foram tipificadas legalmente após longo tempo de bem-sucedida experiência social”. (2019, p. 113). Neste cenário, viu-se o Direito Privado do século XIX, que era um Direito para as classes produtoras - “empresário endinheirado, proprietário de terras ou servidor público” – e que não disciplinava as relações das classes proletárias



redefinir-se com o sistema capitalista, com o acesso ao crédito e ao consumo, alterando-se a distinção de “classe” para a distinção por “padrões de consumo”. (RODRIGUES JR., 2019, p. 109-111).

Essa característica pode ser veementemente observada nos contratos celebrados diariamente, onde os que dependiam de atos mais solenes foram substituídos por instrumentos particulares mais simples e correspondências eletrônicas (RODRIGUES JR., 2019, p. 111), além dos contratos de adesão *on-line*.

Alguns dos campos mais afetos a essas mudanças nas relações privadas são trazidos claramente por Otávio Luiz Rodrigues Jr.; citam-se as mais significativas: (i) o contrato de prestação de serviços que ressurgiu não apenas nos vínculos entre pessoas jurídicas ou pessoas físicas de maior poder aquisitivo, mas também pelo surgimento de novas estruturas comerciais e inerentes à Quarta Revolução Industrial; (ii) os direitos de personalidade passaram a gerar reflexos patrimoniais e hoje já fazem parte do mundo dos negócios; (iii) as famílias passaram a ser constituídas sob novas formas, e o Direito de Família passou a interessar-se por questões onde antes o Estado não alcançava, como, por exemplo, danos por abandono afetivo e violação de deveres conjugais; (iv) as *holdings* familiares também surgem como uma forma de resolução de questões patrimonialistas, que antes ficavam apenas com o Direito das Sucessões e as questões de Direito de Família; (v) a morte também se evita com o aumento dos cuidados com a saúde; (vi) os planos de seguros-saúde já permitem que o Direito à saúde não seja exigido apenas do Estado; e (viii) a propriedade, por sua vez, mesmo com as limitações dos Direitos Administrativo, Ambiental e Tributário ainda é considerada o grande núcleo do Direito Privado. (2019, p. 112-115).

Por essas razões, pode-se verificar que o Direito Privado consubstanciado no Código Civil perpassa a história do Brasil, continua disciplinando grande parte das relações hodiernas e sofreu intensas mudanças, um pouco em razão da nova Constituição de 1988, mas muito pela maneira como as relações em sociedade começaram a se transformar.

Neste contexto, embora o Direito Privado no Brasil não ocupe o maior número das demandas judiciais, rege grande parte das relações negociais e vem



ganhando força especialmente na seara contratual civil e empresarial, que envolve obrigações mais complexas e com maior urgência para a solução de conflitos fora do Poder Judiciário. Não se pode olvidar, conquanto, que surgirão muitas discussões acerca da queda da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, no entanto, convém destacar alguns entendimentos importantes sobre a utilidade da grande dicotomia:

Não são poucos os autores que, a partir da ideia da constitucionalização do direito, decretam como superada a distinção entre direito público e privado. Na maioria dos casos, contudo, a argumentação é muito simplificada e baseia-se quase que exclusivamente no fato de que 'técnicas e institutos tradicionalmente pertencentes ao direito privado são aplicados ao direito público e vice-versa'. Ora, não só isso não é nenhum fenômeno recente, como também, ainda que o fosse, não significaria uma superação da dicotomia. (SILVA, 2014, p. 172).

Longe de obsoleta, a separação é útil, preserva importantes espaços de autodeterminação, justifica indiretamente a autonomia epistemológica do Direito Privado, tem fundamento histórico e permite a solução de casos da realidade prática com grande êxito. [...]
O apelo permanente à Constituição, à unidade da ordem jurídica constitucionalizada e à recondução geral do Direito aos princípios constitucionais não tem forças para apagar as fronteiras do Direito Privado. (RODRIGUES JR., 2019, p. 143-144).

Compreende-se, portanto, que a divisão de limites entre o Direito Público e o Direito Privado continuam presentes, apresentam grande importância para o ordenamento jurídico e, no Brasil, apesar das grandes aceções acerca da constitucionalização do Direito Civil, a instituição do Direito Civil buscou modelar-se às novas exigências para organizar e disciplinar as relações entre particulares e continua representando a autonomia do Direito Privado.

Tendo em vista, no entanto, que o objeto deste estudo envolve as relações contratuais civis e empresariais, faz-se necessário compreender os reflexos da constitucionalização do Direito, sobretudo o Direito Civil, nessas relações, para que se possa avançar posteriormente na sua função econômica.



3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS E EMPRESARIAIS

Explorar os reflexos da constitucionalização do Direito Civil nas relações contratuais implica, inicialmente, numa breve compreensão daquilo que pode ser considerado constitucionalização e a maneira como é tratado este assunto, a ponto de gerar inúmeras divergências quanto à sua aplicação no caso prático.

As inúmeras publicações doutrinárias sobre o tema da constitucionalização contribuíram para que este fenômeno se alastrasse também para o Direito Civil brasileiro. Indubitavelmente, não se pode negar a constitucionalização do Direito Civil em pleno século XXI (RODRIGUES JR.; 2019, p. 212), sabendo-se que este tema merece bastante cautela, para que não se cometam exageros na sua aplicação. Em seguida apresentar-se-á, inicialmente, o que pode ser considerado como constitucionalização do Direito e do Direito Civil segundo algumas das contribuições trazidas pelo jurista Otávio Luiz Rodrigues Júnior e que também estão contempladas na obra de Virgílio Afonso da Silva.³ Ato contínuo, adentrar-se-á em matéria que não é a constitucionalização do Direito Civil, conforme explicação dada por Rodrigues Jr. e que poderá facilitar a análise dos reflexos deste fenômeno nas relações contratuais.

Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 38) procura expor a análise da constitucionalização do Direito embasado nas teses (em parte delas) de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke⁴ e também de Louis Favoreu⁵, sendo que algumas delas também são analisadas por Rodrigues Jr. (2019, p. 211-212) na busca de respostas para o que é a constitucionalização do Direito Civil.

Uma das formas de constitucionalização do Direito em Schuppert e Bumke, apresentadas por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 39-41), é a constitucionalização por meio de reformas legislativas. Isso implica em adaptar a legislação ordinária aos novos preceitos constitucionais, mas pode ser um processo lento.

³ Nesta abordagem não serão tratadas todas as formas de constitucionalização apresentadas pelos dois autores, mas apenas algumas delas e as que mais contribuem para o objeto deste estudo.

⁴ Autores vinculados ao sistema constitucional alemão.

⁵ Autor vinculado ao sistema constitucional francês.



Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 225), a constitucionalização por meio de reforma legislativa tem suas vantagens e, se iniciada e concluída, acolhe-se um exemplo típico de adequada constitucionalização do Direito Civil. Na mesma linha de pensamento de Virgílio Afonso da Silva entende que poderá ser lenta ou até não acabar e postula ainda que, a ocorrência de uma excessiva demora na sua conclusão acarreta a judicialização em razão da incompatibilidade de normas, levando ao enfraquecimento do Direito Civil, que passa a sofrer intervenções do Poder Judiciário.

Outra forma de constitucionalização do Direito em Schuppert e Bumke, também apresentada por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 41-43), é a “irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito”, e explica que a decisão precursora desta concepção é o caso *Luth*, onde o Tribunal Constitucional alemão decidiu que a aplicação dos valores constitucionais se deve a todos os ramos do Direito.

Esta decisão implica na interpretação de que há subordinação do ordenamento jurídico aos valores e princípios constitucionais e, mais do que isso, “os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, sendo tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade” (JUNIOR; TORRES, 2018, p. 330), exigindo a vinculação do Estado a aqueles.

Louis Favoreu, cuja doutrina também foi estudada por Virgílio Afonso da Silva e Otávio Luiz Rodrigues Júnior, afirma a existência da constitucionalização por transformação. Para Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 47-48), esta é a forma que mais se aproxima da constitucionalização do Direito, porque tem caráter universal e, ainda, a partir da transformação “com a mudança no conteúdo dos outros ramos do direito provocada pela constituição” é que se poderia falar em Direito Constitucional Civil, por exemplo.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 230-234) também explica a constitucionalização por irradiação do Direito Constitucional ou, ainda, conhecida também por transformação das instituições e do Direito. O autor faz alguns apontamentos que merecem destaque em razão do seu olhar claro para o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil no caso brasileiro. Inicialmente, o autor



destaca que a irradiação é o meio expressivo para a constitucionalização do Direito Civil, esclarecendo que essa irradiação deveria ser estudada através dos Direitos Fundamentais; explica que há, sim, intervenções do Supremo Tribunal Federal, exemplificativamente, que podem ser associadas a uma constitucionalização por irradiação, mas que esse não é um exercício natural daquele Tribunal Constitucional; e, enaltece que, “em certa medida, a *mutação constitucional* tem sido o veículo, declarado ou não, para servir a autênticas mudanças da Constituição de 1988; algumas das quais ao entender do autor, caberiam apenas ao constituinte derivado”. (2019, p. 234, grifo do autor).

Note-se que, apesar de Rodrigues Jr. estudar a constitucionalização por irradiação ou por transformação como uma forma de explicar o que é constitucionalização do Direito Civil, adverte para um fator de “sobreconstitucionalização”, que pode ser causador de alguns males, principalmente no caso do Direito Civil. (2019, p. 234).

Em outra análise de constitucionalização, Virgílio da Silva aponta o fenômeno da elevação ou um “deslizamento” para cima, citando que “muito do que antes era matéria regulamentar, passou a ser matéria reservada à lei, e muito do que era reservado à lei passou a ser matéria constitucional” e isso no Direito Francês foi reconhecido como a constitucionalização do Direito por elevação. (2014, p. 47).

Rodrigues Jr. pondera que a constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional deverá ocorrer de forma excepcional; essa forma de constitucionalização, por mais que seja admitida pelo autor, não é reconhecida como algo essencialmente bom; o fato de elevar-se uma norma à Constituição não significa que deixou de estar vinculada ao ramo do Direito de onde surgiu. (2019, p. 215-220).

Antes de finalizar a abordagem sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito e do Direito Civil, convém destacar algumas conclusões parciais de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 236-237, grifos do autor) sobre o tema, e da sua preocupação sobre a constitucionalização por elevação. Para o jurista, a constitucionalização não é um tema consensual no Direito e, apesar de inúmeras



investidas e centenas de trabalhos escritos, não é possível encontrar um “conceito operacional de ‘constitucionalização’ do Direito a que se refere”. E, ainda, destaca que essa fluidez de significado acaba servindo como “*estratégia de combate*”, porque a constitucionalização transforma-se num “conceito de guerrilha: nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efetivos. Pode estar em todos os lugares e em lugar algum”. Por fim, isso às vezes acaba sendo um meio de “justificar escolhas aleatórias” e passa-se a driblar a constitucionalização e os princípios e Direitos Fundamentais “para se liberar de qualquer conformação racional de atos decisórios”.

Justamente por se tratar de um assunto não consensual, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 71) comenta também o que não é a constitucionalização do Direito Civil⁶, porque entende que tão importante quanto saber o que é a constitucionalização é excluir-se o que não é. Dentre todas as hipóteses elencadas pelo autor sobre o que não é a constitucionalização do Direito Civil, destacam-se quatro delas que podem refletir nas relações contratuais civis e empresariais.

Inicia-se, por conseguinte, afirmando que não é a constitucionalização do Direito Civil “sobreinterpretar ou reinterpretar as normas ordinárias conforme a Constituição” e, dentre tantas razões, não é a constitucionalização, porque o princípio da supremacia hierárquica da Constituição já é um tema indiscutível no Brasil, e a maioria dos civilistas nunca negou o princípio da supremacia hierárquica da Constituição. Assim, “não se pode denominar de ‘constitucionalização do Direito Civil’ a interpretação de suas próprias normas, especialmente ordinárias, de acordo, nos limites ou em conformidade à Constituição”. (RODRIGUES JR., 2019, p. 173-174).

O autor assevera que também não pode ser considerada constitucionalização do Direito Civil a “elevação da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil”. A dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º. da Constituição de 1988, e mesmo que não estivesse contemplada na Carta Magna, deveria ser

⁶ O autor faz o processo inverso na sua obra: primeiro explica o que não é constitucionalização e depois o que é.



observada por mandamento do Estado Democrático de Direito. Socorrer-se da dignidade da pessoa humana para salvaguardar direitos nas relações privadas acabou tornando-se algo excessivo no Brasil. (RODRIGUES JR., 2019, p. 178-181).

Outro fator que não pode ser considerado constitucionalização do Direito Civil é a utilização de cláusulas gerais e figuras típicas da “perturbação das prestações” para resolver quaisquer casos de Direito Privado, sem relação direta com a Constituição. Há institutos jurídicos do Direito Privado, tais como o adimplemento substancial do contrato, a violação positiva do contrato, a quebra antecipada, o dever de mitigar os próprios danos, a boa-fé objetiva e as suas variações – *supressio, surrectio, tu toque, venire contra factum proprium* – que surgiram em momentos anteriores ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil no Brasil; muitas delas são criações doutrinárias, e até mesmo teorias desenvolvidas pelo Direito Privado europeu. Algumas dessas figuras jurídicas têm sido utilizadas de forma excessiva na doutrina e na jurisprudência para proteção da parte mais fraca na relação negocial. (RODRIGUES JR., 2019, 193-202).

A quarta hipótese a ser citada sobre o que não pode ser compreendido como constitucionalização do Direito Civil é a interpretação progressista ou socialização do Direito Civil. Sobre este tópico, Rodrigues Jr. traz dois grandes exemplos, sendo um deles a função social da propriedade e o outro o Direito de Família, que passaram por transformações, mas não significa que seja por razões de constitucionalização do Direito Civil. Para Rodrigues Jr. constitucionalizar o Direito não é o mesmo que socializá-lo. (RODRIGUES JR., 2019, p. 202-209).

Não se pode olvidar que essas teses não exaurem o que é, e o que não é a constitucionalização do Direito, sobretudo o Civil; no entanto, trazem alguns fundamentos que auxiliam na compreensão dos reflexos deste fenômeno nas relações contratuais civis e empresariais.

Neste sentido, é perceptível a influência prática do que não é a constitucionalização do Direito Privado, sendo aplicado como se fosse, ou suprimindo a liberdade contratual em defesa da sobreinterpretação das normas ordinárias conforme a Constituição, bem como pela elevação exacerbada do fundamento da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, pode-se citar o



precedente do Supremo Tribunal Federal que afasta o art. 3º, inciso VIII, da Lei 8.009/1990, em caso de fiança em favor de locação comercial com base nos fundamentos da proteção do Direito social à moradia, e também em razão de que “a dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens”. O Supremo Tribunal Federal enfatiza, ainda, que o bem de família do fiador que é destinado à sua moradia não pode sofrer o sacrifício de ser exigido para satisfazer um crédito de locação comercial, ou para estimular a livre iniciativa. (BRASIL, 2018).

O que tem sido objeto de atenção, no entanto, é o grau de insegurança jurídica que estas interpretações e sobreinterpretações podem causar, sobretudo em matéria contratual civil ou empresarial, eis que, por vezes, esvaziam a própria autonomia privada e a livre iniciativa ou, mais do que isso, causam uma retração de mercado em função da falta de confiança nos institutos jurídicos vigentes.

A dignidade da pessoa humana, muito invocada no âmbito do Poder Judiciário para solucionar todos os males da sociedade brasileira, também começa a ganhar sobreinterpretações demasiadas e, ainda em 2011 - embora não se trate de processo envolvendo relação contratual - o Ministro Dias Toffoli já havia se pronunciado sobre a preocupação dos excessos que permeiam este fundamento parafraseando João Baptista Villela nos seguintes termos:

Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado, “*um tropo oratório que tende à flacidez absoluta*”. E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa principiolatria sem grandes freios. (BRASIL, 2011, p. 6, grifos do relator).

De todo modo, a dignidade da pessoa humana resta salvaguardada quando se observam os princípios fundamentais do Direito dos contratos; por este motivo, em seu enfrentamento do exercício da autonomia privada, faz-se necessária a interpretação de acordo com o Direito Privado, para que se chegue à verdadeira resposta da preservação dos fundamentos constitucionais. (POPP, 2008, 65-66).



Contudo, a recepção pelo Supremo Tribunal Federal da eficácia direta dos Direitos Fundamentais no âmbito privado reflete-se nas relações contratuais, e ainda impõe limites à autonomia da vontade, conforme denota-se neste trecho do acórdão do Recurso Extraordinário 201.819 do Supremo Tribunal Federal:

[...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL, 2006).

Neste contexto, poder-se-ia afirmar que há constitucionalização por irradiação do Direito Constitucional ao Direito Civil e, indubitavelmente, gera reflexos nos contratos entre particulares; exige também um pouco de cautela e não pode ser aplicado como “*slogan*”, conforme entendimento de Rodrigues Jr. (2019, p. 233).

De igual forma, as cláusulas gerais ou até mesmo os “princípios contratuais” da função social e da boa-fé muitas vezes são invocados para aplicação direta dos Direitos Fundamentais às relações contratuais (ALMEIDA, 2019, p. 195), afastando-se, assim, o princípio da *pacta sunt servanda*, conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça, gerando reflexos nas contratações entre particulares:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA. 1. Para alterar as conclusões contidas no decisum e acolher o inconformismo recursal no sentido de verificar a apontada afronta à liberdade de contratar, seria imprescindível a interpretação de cláusulas do contrato celebrado entre as partes e a incursão no conjunto fático e probatório dos autos, providências que atraem os óbices estabelecidos pelas Súmulas 5 e 7 do STJ. Precedentes. 1.1. Ademais, a jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que o princípio da *pacta sunt servanda* pode ser relativizado, visto que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva dos contratos. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. [...] 3. Agravo interno desprovido. (BRASIL, 2019, grifo do relator).



Note-se, portanto, que a socialização do Direito Civil também relativiza a autonomia da vontade que se vê renegada em favor de cláusulas gerais ou em razão do que se prega ser a Constitucionalização do Direito Civil, quando não o é. Percebe-se, também, que os maiores reflexos negativos nas relações contratuais civis e empresariais ocorrem principalmente quando é aplicado equivocadamente o fenômeno da constitucionalização, sobreinterpretando-se as normas ordinárias conforme a Constituição, elevando-se o fundamento da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil ou buscando a sua socialização. Por outro lado, a aplicação da eficácia direta dos Direitos Fundamentais no âmbito privado, embora exija cautela, configura como uma teoria bem posicionada no Direito Civil brasileiro, tendo sido admitida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo ser utilizada como um garantismo constitucional recorrente, sob pena de causar insegurança jurídica na relação contratual.

Ademais, cabe esclarecer que, embora o contrato tenha encontrado alguns limites em razão deste fenômeno da constitucionalização do Direito, sobretudo o Civil, esta concepção não pode ser analisada de forma isolada, haja vista que toda relação contratual privada carrega uma função econômica, que fará parte da discussão adiante.

4 FUNÇÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Todo contrato, até mesmo o de doação, é uma “veste jurídica de uma operação econômica” (SARAIVA, 2019, p. 61), embora carregue um efeito social. Logo, se o contrato possui essência econômica, a revisão deveria ser admitida apenas em casos em que a economia deste contrato viesse a ser quebrada.

Victor Duarte de Almeida (2019, p. 184-185) esclarece que, a finalidade de um contrato está amparada no pressuposto de garantia de que as pessoas possam alcançar seus objetivos, o que será possível mediante a obediência à autonomia privada e à proteção da independência do Direito Privado. Por estas razões, a



intervenção judicial nas relações contratuais sem um fundo de análise econômica poderá representar um desequilíbrio econômico do contrato.

A Constituição de 1988 estabeleceu como um de seus fundamentos a livre iniciativa ao lado do valor social do trabalho. Ao disciplinar os princípios gerais da atividade econômica, o Constituinte fez questão de deixar reforçado este fundamento e também de elencar como um princípio da ordem econômica a livre concorrência.⁷ Dessa maneira, é possível compreender que, a par da função social, existe a ordem econômica, que também tem um valor social – a livre iniciativa – e, por isso, a função social também está na capacidade de estimular a atividade econômica, a geração e circulação de bens e riquezas, a geração de empregos e oportunidades de negócios dentre outros. (ALMEIDA, 2019, p. 197).

Sobre o aspecto da livre iniciativa e livre concorrência há de se esclarecer que se tratam de princípios constitucionais que, junto com a liberdade de contratar, instrumentalizam o desenvolvimento do mercado e influenciam diretamente os negócios privados. A livre iniciativa garante o acesso e a permanência dos agentes econômicos ao mercado, limitando-os, no entanto, à legalidade. A livre concorrência estimula a disputa e garante a opção de escolha, mas também assegura que os agentes econômicos não terão suas oportunidades usurpadas por outros negociadores. Ao tratar-se de empresas, quando a atividade econômica não sofre pressões competitivas, elas obtêm o maior lucro provável e ainda exploram a sociedade, formando um monopólio. Já a liberdade de contratar deriva da livre iniciativa e garante que os agentes das relações contratuais possam realizar negócios e celebrar contratos com observância à legalidade. (FORGIONI, 2019, p. 271-281).

Tomando-se por base a atividade empresarial, sua ordem econômica e o princípio da livre concorrência, um dos julgados clássicos na jurisprudência brasileira é o caso Zeca Pagodinho envolvendo as cervejarias Schincariol e Brahma. Naquele julgamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que havia sido praticado um ato de concorrência desleal pelo fato de que a segunda cervejaria haveria

⁷ Artigos 1º, IV e 170, IV da Constituição Federal de 1988.



aliciado o artista da campanha publicitária na vigência do seu contrato e, ainda, se comprometido a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho tivesse que enfrentar. Veja-se que neste caso⁸, o Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentou a sua decisão com base na função social do contrato e na concorrência desleal:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM - Empresa-autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré - Improcedência da demanda - Inconformismo - Acolhimento parcial - Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora - Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora - **Não observância do princípio da função social do contrato** previsto no art. 421 do Código Civil - **Concorrência desleal caracterizada** - Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 - Danos materiais devidos - Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação - Dano moral - Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral - Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente - Sentença reformada - Ação procedente em parte - Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2013, grifo nosso).

Note-se que na decisão acima a cervejaria Schincariol deixou não apenas de obter o lucro, mas amargou o prejuízo, e a ofensa aos limites da liberdade de contratar interferiu profundamente na função econômica entre os contratantes iniciais.

Neste sentido, ao tratar de contratos empresariais, Paula Forgioni (2019, p. 38-39) explica que os contratos perfazem uma operação econômica, mas quando se revelam dentro do negócio de uma empresa exprimem a atividade de quem está produzindo e, dessa forma, encontra seu diferenciador frente às demais espécies de contratos - o escopo do lucro. A autora explica, ainda, a diferença de como o lucro é tratado diante das categorias de contratos, citando, por exemplo, que nos contratos civis o lucro poderá inexistir, como é o caso da doação, ou aparecer para apenas uma das partes da relação, tal como a locação; nos contratos de consumo o lucro é de apenas uma das partes, normalmente a empresa fornecedora; mas, quando se

⁸ Refere-se à decisão aqui citada, pois os fatos envolvendo o caso Zeca Pagodinho e as duas cervejarias foi alvo de outras demandas judiciais também.



tratam de contratos empresariais, a função econômica e o objetivo de lucro marcam incisivamente o negócio jurídico.

Por estas razões, a observação do objeto contratual estipulado pelas partes no exercício de uma operação econômica e segundo os critérios da autonomia privada devem ser consideradas pelo intérprete e julgador no caso concreto. Não se nega, contudo, o princípio da boa-fé objetiva, mas desde que destinado a atender os interesses para o qual foi celebrado. A boa-fé objetiva estabelece dever de cooperação e garantia de confiança nas relações contratuais, mas não deve servir como instrumento de justiça social. Por outro lado, a aplicação da popular função social não serve como concretização ou reforço dos preceitos constitucionais à base objetiva da finalidade de um contrato. (ALMEIDA, 2019, p. 230-231).

Dessa forma, embora esta menção à função econômica dos contratos seja breve, fez-se necessária para adentrar-se então aos preceitos trazidos pela Lei de Liberdade Econômica, e também para compreender qual a sua influência em matéria contratual e no Direito Civil Contemporâneo.

5 LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA: QUAL A SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS E EMPRESARIAIS E QUAL A POSTURA ESPERADA PARA O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO?

A Lei nº. 13.874, de 2019, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, além de alterar grande parte da legislação infraconstitucional, dentre elas o Código Civil e, conseqüentemente, matérias relativas às relações contratuais. Esta lei vem para intensificar a tese de que as atividades econômicas devem ser exercidas sob o primado da liberdade e da autonomia da vontade, como uma forma de oposição à intervenção do Estado na Economia e, ainda, com observância do art. 170 da Constituição de 1988, que trata dos princípios gerais da atividade econômica.

Acerca de liberdade econômica, Donald J. Boudreaux (2017, p. 64-65) explica que o capitalismo de livre mercado é o sistema econômico que mais garante



a utilização adequada e efetiva dos recursos, porque é baseado em “direitos de propriedade privada transferíveis, liberdade contratual, estado de direito e soberania do consumidor”. O autor ainda enfatiza que a maximização da liberdade do consumidor requer também liberdade para empreender, a defesa do lucro e a liberdade para testar e realizar negócios, porque, na verdade, a liberdade econômica significa também a liberdade de consumo.

Embora não seja o objetivo deste estudo discutir sobre as teorias econômicas, o estudo de Boudreaux (2017, p. 70) acerca dos pensamentos do economista austríaco Friedrich August Hayek revelam que o intervencionismo estatal que pretende proteger as pessoas de qualquer desvantagem normalmente exigirá poderes sem limites para “regular e tributar”. Além disso, o autor explica que a proteção contra todos os riscos não contribui para o desenvolvimento econômico e, aliás, “no fim deste caminho, criado com a boa intenção de proteger todos os produtores contra perdas, não se encontra apenas servidão, mas também uma pobreza sem fim”. (2017, p. 71)

Neste sentido, na seara contratual, a Lei de Liberdade Econômica esforça-se para evitar a intervenção do Estado na atividade econômica ao alterar o art. 421 do Código Civil, que passa a contar com um parágrafo único prevendo que: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, e também ao introduzir o art. 421-A no mesmo diploma legal, que assim reza:

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 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.** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A nova disposição legislativa é um convite para uma maior liberdade de contratação e menos revisão ou intervenção do Estado nas relações entre



particulares. Além disso, permite que as partes estabeleçam critérios objetivos para interpretação de cláusulas negociais e de revisão ou resolução dos contratos. À revisão é dada muita atenção, em função de que merece ser aplicada com cautela, evitando-se a insegurança jurídica na atividade econômica que passa pela relação contratual.

A Lei de Liberdade Econômica também tem um cunho histórico, levando-se em consideração que o Brasil saiu de um Código de 1916, de concepção contratual liberal e intervenção mínima, e viu nascer com o Código Civil de 2002 uma concepção mais intervencionista no Direito Privado, o que foi considerado um retrocesso em matéria contratual, sobretudo nas relações de cunho econômico. Outra questão impactou diretamente nos contratos civis é a exigência do atendimento da função social, que de forma tecnicamente impensável transformou os contratos em relação consumerista. (FRADERA, 2019, p. 294-295). Aliás, importante destacar relativamente ao Direito Consumerista, que a Lei de Liberdade Econômica não promoveu alteração alguma naquele Código, e o seu microsistema jurídico⁹ não será objeto de abordagem, haja vista que exigiria análise específica de princípios próprios daquela codificação. Ademais, com relação aos contratos civis e empresariais, a disciplina legislativa que trata da possibilidade das partes negociantes estabelecerem cláusulas negociais e pressupostos de revisão ou de resolução reforçam o objetivo de evitar-se o socorro ao Poder Judiciário, que implica diretamente em intervenção estatal.

Para os juristas Otávio Rodrigues Jr., Rodrigo Leonardo e Augusto Prado (2019, p. 311;324-325), o art. 421-A “representa fortalecimento dos princípios contratuais ditos clássicos, em particular a autonomia privada”, e explicam, ainda, que o Código de Processo Civil já havia realçado a excepcionalidade das regras para revisão contratual de obrigações decorrentes de empréstimo e financiamento.

Por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça já aplicou a excepcionalidade para a revisão em contratos que não envolvam relação de consumo. Num dos casos

⁹ Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 136) afirma que “Não há praticamente um trabalho sobre o CDC ou seus princípios que não reforce a particularidade do Direito do Consumidor como um microsistema jurídico”, e isso demandaria “um tratamento interdisciplinar da matéria”.



analisados, trata-se de ação revisional em razão da desvalorização do real em face do dólar estadunidense de janeiro de 1999, e o outro caso envolve uma decisão sobre a compra e venda de safra futura, com maior vantagem ao comprador em razão da elevação do preço do dólar. Em ambos os casos, atenta-se para a aplicação da legislação civilista:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional. 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. **3. A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica.** 4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária. 5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor - CDC, difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em



que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. 6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Direito civil e agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência. - A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. - **Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.** - O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. - A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Note-se que, em ambos os casos, o Poder Judiciário não se atém a resolver problemas quando o contratante “erra” na dosagem do risco no momento da contratação. Assim, o risco próprio de um contrato não pode ser objeto de revisão; negócios envolvendo a cotação de dólar são comuns em gerar desequilíbrio contratual, porém os casos acima analisados pelo Supremo Tribunal de Justiça foram considerados previsíveis.

Se o escopo do lucro rege as relações contratuais empresariais e civis, e se esses contratos devem ser considerados paritários e simétricos conforme a nova



disciplina da Lei de Liberdade Econômica, a afetação de risco também deve ser algo que, ao serem assumidas pelas partes, não venham a valer-se das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato ou até mesmo do fenômeno da constitucionalização do Direito para assistir problemas de contratação posteriormente, pois, para alocar risco, a Lei de Liberdade Econômica já traz a possibilidade das partes estabelecerem critérios objetivos de revisão.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a Lei de Liberdade Econômica confere às relações contratuais entre particulares uma maior segurança jurídica e exerce uma influência positiva para o desenvolvimento econômico. Além do mais, projeta ao Direito Civil Contemporâneo o reforço da autonomia do Direito Privado, enaltece a necessidade de reconsiderar as teorias acerca do que realmente é a constitucionalização do Direito Civil, não permitindo ao intérprete realizar justiça social em detrimento da autonomia da vontade em face da dignidade humana, e inaugura definitivamente um Estado de mais liberdade contratual e menos revisão.

CONCLUSÃO

“O futuro do Direito Privado é dar um passo atrás”. Esta afirmação de Victor Duarte Almeida no texto de introdução da sua obra “O Contrato e a Constituição – autonomia privada e direitos fundamentais” reflete a positivação atual acerca do contrato trazida pela Lei de Liberdade Econômica, que adota uma postura mais liberal nesta seara – relações contratuais civis e empresariais.

Se, por um lado discute-se a prevalência ou não da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, por outro, a nova legislação reforça a autonomia do Direito Privado e a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. De igual forma, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil exige que se encontre um “conceito operacional” para que não seja utilizado como ferramenta de fundamentação jurídica para disciplinar e julgar atos e relações privadas que ensejam a aplicação ou interpretação mais profunda do Direito Privado em razão da natureza jurídica dos negócios.



Os contratos civis e empresariais, que guardam uma função econômica essencial para o capitalismo de livre mercado, não devem servir como instrumento de justiça social através da utilização inadequada do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, ou da utilização universal de cláusulas gerais sem análise profunda dos seus efeitos, pois gera insegurança jurídica, falta de confiança da sociedade para gerar novos negócios e, conseqüentemente, inibe o desenvolvimento econômico.

Logo, a nova disposição legislativa é um convite para uma maior liberdade de contratação e menos revisão ou intervenção do Estado nas relações civis e empresariais, e isso reforça a autonomia do Direito Privado e exige do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil um estudo mais aprofundado acerca dos seus reais fundamentos, não podendo valer-se o julgador da sobreinterpretação, elevação do fundamento da dignidade humana, utilização de cláusulas gerais ou socialização do Direito Civil em face da Constituição para embasar decisões que envolvam relações contratuais entre particulares.

Dessa forma, respondendo objetivamente ao que este estudo se propôs, a Lei de Liberdade Econômica exige uma nova postura do Direito Civil contemporâneo nas relações contratuais, na medida em que confirma a defesa da autonomia do Direito Privado, reafirma o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a revisão em contratos civis e empresariais, adota uma postura mais liberal nos negócios privados e, ainda, corrobora para o desenvolvimento de um Estado com mais liberdade contratual e menos revisão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor Duarte. **O contrato e a Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BOUDREAUX, Donald J. **Menos Estado e mais Liberdade**. Tradução de Leonardo Castilhane. 1. ed. Barueri: Faro Editorial, 2017.



BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Vera Lucia Rodrigues Gatti E Outros, Arthur Rodrigues Villarinho, Roberta Baptistelli e Outro. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 27 de outubro de 2006. **Lex:** jurisprudência do STF, Brasília, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_201819_RJ_1279052800292.pdf?Signature=syVtkseIHdqjGLssqmi%2BDs6uoYQ%3D&Expires=1581217659&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=adf2b989bda8af8e847b22ba68fddec4>. Acesso em: 8 fev. 2020.

_____. _____. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 363.889. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Diego Goiás Schmaltz. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 de junho de 2011. **Lex:** jurisprudência do STF, Brasília, 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_363889_DF_1325814855564.pdf?Signature=M9LHKkEm4wn2hPp6d1uyoVkr1cg%3D&Expires=1581216474&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d114c87969e33522780156fdecadf132>. Acesso em: 8 fev. 2020.

_____. _____. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 605.709 Recorrente: Hermínio Cândido e Outro (a/s). Recorrido: Francisco Demi Júnior e Outros (a/s). Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 12 de junho de 2018. **Lex:** jurisprudência do STF, Brasília, 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RE_605709_d14a7.pdf?Signature=4CLgK5j6KRW9iiL7QNedSEB47Pg%3D&Expires=1581217317&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eed5215a85ae930016df36f43129a2e6>. Acesso em: 8 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 803481. Recorrentes: Cargill Agrícola S/A. Recorridos: Luiz Ferreira Lima. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 01 de agosto de 2007. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200502058570&dt_publicacao=01/08/2007>. Acesso em: 9 fev. 2020.

_____. _____. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1316149. Recorrentes: Fischer América Comunicação Total Ltda e Outros. Recorridos: Os mesmos. Relator (a): Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 27 de junho de 2014. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, 2019. Disponível em:



<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25177265/recurso-especial-resp-1316149-sp-2012-0059884-0-stj/inteiro-teor-25177266?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

_____. _____. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1321614. Recorrentes: Javier Figols Costa. Recorridos: General Electric Company. Relator (a): Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 3 de março de 2015. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178161840/recurso-especial-resp-1321614-sp-2012-0088876-4/certidao-de-julgamento-178161859?ref=serp>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

_____. _____. Quarta Turma. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.506.600. Agravante: Belletti Engenharia de Instalações Ltda. Agravado: Antonio Carvalho Junior. Relator (a): Min. Ministro Marco Buzzi. Brasília, 09 de dezembro de 2019. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201901430364&dt_publicacao=08/08/2019>. Acesso em: 8 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico 2019**. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 57-105, jan. 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456/70066>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRADERA, Véra Jacob. Art. 7º: Liberdade contratual e função social do contrato. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org). **Comentários a Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt; TORRES, Marcio Roberto. Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: Superando a (Pseudo) Tensão entre Aplicabilidade Direta e Eficácia Indireta para Além do Patrimônio. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 53, n. 4, p. 326-356, 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3222>>. Acesso em: 8 fev. 2020.



MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.784/2019**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do Direito Comercial ao Direito Empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 24, n. 24, p. 7-36, 2004. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/73484/41374>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 45-72, 2008. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/115/90>>. Acesso em: 8 fev. 2020.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Discussões legislativas do Código Civil de 1916: Uma revisão historiográfica. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, Pelotas, v. 5, n. 1, p. 40-85, jan-jul. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/16701>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara de Direito Privado. Apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000. Apelante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Apelado: Companhia de Bebidas das Américas Ambev e outra. Relator: J.L. Mônaco da Silva. São Paulo, 12 de junho de 2013. **Lex: jurisprudência do TJ/SP**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

SARAIVA, Bruno De Sousa. Direito dos contratos, mercado e custos de transação. **Themis: Revista da Esmec**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 61-86, jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/686/572>>. Acesso em: 8 fev. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

