



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS  
CAMPUS DE PALMAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**SUSANIM ROCHA SILVA**

**ANÁLISE DO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DO  
CONTRATO DENTRO DA NOVA PERSPECTIVA DADA PELA  
LEI Nº 13.874/2019 – DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA  
LIBERDADE ECONÔMICA.**

Palmas/TO  
2021

**SUSANIM ROCHA SILVA**

**ANÁLISE DO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DO  
CONTRATO DENTRO DA NOVA PERSPECTIVA DADA PELA  
LEI Nº 13.874/2019 – DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA  
LIBERDADE ECONÔMICA.**

Monografia foi avaliada e apresentada à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques

Palmas/TO  
2021

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins**

---

S586a SILVA, SUSANIM ROCHA.  
ANÁLISE DO CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO  
DENTRO DA NOVA PERSPECTIVA DADA PELA LEI Nº 13.874/2019 –  
DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA. ./  
SUSANIM ROCHA SILVA. – Palmas, TO, 2021.

54 f.

Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus  
Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2021.

Orientador: Vinicius Pinheiro Marques

1. Interpretação Contratual. 2. Função Social do Contrato. 3. Lei da  
Liberdade Econômica. 4. Relações Jurídicas Contratuais. I. Título

**CDD 340**

---

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer  
forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte.  
A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184  
do Código Penal.

**Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).**

*Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro  
e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas  
da consideração que eles têm pelos próprios interesses.*

*- Adam Smith*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, toda honra e toda a Glória. À minha família, por todo suporte financeiro, emocional e espiritual, os quais me sustentaram até aqui. Aos meus amigos, por fazerem essa jornada mais divertida e suportável.

## RESUMO

O presente estudo consiste na análise e comentários acerca do princípio da função social do contrato, o qual foi inserido no Código Civil de 2002 como cláusula geral, e modificado através da Lei 13.874/2019 – Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica. A partir da revisão da literatura, doutrina e jurisprudência, expor-se-á aspectos positivos e negativos da inovação legislativa, recorrendo-se à contraprova nos Princípios do Direito Contratual e na Análise Econômica do Direito. Ao final, propõe-se uma reflexão dos possíveis efeitos nas relações jurídicas contempladas no campo dos contratos sociais, assim como a análise dos requisitos de validade da criação e aplicação da Lei n° 13.874/2019 dentro do ordenamento jurídico.

**Palavras-chaves:** Interpretação Contratual; Função Social do Contrato; Lei da Liberdade Econômica; Relações Jurídicas Contratuais.

## **ABSTRACT**

The present study consists of the analysis and comments about the principle of the social function of the contract, which was inserted in the Civil Code of 2002 as a general clause, and modified through Law 13.874/2019 - Declaration of Economic Freedom Rights. From the literature review, doctrine and jurisprudence, positive and negative aspects of the legislative innovation will be exposed, resorting to the counter evidence in the Principles of Contract Law and the Economic Analysis of Law. At the end, a reflection of the possible effects on the legal relations contemplated in the field of social contracts is proposed, as well as the analysis of the validity requirements of the creation and application of Law No. 13,874/2019 within the legal system.

**Keywords:** Contractual Interpretation; Social Function of the Contract; Economic Freedom Law; Contractual Legal Relations.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>DA INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Do contexto e desenvolvimento histórico da Análise Econômica do Direito.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Do Conceito da Análise Econômica do Direito .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3</b>	<b>Da Análise Econômica Positiva do Direito .....</b>	<b>18</b>
<b>2.4</b>	<b>Da Análise Econômica Normativa do Direito .....</b>	<b>19</b>
<b>3</b>	<b>DOS CONTRATOS E DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO.</b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Do conceito de Contrato .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2</b>	<b>Dos Contratos Empresariais .....</b>	<b>23</b>
<b>4</b>	<b>DA LIBERDADE CONTRATUAL, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS MUDANÇAS DECORRENTES DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>27</b>
<b>4.1</b>	<b>Da liberdade contratual e Função Social do Contrato no Direito Brasileiro .....</b>	<b>27</b>
<b>4.2</b>	<b>Do Artigo 421 e as alterações decorrentes da Lei da Liberdade Econômica .....</b>	<b>30</b>
<b>4.3</b>	<b>Do Novo Artigo 421-A .....</b>	<b>36</b>
<b>4.4</b>	<b>Da Lei da Liberdade Econômica, suas alterações na Liberdade Contratual e Função Social do Contrato, e a influência da Análise Econômica do Direito.....</b>	<b>39</b>
<b>5</b>	<b>DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>47</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1. DA INTRODUÇÃO

O movimento de Constitucionalização do Direito, também denominado de Neoconstitucionalismo, trouxe uma nova forma de se interpretar o Direito. Os princípios da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e dos contratos, consagrados na Carta Magna de 1998, agora ecoam em todo o ordenamento jurídico, cujo os direitos fundamentais passam a ser pressupostos de validade de qualquer ato.

O vocábulo Constitucionalização do Direito relaciona-se a todo o ordenamento jurídico, uma vez que tudo que está ligado ao Direito - normas, leis, decretos, regulamentos, jurisprudências, inclusive a doutrina, estão debaixo dos princípios da Constituição Federal. A Constitucionalização do Direito definiu novos padrões para a ordem pública, priorizando a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, e os institutos de valores não-patrimoniais, consagrando uma drástica ruptura em relação as prioridades trazidas no Código Civil de 1916. O Supremo Tribunal Federal firmou a posição que todas as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, e que com ela são incompatíveis, estão revogadas.

Nessa esteira, denota-se que a constitucionalização afetou os princípios básicos do direito privado clássico tais como a autonomia da vontade e da propriedade, que diante da nova dimensão passaram a ser funcionalizados, ou seja, reconhece-se que os atos jurídicos privados geram resultados no meio e afetam a coletividade, superando a compreensão de que os direitos fundamentais apenas teriam o poder de proteger o indivíduo em face do Estado.

No que tange aos contratos, houve um ruptura do princípio da autonomia absoluta das partes ao celebrar o contrato, surgindo novas condições para validade e eficácia das obrigações contraídas pelas partes, tais como um comportamento leal e ético no estabelecimento das obrigações, a necessidade de se observar a boa-fé objetiva e evitar o abuso de direito, atender a uma função social, ou seja, vislumbrar que mesmo em negócios jurídicos entre particulares, há reflexos na coletividade.

Diante disso, importa ao presente estudo o princípio da função social do contrato, uma vez que o mesmo reflete os princípios da boa-fé e da justiça contratual. Por serem os contratos os instrumentos de realização existencial, mas conservarem sua função de instrumentos de circulação de riqueza, os efeitos da obediência ao princípio da função social afetam diretamente o exercício da livre iniciativa, uma vez que toda atividade econômica só se viabiliza em razão dos contratos.

Este trabalho tem como objeto a Função Social do contrato relativo ao Código Civil de 2002, procurando analisar os efeitos que a nova Lei nº 13.874/2019 - Lei da Liberdade Econômica, trouxe aos contratos no âmbito civil, mas precisamente no que se restringe a alteração do artigo 421 do Código Civil.

Com a alteração do art. 421, a Lei da Liberdade Econômica instituiu o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, objetivando afastar a excessiva tutela do Estado nas relações contratuais.

Desta feita, a abordagem do presente trabalho terá como espelho a Análise Econômica do Direito, tendo em vista que esta possuiu importante contribuição para as mudanças trazidas pela Lei de Liberdade Econômica.

Para isso o estudo foi dividido em três partes. Primeiramente, estudaremos o conceito e desenvolvimento da matéria Análise Econômica do Direito, de modo a construir um embasamento teórico para entendimento do objetivo principal deste trabalho.

Após, abordaremos os princípios que norteiam os contratos, e a obrigatoriedade dos requisitos tanto objetivos, subjetivos e formais para a sua validação, considerando que o contrato é um ato de vontade expresso sob forma de lei ou negócio jurídico.

Por fim, a presente monografia tratará da definição de Função Social do Contrato e do seu reflexo nas relações jurídicas contratuais, uma vez que os contratos se baseiam no princípio da igualdade, conjectura-se que o mesmo será exercido nos limites de sua função social. A mesma análise se estenderá na alteração do art. 421 do Código Civil, o qual foi modificado pela Lei nº 13.874/2019.

## CAPÍTULO 2

### DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Buscando compreender a Análise Econômica do Direito (AED), faz-se necessário revisar os momentos que antecederam as escolas do Direito, as definições positivas e normativas do conceito de AED, o surgimento do instituto, sua relação com o Direito e a Economia, e como sua atual concepção se adequa no cenário jurídico brasileiro.

#### 2.1. CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O início direto do estudo da Análise Econômica do Direito começou com Ronald H. Coase (1960), através do seu livro *The Problems of Social Cost*, o qual postulou o que foi denominado de Teorema do Coase. O Teorema de Coase consiste na afirmativa de que em um contexto no qual os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, sendo irrelevante a atribuição jurídica do direito de propriedade. Sobre o Teorema de Coase, Juliana P. Guia afirma que:

Em uma situação sem custos de transação as instituições existentes não exercem influência sobre a alocação eficiente de recursos, pois os direitos podem ser negociados livremente entre as partes, de forma a se alcançar a alocação eficiente, independentemente de sua distribuição inicial. Contudo, a realidade é diferente e os custos de transação são de fato positivos e, não raro, muito altos. Assim, o direito passa a ter significativo papel de influência nas ações dos agentes econômicos, podendo contribuir para a obtenção de uma alocação eficiente dos recursos disponíveis ou, ao contrário, prejudicá-la.  
(GUIA, Juliana Pitelli, 2006, p. 246-247)

O movimento que originou as bases da Análise Econômica do Direito também se encontra nos Economistas da Escola Clássica, sobretudo, Adam Smith.

Adam Smith, em sua obra intitulada “*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*”, comumente conhecida na tradução para o Português como “Riqueza das Nações”, estabelece o que seria a base do liberalismo clássico, defendendo que a melhor solução para a alocação de recursos seria através da livre concorrência, ou seja, a dinâmica do próprio mercado regularia os preços e alcançaria o equilíbrio, tese essa que originou a famosa

expressão “a mão invisível”. Foi um dos precursores a discutir os efeitos econômicos na legislação mercantilista.

Não obstante, as teorias preconizadas por Adam Smith foram e continuam sendo questionadas no âmbito do estudo da Análise Econômica do Direito, porém serviram de base para as ideologias doutrinárias que seriam desenvolvidas no futuro, agora considerando as falhas do mercado quando gerido por ele mesmo, o que não era estudado por economistas do século XVIII.

Outro importante economista que contribuiu como base para o desenvolvimento do estudo da Análise Econômica do Direito foi Jeremy Bentham (1748-1832). Bentham foi um dos preconizadores do movimento do utilitarismo, sua tese se baseava na ideia de dor e prazer, sendo estes os estímulos que o homem em geral respondia, assim todas as decisões que o ser humano toma são fundadas em aumentar sua felicidade e prazer ou diminuir e evitar sua dor. Bentham formulou uma análise sistemática de como se daria o comportamento do ser humano inserido em uma sociedade ao se deparar com certos incentivos legais e assim conseguir avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social.

Gary Becker (1968), na sua obra intitulada *Crime and Punishment: An economic approach*, o autor, após calcular a probabilidade de ser pego e da sua possível punição, optou pela por praticar o crime. A conclusão do estudo foi dado ao afirmar que a racionalidade do criminoso se baseia no fim de que os benefícios dos seus crimes compensam mais que os prejuízos de uma eventual apreensão, culpa ou punição. Ainda dentro do seu trabalho, Becker concluiu que aumentar a vigilância seria um custo maior do que aumentar a pena, sendo melhor economicamente para o Estado diminuir a vigilância e aumentar a pena. Entretanto, cabe aqui alguns debates de cunho moral.

No seu livro intitulado *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Guido Calabresi (1970) relaciona o objetivo das normas jurídicas aos custos dos acidentes, entendendo que “primeiro, elas [as normas] devem ser justas; segundo, elas devem reduzir os custos dos acidentes” [Calabresi (1970, p. 24)]. O autor também salienta que é importante que haja instrumentos econômicos que visam reduzir os custos de acidentes, mas questiona até onde as pessoas irão querer salvar vidas e reduzir acidentes. O continua ressaltando que uma resposta estritamente econômica não se valeria para essa questão, considerando que o conceito de justiça depende de outros fatores, não sendo esta a única resposta possível.

Porém, o grande nome da Análise Econômica do Direito (AED) é Richard Posner (1972), Professor da Universidade de Chicago. Através da sua obra intitulada *Economic*

*Analysys of Law*, ele lançou o que é considerado as bases da AED, onde o objetivo do direito seria o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, o que implicaria na maximização do bem-estar social. Leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica e reduz o bem-estar. Nessa esteira, a aplicação da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas torna-se essencial.

O motivo dessa explanação até o momento é mostrar que a Economia gira em função das escolhas do homem, entender a Economia é entender os motivos que levam as atividades desenvolvidas pelos homens as quais visam a produção, distribuição e o consumo de bens e serviços necessários à sua sobrevivência e qualidade de vida. E o que não é o Direito senão um sistema de normas que regula as condutas humanas por meio de direitos e deveres. Quando uma norma proibitiva ou premissa se torna vigente as condutas do homem na sociedade mudará (ou não) e isso refletirá diretamente no bem-estar social.

A criação do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul em 2005 foi o primeiro passo para a institucionalização do estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil, local onde foi produzido o primeiro programa na área. Logo após, em 2007, funda-se a Associação de Direito e Economia (ABDE).

Com o passar dos anos eventos internacionais sobre o tema foram sediados no Brasil, assim como a publicação de incontáveis periódicos voltados a essa linha de pesquisa dedicados ao instituto. O ponto marcante para a consolidação da AED no Brasil veio com o evento “Direito, Economia e Desenvolvimento”, recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal e estruturado pelo ilustríssimo Ministro Ricardo Lewandowski.

Outro marco importante para a estruturação do estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil veio em 2015, no julgamento do Recurso Especial n. 1163283/RS. Nesse julgado o STJ proferiu a seguinte sentença:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. 1. **A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.** 2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. 3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto,

dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. 4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido. (REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015)

Outro exemplo da aplicação principiológica da AED está nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os quais foram incluídos através da Lei nº 13.655, de 2018. Essa Lei introduziu cerca de 10 artigos na LINDB que versavam sobre a segurança jurídica no Direito Público, e entre toda a sua matéria determinava aos julgadores o uso de uma visão mais abrangente em relação às suas decisões.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

(BRASIL, 2018 p. 1)

Por mais que pareça ser uma matéria nova, o estudo da disciplina tem avançado o suficiente para que a Análise Econômica do Direito não seja mais vista com aplicação implícita, mas já explicitada, não só em decisões fundamentadas do Supremo Tribunal Federal, mas também na própria legislação vigente, como vimos anteriormente. Agora, não se observa apenas “as implicações legais tão conhecidas pelos operadores do direito, mas as consequências de mercado, ao impacto do cumprimento dos contratos no mercado, ao impacto da solidez das instituições nas transações”.

## 2.2. CONCEITUANDO A ANÁLISE ECONÔMICA O DIREITO

Considerando o que foi disposto até o momento, constata-se que a Análise Econômica do Direito reformulou o Direito no sentido econômico, com o objetivo de solucionar conflitos judiciais relacionados à eficiência do próprio Direito, como os gastos na aplicação dos seus próprios institutos, os impactos das intervenções judiciais, inclusive as que envolvem o Direito Civil. Sobrevém na aplicação do ordenamento jurídico as premissas e conceitos utilizados nas ciências econômicas.

Entretanto, não se pode confundir a matéria estudada na Análise Econômica do Direito com “Direito Econômico”. A Análise Econômica do Direito trata-se interdisciplinaridade, aplicando a todos os ramos do Direito os princípios da ciência econômica, principalmente as que estão ligadas ao conceito de valor, utilidade e eficiência. Com efeito, o estudo da ciência econômica eram mais notados em casos que envolviam valores monetários, regulação de mercado e tributação, entretanto a interpretação à das ciências econômicas se expandem a matérias de direitos de propriedade, direito penal, direito constitucional, processo penal, contratos, entre outros. Essa monografia estará focada no âmbito do Direito Civil, sobretudo no que concerne à matéria de contratos.

Resumindo, a economia busca compreender os motivos que levam certos comportamentos humanos na sociedade, e o Direito se dedica a regulamentar a vida em sociedade. Nesse sentido, Gico Jr. explica que:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.  
(GICO JR, op. cit., p. 02)

Os estudiosos da AED, portanto, buscam investigar as causas e as consequências de uma norma no contexto social, tentando prever como se derá o comportamento dos que estão envolvidos em determinado fato. Contudo, o Direito não aborda especificamente uma teoria acerca do comportamento humano, por isso utiliza-se da metodologia das ciências econômicas para entender certas condutas humanas.

Quando se fala em Ciências Econômicas, a máxima “lei da oferta e da procura” aparece inevitavelmente, o que resulta em uma simplificação da realidade fática. A “lei da oferta e da procura” preleciona a relação entre a quantidade de determinado produto e seu preço, sendo essa uma relação inversamente proporcional, ou seja, haverá a diminuição da demanda de determinado produto quando houver o aumento do seu preço, seja um bem ou prestação de serviço. Os princípios da Economia possibilitam o desenvolvimento da ciência

econômica, assim como os princípios do Direito servem de embasamento para todo o sistema jurídico.

Ao se considerarem as leis econômicas, inevitavelmente, nos deparamos com a “lei da oferta e da procura”, dentre outras, que resultam de simplificações da realidade fática. Esta “lei da oferta e da procura” prevê que determinada quantidade de determinado produto específico varia de forma inversa em relação a seu preço, o que nos leva à óbvia conclusão de que, caso haja aumento de seu preço, haverá a diminuição pela procura do produto, seja ele um bem ou um serviço. Os princípios econômicos proporcionam o desenvolvimento da ciência econômica, da mesma forma como os princípios do Direito sustentam todo o ordenamento jurídico.

O conceito da “escassez de recursos” declara que os recursos existentes na sociedade são escassos, e se assim não fosse, não haveria problema econômico, muito menos conflitos. Gico Jr. (GICO JR., 2019, p. 19) escreve que “a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes”. Essa afirmativa resulta no que os economistas chamam de tradeoff, ou seja, toda escolha implica em um custo, ao se decidir por algo automaticamente se renuncia outro.

Ao valor do bem que é renunciado, as Ciências Econômicas classifica-o como custo de oportunidade. Deste modo, os agentes econômicos estão constantemente envolvidos em algum conflito de escolha, onde os mesmos ponderarão seus interesses, custo e benefícios opção, “adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, traz-lhes mais bem-estar” (GICO JR., Loc. Cit.), tal circunstância se dá uma vez que a escassez é inerente à sociedade.

Entender o cenário em que os agentes estão inseridos no momento da escolha, é de salutar importância para a compreensão do comportamento humano diante de situações de conflito. A economia trabalha com duas hipóteses de contexto, sendo eles, o contexto mercadológico e o hierárquico. No hierárquico não se leva em consideração a relação dos agentes, já no contexto mercadológico, a livre interação dos agentes gera efeito na conduta dos mesmos, a esse fenômeno dá-se o nome de MERCADO (Ibid., p. 20.).

A Análise Econômica do Direito defende que todas as escolhas tomadas são feitas de forma racional, a qual denomina-se de racional maximizadora, presumindo que “agentes farão escolhas racionais de maneira a alocar da forma mais eficiente possível os recursos que detêm” (BARELLA, Ana Lúcia; GIBRAN, Sandro Mansur. 2020. p. 05). Considerando que as decisões tomadas possuem embasamento tanto nos benefícios quanto nos custos, qualquer

mudança nas condições pode alterar a decisão tomada outrora. Quando o indivíduo escolhe entre suas opções, ele optará por aquela que ele supõe lhe trazer maior benefício. A AED busca aplicar no Direito a mesma ideia de eficiência constante na economia. Desta forma podemos analisar que os resultados de eficiência ou ineficiência que uma norma vai gerar quando posta na sociedade.

De acordo com Gico Jr.:

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos.  
(GICO JR., 2010, p. 21)

A AED tem como objetivo “a eficiência do mercado por meio de normas que maximizem a eficiência das escolhas dos sujeitos” (BARELLA; GIBRAN, 2020, p. 11.), ou seja, buscando compreender o funcionamento do comportamento dos agentes econômicos dentro da sociedade, a juseconomia aplica a escolha do indivíduo, ou de um grupo, como a base para a análise. A tal procedimento, dá-se o nome de individualismo metodológico, o qual pretende explicar que para compreender o comportamento da coletividade é necessário que se entenda o comportamento individual do agente. Cumpre salientar que a análise do comportamento individual não consiste que ela será feita de forma restrita, na verdade, será considerada dentro do contexto da dinâmica da sociedade a qual o agente está inserido.

Richarda Posner, vanguardista do estudo da Análise Econômica do Direito, reconhece que a eficiência da matéria se dá mais como um critério avaliativo, e não como um critério objetivo e principal quando da análise de uma situação fática. Além do mais, o autor não ignora o fato de que pode haver certos limites éticos quando se faz uma análise puramente econômica do fato, principalmente sob a ótica normativa. Em assim sendo, a AED deve ser compreendida como um instrumento de auxílio que está à disposição dos operadores do direito afim de esclarecer realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade)” (GICO JR., op. cit., p. 27.).

A Análise Econômica do Direito não implica em uma inovação normativa, ela vem apenas como um auxílio, um complemento por meio da metodologia aplicada na Ciência Econômica, com o intuito de trazer o ordenamento jurídico mais perto da realidade, garantindo maior eficácia perante aqueles que pleiteiam uma justiça mais célere e eficaz. Agora, o jurista, legislador e Operador do Direito têm na AED uma ferramenta na busca do

êxito dos objetivos que se pretende atingir, sendo eles relacionados no art. 3º da Constituição Federal, quais sejam:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
  - II - garantir o desenvolvimento nacional;
  - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
  - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- (BRASIL, 1990)

### **2.3. DA ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DO DIREITO**

A corrente que defende a tese da Análise Econômica Positiva do Direito tem por objetivo apresentar as consequências de determinada norma jurídica vigente a luz dos princípios econômicos, sejam elas relativas a proveitos econômicos ou sociais, o que importa aqui é a possibilidade de prever quais serão os resultados das alterações jurídicas. “Isso é efetivado sem que se promova claramente uma análise normativa, já que tais trabalhos evitam juízos de valor sobre as preposições, restringindo-se a relatar seus possíveis efeitos” (ROSA, 2008, p. 12). Dessa forma, o Direito passa a ser um administrador das relações entre indivíduo.

A Análise Positiva do Direito defende que a riqueza é um fator de verificação nas relações de mercados, ou seja, propõe-se através de modelos econômicos, que os indivíduos em uma sociedade buscam sempre satisfazer suas pretensões e essa busca, que é constante, regularia de forma eficaz as relações de mercado. O caráter positivista desta tese parte-se, muitas vezes, de reproduções hipotéticas, deixando uma brecha do porquê a maximização da riqueza deveria ser usada nas decisões de um sistema da common law.

Analisando a forma como os contratos surgem, nota-se que as condutas voluntárias servem como referência quando dos efeitos da ingerência do Direito na relação entre os particulares. Essa intervenção jurídica tende a enfraquecer o que deveria ser uma escolha própria do indivíduo, tendo em vista que a norma torna-se um incentivo para o resultado final. Ao comparar uma situação real com o resultado que se espera caso a ação do indivíduo seja totalmente voluntária, medirá a eficácia de uma norma. Como se sabe, o Direito é analisado de acordo não só com as presunções de direitos, mas dos resultados que as normas produzem no mundo real.

A grande questão consiste em qual seria o papel do Direito dentro dessa relação voluntária entre os particulares, na ótica da Análise Econômica Positiva do Direito.

Nos contratos, um estímulo seria aquele que prevenisse as partes de possíveis abusos e explicasse as consequências e os riscos as quais as partes estariam expostas. Outros incentivos seriam o de cláusulas que garantissem o cumprimento do contrato, reparação de danos e indenização em casos de descumprimento. Ao Direito caberia desempenhar o papel de garantidor do regular cumprimento do contrato, tornando o mercado eficiente.

Outro importante papel do Direito dentro das relações contratuais, sob a ótica da Análise Econômica Positiva do Direito, seria o de evitar vantagens obtidas através de informações e posições privilegiadas, evitando assim o oportunismo. “Trata-se da informação quanto aos interesses em jogo, as expectativas de benefícios e de valor de utilidade e ainda dos custos tidos com aceitáveis ou não pelos agentes” (ROSA, 2008, p. 23).

Esses são os elementos que mais atingem a relação entre os particulares. Uma das considerações que são feitas em desfavor da Análise Econômica Positiva do Direito questiona a eficácia da Ciência Econômica, especialmente na presunção de que o indivíduo ser de fato um maximizador racional. De fato, é impossível conceituar o que é ser racional e limitar tal conceito a todos os indivíduos sociais da mesma forma, uma vez que uma pessoa não entende a racionalidade como a conformação dos meios ao fim desejado, mas sim como algo que foi pensado pela pessoa. As condutas humanas não podem ser mensuradas, uma vez que são eivadas de emoção e irracionalidade. O juízo de valor que uma pessoa tem acerca do que é satisfatório é totalmente subjetivo, o que impossibilita averiguar se uma ação é maximizadora de riqueza.

Entretanto, não se pode ignorar que a metodologia atrelada a maximização de riqueza é eficaz quando usada como referencial crível para orientação de julgamentos, considerando que a teoria traz para dentro do mundo jurídico a perspectiva científica sobre o direito.

Nesse sentido, Santana afirma que negar a Análise Econômica positiva seria um atraso ao sistema jurídico brasileiro:

Ainda que a análise econômica positiva seja “contaminada” por valores e conceitos estranhos ao jurista, também o é qualquer outra análise realizada sob a ótica de ramos do conhecimento distintos do Direito. Afastar a priori as contribuições de qualquer uma dessas formas de análise, sob a alegação de que contaminam o Direito com valores que não estão expressos no ordenamento jurídico, mostra-se atávico, preso a uma concepção kelseniana do Direito a que se busca superar, um verdadeiro retrocesso na Teoria Geral do Direito. Ademais, não se encontram empecilhos para um estudo de AED positivo no Direito brasileiro: enquanto aquele não se torne exclusivo, apenas contribui para a solução de conflitos.  
(SANTANA, 2014, p. 170)

## **2.4. DA ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO**

A análise econômica normativa tem como objetivo remodelar o direito atrelando-o aos princípios econômicos, com o fim de alcançar a maximização da riqueza e o bem-estar social. Essa corrente defende uma metodologia comportamental, onde o direito tem o papel fundamental de estimular os indivíduos a agirem de determinada maneira de modo a alcançar maior grau de eficiência. “Nesses termos, os trabalhos normativistas de Law and Economics se caracteriza a noção de eficiência como referencial a avaliar a adequação das normas vigentes” (ROSA, 2008, p. 19).

A premissa da eficiência, como objetivo da norma, deve ser o norte de toda a decisão tanto do Estado quanto do direito em si, dessa forma toda decisão normativa e estatal terá como fim os efeitos reais que terá na sociedade.

A eficiência torna-se, portanto, a mais importante função que o direito terá dentro das relações entre os particulares, afim de garantir o maior aproveitamento dos recursos sociais. A efetiva realocação dos recursos baseia-se nas relações próprias do mercado, o qual atingirá seu equilíbrio natural. Importa ressaltar que a palavra Recurso aqui é utilizada em sentido amplo, “de maneira a incluir aqueles bens e serviços cujas ofertas e demandas se veem obscurecidos por relações de natureza aparentemente não econômica” (ROSA, 2008, p. 21). Questiona-se então se há de fato no direito a função de maximizar a riqueza dentro de uma sociedade, e de que forma se daria isso.

Diminuir os dispêndios reais das negociações e permitir com que o bem esteja com aquele que irá de fato valoriza-lo, são exemplos do papel fundamental que o direito desempenha ao compensar as distorções entre a realidade fática e o sistema ideal de mercado. O Estado tem o dever de garantir as transações considerando o que a sociedade dispõe a pagar por tal coerção, ponderando os custos de obtenção de informação, julgamento e sanção. A ação do Estado tem por fim garantir o equilíbrio no ambiente social e nas relações entre os indivíduos, para que cada pessoa tenha êxito naquilo que é de seu interesse.

Por fim, dizer que o Direito tem como principal objetivo a busca pela eficiência conflitaria com o restante do ordenamento jurídico vigente no Brasil, sobretudo a Constituição Federal, uma vez que se teria que aceitar que há hierarquia entre princípios. Garantir a eficiência acima dos outros princípios postulados no ordenamento jurídico resultaria ainda no afastamento da própria Constituição, considerando que para conseguir a máxima eficiência teria que ignorar muitas matérias por ela trazidas. Orientar a atividade legislativa e jurídica tão somente na busca pela eficiência afastaria tudo o que o Estado Democrático de Direito representa.

Resumindo, o estudo da Análise Econômica do Direito ampara todo o ordenamento jurídico, uma vez que serve de auxílio aos juristas, legisladores e operadores do Direito, aproximando todas as expectativas contidas na norma à realidade fática. Para tanto, a AED deve ser inserida como assessorio na formação do operador do direito, não preponderando na matéria jurídica.

É nesse sentido que a Análise Econômica do Direito afasta dos preconceitos existentes entre as Ciências Econômicas e o Direito, incentivando a visão conciliadora e interdisciplinar, podendo ser aplicada de forma limitada ao texto constitucional brasileiro.

## CAPÍTULO 3

# DOS CONTRATOS E O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Antes de adentarmos ao estudo da função social do contrato, necessário se faz a análise do conceito e dos requisitos de validade dos contratos.

### 3.1. DO CONCEITO DE CONTRATO

Primeiramente cumpra-se esclarecer a diferença de fato jurídico em sentido amplo e fato jurídico em sentido estrito.

Fato jurídico em sentido amplo é todo acontecimento previsto em norma jurídica, em razão da qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas. Já fato jurídico em sentido estrito, é aquele que advém, em regra, de fenômeno natural, sem intervenção da vontade humana e que produz efeito jurídico.

Falando de contrato, considera-se impossível haver um contrato sem que as partes sejam distintas, podendo ser um, duas, três, ou mais partes. Aqui já deixamos claro que o contrato é a expressão das vontades das partes.

Quando se trata de definir o conceito de contrato, a doutrina traz uma grande variedade de formulações. Vera Jacob de Fradera afirma “tratar-se de um conceito universal, adaptável a todas as épocas e latitudes” (FRADERA, Véra Jacob, 2019, p. 293).

Para Beviláqua:

Num contrato, as partes contratantes acordam que se deve conduzir de determinado modo, um em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações.

(BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Obrigações, p. 132)

Maria Helena Diniz menciona o cumprimento às regras jurídicas, relatando que contrato

[...] é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

(DINIZ, Maria Helena, 2008. p. 30)

Já para Pereira: “[...] contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar, ou extinguir direitos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2001, p 02).

Hordineiramente, compreende-se que o instituto do contrato visa, sobretudo, a criação, modificação ou extinção de direitos e relações jurídicas, o qual tem a finalidade de gerar obrigações entre as partes. Esse acordo feito entre as partes possui um objetivo específico, o qual foi premeditado antes da criação do contrato (instituto negocial). Contudo, para que isso ocorra em conformidade com o ordenamento jurídico, certos requisitos descritos no Código Civil devem ser observados, esses são os componentes de validade e existência do negócio jurídico, além dos princípios que são próprios do contrato.

Nessa esteira, Timm e Guarisse afirmam que o contrato é um fato social, existente antes mesmo do nascimento do próprio direito, ocupando o primeiro lugar entre os atos jurídicos, uma vez que o contrato é de fato uma manifestação da necessidade humana de interação econômica. Este conceito descrito pelos autores se relaciona com a ideia capitalista de trocas voluntárias, defendida por autores liberais ao longo do tempo (TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol, 2019, p. 158).

Nesse ponto, define-se a separação entre o conceito de contrato, que significa a relação de troca entre os indivíduos, e o Direito contratual, que é uma regulação jurídica essencialmente estatal, instituindo regras de validade e existência (Ibid., p. 158).

O atual Código Civil de 2002 incorpora ao conceito de contrato três princípios importantes, quais sejam: boa-fé objetiva, constante no art. 422, do equilíbrio econômico, conforme artigo 478, e o da função social do contrato, conforme tipificado no art. 421, todos consubstanciados no Código Civil.

Deste modo, pode-se concluir que o contrato atua como a principal espécie de negócio jurídico, onde criam-se, excluem-se e regulam-se relações jurídicas, atribuindo direitos e obrigações às partes contratantes (RODRIGUES JR.; LEONARDO; PRADO, 2019, p. 318.). A implementação do artigo 421-A no Código Civil Brasileiro, o que ocorreu pela Lei da Liberdade Econômica, faz-se menção a duas espécies de contrato: civil e empresarial, classificando-os, ainda, como simétricos e paritários.

### **3.2. CONTRATOS EMPRESARIAIS**

Há um certo descaso do ordenamento jurídico quando se trata da teoria geral dos contratos empresariais, levantando uma nebulosidade na doutrina quando da definição e

separação os dois tipos de contratos elencados no Código Civil, quais sejam: o contrato civil e o contrato empresarial. Isso porque há uma “coincidência” entre os regimes das obrigações civis e empresariais induzindo ao não estudo separado dos dois grupos de contratos, o que já ocorria ao tempo do Código de 1916, e foi ainda mais agravado quando da unificação das relações obrigacionais. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato explica:

Não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comercio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global.  
(COMPARATO, Fábio Konder, 2015, p. 251)

Já a autora Forgoni Paula ressalta que, antigamente, apenas a participação de uma única empresa ou comerciante que seja, na relação jurídica já era suficiente para classificar o contrato como comercial. Atualmente, principalmente considerando a prática do direito do consumidor, esta afirmação não contempla a realidade. Na mesma esteira, a autora continua que “mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, a doutrina brasileira encontrava dificuldade para classificar os negócios entre civis e comerciais” (Ibid., p. 32-33).

Portanto, a distinção entre os contratos mercantis e civis perdeu muito da sua importância, a partir da unificação da justiça comercial e civil. Com isso, conclui-se que a distinção entre os contratos não decorria de questões materiais, mas, sim, da própria diferença do tratamento efetuado pelos códigos (Ibid., p. 33).

---

Forgioni discorre que esta unificação do direito das obrigações (que anteriormente era dividido em civis e empresariais), “trouxe consigo o descaso pela teoria geral dos contratos” (FORGIONI, 2009, p. 34), pois, uma vez as obrigações eram as mesmas, “não haveria mesmo razão para estudar em separado os dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão somente, o estudo individual dos tipos contratuais” (Ibid., p. 35).

Entretanto, com o surgimento do Direito do Consumidor como um ramo independente do Direito, sujeito às especificidades e princípios novos, acabou por levar aquilo que é chamado de “redescoberta dos contratos comerciais”, figurando-os como uma categoria autônoma, que também merece tratamento específico, de forma diferente das regras gerais civilistas e consumeristas (Ibid., p. 37). Da mesma forma, são destacados outros importantes fenômenos que contribuíram para essa redescoberta, além da consolidação do direito do

consumidor, a desverticalização das empresas, o incremento da utilização dos contratos de colaboração interempresariais, o desenvolvimento do pensamento microeconômico e as privatizações (Ibid., p. 17).

Desta feita, alguns autores efetuam uma tripartição, contendo os contratos civis, contratos com consumidores e os contratos comerciais ou empresariais. De acordo com Bulgarelli, um dos precursores dessa separação:

Há, portanto, [...] de se distinguir hoje entre os contratos comuns firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com as empresas, sendo estes últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor, que só agora começa a despontar entre nós.

(BULGARELLI, Waldirio, 1987. p. 24)

Na concepção de Forgioni, o diferencial dos contratos empresariais “reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua vontade comum e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa peculiar” (FORGIONI, op. cit., p. 38).

Para ser considerado um contrato empresarial, portanto, todas as partes envolvidas devem ter suas atividades movidas por razões exclusivamente empresariais, fundamentados na lógica do lucro (FORGIONI, 2009, p. 18). Enquanto isso, em um contrato consumerista, por exemplo, apenas uma das partes busca a aferição de lucros (fornecedora); nos civis “pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (locação, por exemplo)” (Ibid., p. 39).

Entretanto, a importância dada ao lucro nesses contratos civilistas não é a mesma dada nos contratos empresariais, pois toda a existência da empresa se justifica pelo fim lucrativo, sendo a própria razão de ser do contrato empresarial e da empresa. Não é possível pensar a empresa de uma forma apartada, “ela não somente é, mas também age, atua, e revela-se em suas transações (Ibid., p. 23).

A empresa necessita obter e distribuir produtos, “associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias e a abertura de mercados” (FORGIONI, 2009, P. 128-9). Para efetuar tudo isso, bem como tantas outras coisas, é necessário que estabeleça relações com terceiros, o que se dá à luz dos contratos empresariais. Em realidade, “o mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais tecidos pelos agentes econômicos” (Ibid., p. 24).

Ulhoa Coelho define empresa como “atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, Fábio Ulhoa, 2002, P. 19).

Forgioni lembra que as empresas celebram contratos com os mais diversos agentes econômicos, como consumidores, Estado e trabalhadores. A partir disso, “a compreensão de seu perfil contratual passa pela classificação desses acordos conforme o sujeito que com ela se relaciona” (FORGIONI, op. cit., p. .27).

Portanto, o contrato, sobretudo o contrato empresarial, é responsável por reger a circulação de riquezas em uma sociedade, sendo esse interpretado como um fato econômico social, que se dá pela troca voluntária de bens e serviços, encaminhando aquilo que se conhece por comércio.

Assim sendo, a atuação judiciária e legislativa podem acabar por funcionar como incentivadores da geração de riqueza, na medida em que caminham em sentido favorável a valorização dos contratos, especialmente no que tange à sua segurança jurídica e previsibilidade, sendo nessa perspectiva que se fundou a Lei da Liberdade Econômica.

## **CAPÍTULO 4**

### **DA LIBERDADE CONTRATUAL, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS MUDANÇAS DECORRENTES DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA:**

Propõe-se neste capítulo abordar as alterações decorrentes da Lei da Liberdade Econômica na liberdade contratual e função social do contrato, o que se fez pela mudança no artigo 421 do Código Civil, bem como através da criação do artigo 421-A, instituindo o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, determinando, ainda, a amplitude da revisão contratual como limitada. Pretende-se, da mesma forma, analisar a evolução da liberdade contratual e função social dos contratos, além de relacionar com as mudanças com a Análise Econômica do Direito.

#### **4.1 DA LIBERDADE CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**

O Código Civil de 1916 adotou uma concepção mais liberal no que tange à liberdade contratual. Pregava-se uma intervenção mínima do juiz nos contratos, uma vez que, à época, se considerava a palavra como algo inviolável e sagrado, que uma vez dita, não poderia ser alterada (FRADERA, 2019, p. 294).

Por outro lado, o Código Civil de 2002 representou uma grande mudança nesse sentido, vez que definiu um caráter um pouco mais intervencionista no direito privado, sobretudo nos contratos, limitando a autonomia privada, “ademais dos seus clássicos limites, a ordem pública e os bons costumes, as partes foram instadas a observar, quando for o caso, a sua função social” (Loc. cit.).

Em sua versão original, isto é, antes da publicação da Medida Provisória 881, o artigo 421 do Código Civil de 2002 expunha que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Extraí-se daí, segundo Vera Jacob de Oliveira, dois princípios que regem os contratos: o princípio da liberdade contratual e o princípio da função social do contrato. Miguel Reale, organizador do Código de 2002, afirmou que o princípio da função social aos contratos é

estendido dos incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, que afirmam que o direito de propriedade “atenderá a sua função social” (REALE, Miguel, 2003).

Em artigo publicado em seu site oficial, logo após a vigência do Código, o mesmo doutrinador escreveu:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. (REALE, Miguel. 2003)

Nessa mesma seara, Reale afirma que há três opções possíveis ao legislador, quando esse encontrar-se na elaboração das relações privadas contratuais de determinado ordenamento jurídico: a) dar maior privilégio aos interesses individuais, como ocorreu em 1916; b) dar maior reverência aos valores coletivos, obtendo a socialização dos contratos; ou, c) elaborar o que foi feito em 2002, quando assumiu se uma “uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas” (REALE, Miguel, 2003) .

O doutrinador Flávio Tartuce, ao mencionar que defendeu sua dissertação de mestrado acerca deste mesmo tema, sintetizou o pensamento de Reale, lembrando quando o autor aduziu acerca de um possível confronto entre a liberdade contratual e a função social do contrato: A atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas representa um dos seus primordiais de afirmação e desenvolvimento (TARTUCE, Flávio, 2019, Primeira Parte)

De acordo com o pensamento de Eduardo Tomasevicius Filho, a função social representa “mais um instrumento de aplicação de justiça ao caso concreto” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, 2005, p. 203). Sendo que, para compreendê-la, torna-se necessário analisar as vertentes existentes em relação a concepção da liberdade contratual. De acordo com o que expressa o autor, compreende-se duas visões acerca da liberdade contratual: a visão realista e a visão legalis (Loc.cit.).

Na compreensão da visão realista, a liberdade contratual é inerente ao indivíduo. Seguindo esse entendimento, o indivíduo possui capacidade e direito de se autodeterminar, “no sentido de

estabelecer para si mesmo uma conduta determinada e cumpri-la” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 203). Nessa concepção, Tomasevicius Filho relembra os escritos do jurista italiano Giuseppe D’Eufemia, que afirmou que na perspectiva da liberdade contratual a partir da visão realista, o direito se limita a reconhecer que a vontade humana é fonte de direito objetivo. Resta, portanto, ao direito, a tutela da liberdade contratual, “garantindo-a, como no caso do ato jurídico perfeito, ou então, assegurando exequibilidade à promessa feita por meio da vontade livre” (Loc. Cit). Portanto, seguindo essa vertente, o direito deve, coercitivamente, tão somente garantir o cumprimento do que foi pactuado.

Por outro lado, seguindo a visão legalista da liberdade contratual, essa somente existe por uma concessão dada pelo Estado aos particulares. Ou seja, o Estado, por meio dos seus legisladores, confere aos indivíduos a capacidade de contratar, modificar ou extinguir direitos. Sendo assim, caberia ao Estado a possibilidade de controle da liberdade que fora concedida (Loc. Cit).

Assim sendo, tratando-se de uma concepção ampla da autonomia privada, o Estado confere a liberdade de contratar aos indivíduos, mas, em contrapartida, pode determinar encargos para o exercício de tal liberdade (Loc. Cit). Estaria se falando, nesse caso, de uma liberdade cujo conteúdo é negativo.

Ainda, o Estado poderia conferir aos indivíduos o poder para se autodeterminarem, com a condição de que não contraditem preceitos determinados pelo próprio direito, restando, assim, uma liberdade negativa. Essa é a perspectiva adotada, por exemplo, no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Seguindo esse entendimento acerca da liberdade, a função social, em seu sentido de finalidade social, condiz com a concepção negativa de liberdade contratual. Tomasevicius Filho expressa o tema da função social no sentido de finalidade social, afirmando que “se o instituto jurídico for usado da forma como foi criado e produzir os efeitos que dele se espera, sem causar dano a outrem, cumpre-se a função social” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 204).

Agora, tratando-se da função social em sentido estrito:

Por sua vez, a função social em sentido estrito corresponde à visão positiva da liberdade de contratar, porque essa impõe a busca de determinados fins. Não basta que o instituto jurídico produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem. Requer-se, além de tudo isso, a consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade.  
(TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 204)

Portanto, em sentido ao que determinou o Código Civil de 2002, se tratando da concepção negativa da liberdade de contratar, essa é exercida nos limites da função social do

contrato, enquanto, em sua concepção positiva (função social em sentido estrito), a liberdade de contratar seria exercida em razão da função social do contrato, resultando, assim, no que determinava o artigo 421 do Código Civil em sua versão originária.

Em razão desse e de outros fatores abordados sequencialmente é que o artigo 421 foi tão criticado ao longo dos anos, desde a sua concepção.

## **4.2 DO ARTIGO 421 E AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA**

Primeiramente, julgou-se contraditório o fato de estabelecer, ao mesmo tempo, a definição negativa e positiva de liberdade no artigo 421 do Código Civil. Outros dois pontos também corroboraram com as diversas críticas a esse dispositivo, principalmente no que tange à sua redação legislativa, que se dá ao uso dos termos “liberdade de contratar” e “em razão”.

Já em 2002 houve tentativa de mudança desse dispositivo, através do Projeto de Lei n. 6960/2002, de autoria do advogado e Deputado Federal Ricardo Fiuza, à época filiado ao Partido Progressista Brasileiro, que propôs, já naquele tempo, uma nova redação ao artigo, que então ficaria que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (TARTUCE, Flávio, 2019, Primeira Parte).

Em junho do mesmo ano de 2002, em evento ocorrido na Câmara dos Deputados, intitulado como “Novo Código Civil Brasileiro – O que muda na vida do cidadão”, o professor Antonio Junqueira de Azevedo também já apontava para as falhas existentes no artigo 421. Segundo ele, não se poderia manter que a liberdade de contratar seria exercida em razão da função social do contrato. Em sua crítica, afirmou que “a liberdade será exercida não em razão dos interesses do contratante limitado pela função social, transformando essa liberdade numa espécie de dever de funcionário” (TARTUCE, Flávio, 2019, Primeira Parte).

Tartuce também elucida a sua crítica a esses dois mesmos fatores, aduzindo que a função social, que representa a finalidade coletiva desse instituto contratual, limita a liberdade contratual, relativo ao que é negociado e também às cláusulas específicas. Aduz também que a função social jamais representa razão do contrato, que é “constituída pela autonomia privada, pela liberdade individual, sendo necessário excluir a locução em razão” (TARTUCE, Flávio, 2019, Segunda Parte).

Mediante tantas críticas, seria necessário, portanto, alterar o dispositivo em duas frentes. Primeiramente, fundamental a alteração do termo liberdade de contratar, eis que desmedidamente amplo, seguido da remoção da expressão em razão, certo de que função

social não é a razão do contrato (TARTUCE, Flávio, 2019, Segunda Parte), mas tão somente a limita.

Entretanto, ao ser publicada a Medida Provisória 881/2019, nada alterou o disposto no artigo 421 do Código Civil, em relação às críticas acima mencionadas. Em sua versão original, apenas complementou o já disposto no Código Civil de 2002, acrescentando que seria necessário observar o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Portanto, assim constava o artigo 421 do Código Civil, quando da publicação da Medida Provisória 881/2019: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” (BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019).

A redação do texto continuou a ser criticada, não somente por manter os termos liberdade de contratar e em razão, mas, também, alguns não pouparam críticas à parte final do dispositivo. Tartuce, por exemplo, escreveu que:

[...] a redação também procurava reduzir consideravelmente a abrangência da função social do contrato, limitando-a ao conteúdo do art. 3º da norma, que trata da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o que, por bem, acabou não prosperando.

(TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte, 2019)

O senador Antônio Anastasia, guiado pelos professores Otávio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo, propôs a emenda 158, que visava alterar o artigo 421, ficando com o seguinte texto: "O contrato cumprirá a sua função social" (TARTUCE, Flávio, 2019, Segunda Parte) Entretanto, não foi essa a emenda aprovada pelo congresso, mas sim a de número 199, apresentada pelo senador Jean Paul Prates, com sugestão de Flávio Tartuce, que, por fim, expressava que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Desta forma, assim expõe o novo artigo 421 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.  
(BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Com uma pequena alteração, manteve-se o parágrafo único trazido pela Medida Provisória, que agora consta que nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Trata-se de um princípio completamente novo na esfera civil brasileira. Alguns o criticaram porque julgaram ser uma

tentativa de retorno a regra absoluta do pacta sunt servanda, denominando de “tradição liberal” (RODRIGUES JR.; LEONARDO; PRADO, 2019, p. 319).

Por outro lado, as críticas mais contundentes dizem respeito ao fato de que este dispositivo, de forma isolada, de nada adiantaria para diminuição de uma possível interferência elevada do Estado-juiz nas relações privadas, e que, na realidade, no Brasil, legalmente já vigora uma intervenção mínima, eis que a regra é a liberdade contratual, que é limitada pela função social do contrato.

Para Tartuce, o que ocorreu foi uma possível volta de um temor da função social do contrato, o qual ele designou de “antigos fantasmas”, eis que, desde algum tempo, a liberdade contratual não é ameaçada pela função social do contrato, sendo este entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência. O autor menciona que, atualmente, existem mais de 100 julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da função social do contrato, “sem que qualquer um deles tenha eliminado o pacta sunt servanda” (TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 e as alterações do Código Civil. Primeira parte. Migalhas. 2019)

O REsp 1.443.135/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.04.2018:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PRÉ-QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚM. 211/STJ. FORÇA OBRIGATÓRIA DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS. MITIGAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. CESSÃO DA LOCAÇÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO. LEGITIMAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FATO VIGENTE. 1. Ação declaratória de inexistência de obrigação ajuizada em 26/08/2010, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 10/04/2013 e atribuído ao gabinete em 26/08/2016. 2. O propósito recursal é dizer, primordialmente, sobre a insubsistência do contrato de locação no que se refere ao recorrente, enquanto locatário, porque caracterizada a cessão da locação em favor do segundo recorrido. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 5. Conquanto não se possa ignorar a força obrigatória das disposições na fase de execução contratual, há de ser ela mitigada pelos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social do contrato. 6. No particular, a ausência de qualquer oposição à notificação extrajudicial promovida pelo locatário, aliada à permanência da pessoa jurídica no imóvel, inclusive pagando os aluguéis, e à purgação da mora por terceiro estranho ao contrato, tudo isso com o pleno conhecimento do locador, criaram no recorrente a expectativa concreta de ter se consolidado a cessão da locação em favor daquela, legitimando-se, assim, a situação de fato vigente. 7. Infere-se dos autos que o contrato de locação, embora ainda existente e válido, tornou-se ineficaz com relação ao recorrente, a partir da notificação extrajudicial, momento este em que ele foi substituído pelo segundo recorrido, operando se, nos termos do § 2º do art. 13 da Lei 8.249/91, a cessão da locação. 7. Recurso especial conhecido e provido. (grifos nossos).

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1443135/SP. 2018)

Em seu voto, a Ministra Relatora evidenciou bem o atual entendimento jurisprudencial brasileiro acerca da mitigação da liberdade contratual.

Primeiramente, fez-se menção a boa-fé objetiva, primeiro instituto capaz de mitigar a liberdade contratual das partes. Isso, porque, de acordo a Ministra, é necessário atentar-se não somente a linguagem literal do contrato, mas, também, ao comportamento das partes, durante as tratativas, na execução do contrato e até mesmo após cumprida a obrigação.

Em relação a essa passagem da boa-fé ao longo da vida útil do contrato, Judith Martins Costa, explica o desempenho da boa-fé.

Na fase de desenvolvimento da relação obrigacional, o plano ou programa abstratamente previsto no acordo torna-se realidade concreta e, nessa passagem do abstrato ao concreto, a boa-fé desempenha funções normativas de concretização reguladora, de integração e também de delimitação (MARTINS, Judith Costa, 2015, p. 431-432)

Seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não somente a boa-fé limita a liberdade contratual, mas, também, a própria função social. Em seu voto, a Ministra Relatora também aduziu:

O pacta sunt servanda há também de ser mitigado pela função social do contrato, que impõe, dentre outros, o respeito aos limites impostos pelo seu fim econômico e social, exurgindo, daí, a importância do elemento teleológico que vincula os contratantes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1443135/SP. 2018).

Como afirmou Tartuce, de fato a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada nesse sentido, de que a liberdade contratual é mitigada pela boa-fé objetiva e função social do contrato. Neste ponto, destaca-se que a liberdade contratual é mitigada, não eliminada, por esses dois institutos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1443135/SP. 2018).

Como afirmou Tartuce, de fato a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada nesse sentido, de que a liberdade contratual é mitigada pela boa-fé objetiva e função social do contrato. Neste ponto, destaca-se que a liberdade contratual é mitigada, não eliminada, por esses dois institutos (TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 e as alterações do Código Civil. 2019. Primeira parte).

No julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1681365/PR, em 22.09.2020, o Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, da Quarta Turma, em seu voto, argumentou acerca da mitigação da liberdade contratual pela função social e boa-fé objetiva,

citando, inclusive, outros julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1681365/PR. 2020).

São eles:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER ABUSIVO. BOA-FÉ OBJETIVA. REVISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. [...] 4. As razões do recurso especial não rebateram, de forma específica, o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, quanto ao princípio da boa-fé objetiva, circunstância que atrai a incidência das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal. 5. Não é razoável que o benefício econômico obtido pela cliente com a causa demandada caiba, por inteiro, ao advogado que contratara. Tal situação ofende a boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). 6. A jurisprudência desta Corte se posiciona firme no sentido de que o princípio 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, devendo ser mitigada a força obrigatória dos contratos diante de situações como a dos autos. 7. Agravo interno não provido

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1208844/MT. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15 dez. 2016)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PACTA SUNT SERVANDA. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. PRECEDENTES. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CULPA EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DIREITO À RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o princípio do pacta sunt servanda pode ser relativizado, principalmente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. 2. Tendo a Corte de origem concluído que o descumprimento contratual decorreria de culpa exclusiva da construtora, eventual conclusão no sentido de afastar a sua responsabilidade esbarraria no óbice dos Enunciados n. 5 e 7/STJ. [...] 5. Agravo interno desprovido. (grifos nossos).

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1208844/MT. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15 dez. 2016)

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. Segundo a jurisprudência desta Corte, a aferição do percentual em que cada litigante foi vencedor ou 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. Segundo a jurisprudência desta Corte, a aferição do percentual em que cada litigante foi vencedor ou vencido ou a conclusão pela

existência de sucumbência mínima ou recíproca das partes é questão que não comporta exame em recurso especial, por envolver aspectos fáticos e probatórios, aplicando-se à hipótese a Súmula 7/STJ. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido. (grifos nossos).

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1506600/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento: 09 dez. 2019).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER ABUSIVO. BOA-FÉ OBJETIVA. REVISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. 1. Execução fundada em contrato de honorários advocatícios, em que a cliente se comprometeu a pagar ao advogado, por seus serviços profissionais, quantia equivalente à metade do seu direito, ou seu equivalente em dinheiro, do proveito que obtivesse na ação voltada à recuperação de imóvel em demanda proposta contra o ex-companheiro. 2. No curso da ação, as partes fizeram acordo para estabelecer o partilhamento do referido imóvel, na proporção de 50% para cada um, gerando desentendimento acerca do pagamento dos honorários advocatícios contratados. 3. Em prevalecendo os termos do contrato executado, nada restará à parte contratante, pois o proveito econômico obtido no acordo ficará inteiramente com o advogado contratado. 4. As razões do recurso especial não rebateram, de forma específica, o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, quanto ao princípio da boa-fé objetiva, circunstância que atrai a incidência das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal. 5. Não é razoável que o benefício econômico obtido pela cliente com a causa demandada caiba, por inteiro, ao advogado que contratara. Tal situação ofende a boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). 6. A jurisprudência desta Corte se posiciona firme no sentido de que o princípio *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, devendo ser mitigada a força obrigatória dos contratos diante de situações como a dos autos. 7. Agravo interno não provido. (grifos nossos).

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1208844/MT. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15 dez. 2016.)

Além da alteração na redação do artigo 421, a Lei da Liberdade Econômica adicionou ao dispositivo o parágrafo único, criando um novo princípio que, nos termos da lei, deve prevalecer nas relações contratuais privadas, o princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual. Tartuce o classificou como óbvio, no sentido de que já assim ocorre no direito brasileiro, eis que a revisão contratual no Código de 2002 é enxergada como excepcional, como é o caso da teoria da onerosidade excessiva (ou teoria da imprevisão), prevista nos artigos 317 e 478 do Código Civil. Ainda, para a possibilidade de a revisão contratual ser efetuada, necessário seria também atender ao disposto no artigo 30, § 2º e 3º do Código de Processo Civil (SCHREIBER, Anderson. 2019. p. 245-246).

Anderson Schreiber, ao tratar da inclusão do princípio no parágrafo único, mencionou, no mesmo sentido com o que expôs Tartuce:

Se a intenção da MP foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são expressamente

delimitadas no próprio Código Civil. O novo parágrafo único, acrescentado pela MP, tampouco indica parâmetros, critérios ou limites à revisão contratual, o que leva a crer, mais uma vez, que a alteração não produzirá qualquer efeito relevante no modo como a revisão contratual é aplicada na prática jurisprudencial brasileira - aplicação que, de resto, já se dá com bastante cautela e parcimônia, sem interferências inusitadas no conteúdo contratual (SCHREIBER, Anderson. 2019. p. 245-246).

Assim sendo, seguindo a crítica dos doutrinadores, compreendeu-se que o estabelecido pelo parágrafo único do artigo 421 é demasiadamente genérico, e desacompanhado de demais alterações do Código, principalmente no que diz respeito às hipóteses de revisão contratual, somado a já consolidação da função social na jurisprudência, não muito resultaria em mudanças práticas em relação ao tema. Isso, porque argumentou-se que a revisão contratual já é excepcional, e sobre ser limitada, não há qualquer parâmetro concreto definido em lei, doutrina ou jurisprudência para classificar isso.

#### **4.3 DO NOVO ARTIGO 421-A**

Nessa mesma esteira, a Lei da Liberdade Econômica trouxe a criação do artigo 421-A no Código Civil Brasileiro.

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. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Primeiramente, posto em lei que os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos, salvo circunstâncias capazes de afastar essa presunção. Como paritários, compreende-se aqueles contratos em que, em sua fase pré-contratual, são guiados pelo diálogo sobre seu conteúdo. Por outro lado, a simetria do contrato ainda não era algo definido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, alguns autores, consideravam a simetria como sinônimo de paridade (RODRIGUES JR.; LEONARDO; PRADO, 2019, p. 318-319).

O maior problema localizado nessa parte do dispositivo não parece dizer respeito somente ao fato dos escritos já serem algo estabelecido no direito brasileiro, mas, sim, a

expressão “elementos concretos”, que seria suficiente para afastar a paridade e simetria de um contrato.

Isso, ocorre porque essa expressão pode vir a tornar-se contraditória ao que é exposto na exposição de motivos da Lei da Liberdade Econômica, e também ao que foi falado nas reuniões com assessores que precederam a votação da conversão da MP em lei. Julgou-se como objetivo uma maior segurança jurídica aos contratos, garantindo a liberdade contratual, entretanto, uma vez que não há concepção doutrinária e jurisprudencial prévia do que signifique “elementos concretos”, a Lei da Liberdade Econômica pode causar efeito inverso ao que anteriormente desejava, afinal, ficará a cargo do próprio Poder Judiciário adequar o termo “elementos concretos” aos casos concretos (RODRIGUES JR.; LEONARDO; PRADO, 2019. p. 320).

Os professores Rodrigo Xavier Leonardo, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Augusto César Lukascheck Prado, relembram que a assimetria – o que seria afastada por elementos concretos – possui diversas concepções, como assimetria tecnológica e econômica, que podem ser, inclusive, inversamente proporcionais entre si, a depender do caso concreto, o que também contribui para uma certa generalidade da Lei da Liberdade Econômica, em relação ao artigo 421-A (Loc. Cit).

De qualquer forma, uma vez celebrado contrato com as características de paridade e simetria, como é o caso dos contratos empresariais, torna-se optativo aos celebrantes a inclusão de parâmetros objetivos para interpretação das cláusulas contratuais e de pressupostos de revisão ou de resolução.

Ao trazer essa possibilidade, o inciso I do artigo 421-A, utiliza-se da expressão “parâmetros objetivos”, o que também não possui concepção jurídica concreta. Somado a isso, importante ressaltar as palavras dos autores anteriormente citados, que consideram o inciso I do artigo 421-A de baixa eficácia para o sistema jurídico privado (Ibid., p. 322).

Isso, porque desde o Código Comercial de 1850, em específico, seu artigo 131, é permitido às partes, no exercício da liberdade contratual, “estabelecer parâmetros à interpretação contratual”. Entretanto, é o próprio judiciário o responsável por fazer o “exame de higidez” das respectivas regras interpretativas (Ibid., p. 323).

De qualquer forma, sob um olhar mais otimista, à luz do princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, ao menos as partes terão maiores fontes para argumentar em favor da conservação do conteúdo original.

Sequencialmente, o inciso II do mesmo artigo estabeleceu que na confecção desses contratos civis ou empresariais simétricos e paritários, deve ser respeitado a alocação de risco desenvolvida pela parte.

Tal previsão é muito semelhante ao que dispõe o Enunciado 439, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato.

(CJF, Conselho de Justiça Nacional. Enunciado nº 439, V Jornada de Direito Civil)

Sobre o assunto, Forgioni explica que o contrato é, por sua própria natureza, “um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos da atividade econômica” (FORGIONI, 2009, p. 146).

Complementando, Fradera, afirma que:

[...] os agentes econômicos, por meio da celebração de negócios jurídicos contratuais, realizam a autocomposição de conflitos de interesses e estabelecem a veste jurídica da circulação econômica pretendida. Em certa medida, eles fixam a alocação de riscos, o que impacta no objeto da relação jurídica obrigacional, com forte influência sobre o equilíbrio das prestações.

(FORGIONI, 2009, p. 146)

Por fim, o inciso III do artigo 421-A do Código Civil, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica, reforça a aversão ao intervencionismo judiciário, declarando que a revisão contratual somente acontecerá de maneira excepcional e limitada, àqueles contratos tidos como simétricos e paritários. Nesse sentido, pode-se considerar uma previsão de dupla restrição para a revisão contratual. Em relação a sua abrangência, deverá ser excepcional. No que tange à sua amplitude, deverá ser limitada, o que significa dizer que se deve buscar ao máximo a conservação do original contratado pelas partes (Ibid., p. 307).

Vera Jacobs Fradera afirma que o disposto nesse inciso consiste em repetição do parágrafo único do artigo 421, enquanto, Leonardo, Rodrigues Jr e Prado relembram o fato de que as possibilidades de revisão contratual já estão previstas no código, e que sem alterações nos artigos 317, 478 e 480, nada mudaria concretamente na jurisprudência. Ainda, apontam mais uma vez para o fato de que a doutrina e a jurisprudência “têm atuado no sentido de definir os contornos da revisão, notadamente no que diz respeito aos diversos modelos de aplicação” (RODRIGUES JR.; LEONARDO; PRADO, 2019, p. 315).

Há, ainda, outro precedente que confirma a excepcionalidade da revisão judicial que, segundo os autores, consolidou o entendimento no sentido de que, nos contratos empresariais,

o controle judicial de eventuais cláusulas abusivas deve ser mais restrito, por efeito da paridade dos agentes econômicos e em razão do maior prestígio conferido ao princípio da autonomia privada. É o caso do REsp 1.409.849/PR:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1409849/PR. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 26 abr. 2016)

Observa-se, portanto, que uma parte considerável da doutrina tratou de tecer críticas à Lei da Liberdade Econômica, principalmente no que tange à suas alterações nos dispositivos que tratam do panorama contratual no ordenamento jurídico brasileiro, muito por não representarem mudanças efetivas e concretas no ordenamento jurídico, ou por serem demasiadamente abrangentes.

Porém, por outro lado, aqueles que defenderam a Medida Provisória 881 e, conseqüentemente, a sua conversão em lei, assim fizeram fundados em um grande fundamento: a Análise Econômica do Direito (FERNANDES, Jean Carlos; SOUZA, Wallace Fabrício Paiva, 2020. p. 223).

#### **4.4 DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, SUAS ALTERAÇÕES NA LIBERDADE CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, E A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

O entendimento de que a Análise Econômica do Direito influenciou a criação da Lei da Liberdade Econômica pode ser observado tanto por parte dos legisladores responsáveis pela aprovação da Medida Provisória, quanto por advogados e pensadores que a defendem.

Rodrigo Maia, que na época ocupava o cargo de presidente da Câmara dos Deputados, ao prefaciar obra de comentários à Lei da Liberdade Econômica, escreveu:

[...] a proposta encaminhada pelo governo e aperfeiçoada no âmbito do Congresso afirma um compromisso político e principiológico com a ideia de livre mercado e com a subsidiariedade e excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício das atividades econômicas. O Brasil precisa se modernizar, e o mercado pode funcionar como um poderoso indutor desse processo de modernização, como já testemunhamos em nossa história recente.

(MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier, 2019)

Gustavo Franco, economista, ex-presidente do Banco Central e integrante da equipe de criação do e implementação do Plano Real, também prefaciou obra relativa ao tema, momento em que, ao aclamar a Lei, aduziu:

Dentre essas métricas, o índice Ease of Doing Business é o que desfruta de maior prestígio na comunidade acadêmica e entre policy makers. Ao focar nas dificuldades práticas trazidas às empresas pelas leis trabalhistas e tributárias, pelas normas que regulam a formação e o fechamento (inclusive por insolvência) de empresas, e pelos caminhos a serem percorridos para a obtenção de crédito, energia e para o perfeito cumprimento dos contratos, este relatório apresenta um impressionante acervo comparativo, e de bases planetárias, sobre o modo como as esferas econômicas e jurídica se superpõem nem sempre, ou quase nunca de forma harmônica e conducente ao desenvolvimento econômica. O relatório “Doing Business” tornou uma agenda de progresso, uma listagem essencial para o desenvolvimento para o século XXI, sendo também aquela para a qual existe a maior quantidade e variedade de estudos relacionando variações do índice, e de alguns de seus atributos, e do crescimento econômico. [...] É muito importante que o Brasil se comprometa formalmente com políticas explicitamente direcionadas para a adoção das “melhores práticas internacionais” numa ampla gama de atividades e políticas pertinentes ao funcionamento dos negócios públicos e privados. Esse é precisamente o foco das reformas microeconômicas, ou de segunda geração, de que trata o Relatório “Doing Business”, bem como os outros índices internacionalmente aceitos. É disso que trata a Lei da Liberdade Econômica.

(FRANCO, Gustavo. Prefácio. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.), 2020, p. 11-12.)

Leonardo Correa foi ainda mais incisivo, ao dizer que após a conversão da Medida Provisória na Lei da Liberdade Econômica, a Análise Econômica do Direito está positivada no Direito brasileiro, mencionou: “Mas, a grande vedete foi a Lei da Leonardo Correa foi ainda mais incisivo, ao dizer que após a conversão da Medida Provisória na Lei da Liberdade Econômica, a Análise Econômica do Direito está positivada no Direito brasileiro, mencionou: “Mas, a grande vedete foi a Lei da Liberdade Econômica, que, em bom tempo, trouxe elementos da economia para a nossa ciência normativa. Não é exagero dizer que a análise econômica do Direito (AED) está positivada” (CORRÊA, Leonardo. 2019).

Rodolpho Barreto Sampaio Junior, ao afirmar que o princípio do *pacta sunt servanta* foi relegado a segundo plano e desprestigiado ao longo dos anos no Brasil, e, com isso, os

contratos foram perdendo seu destaque como instrumento de alocação de risco e distribuição de responsabilidade justificou a criação da Lei da Liberdade Econômica:

Seguramente, a incerteza do investidor com relação à preservação de seu patrimônio pessoal e à valorização de sua vontade contribuíam para desestimular a atividade econômica. E, se o direito negocial pode ser entendido como um sistema de incentivos, que leva o empreendedor a assumir apenas certos riscos e a comprometer parcela determinada de seu patrimônio, podia-se afirmar que tal sistema não funcionava adequadamente. Fazia-se necessária, então, uma modificação estrutural, a fim de criar um ambiente menos hostil aos investimentos.  
(CORRÊA, Leonardo. 2019 e a análise econômica do Direito — profissionais com visão holística. Consultor Jurídico. 20 dez. 2019)

Geanluca Lonrezon, ex-Diretor Federal de desburocratização do ministério da Economia, que participou da equipe econômica responsável pela elaboração da Medida Provisória 881, ao justificar as alterações no direito contratual, afirmou que “os contratos têm impacto fortíssimo na economia” (CORRÊA, Leonardo. 2019).

Portanto, é fato defendido pelos próprios elaboradores e defensores da Lei da Liberdade Econômica que a influência de uma Análise Econômica do Direito representou ponto central para sua concepção, sobretudo no que diz respeito à análise econômica dos contratos e a importância desse negócio jurídico para a economia nacional. Essa perspectiva parte, principalmente, de uma visão acerca dos contratos, enxergando-os como instrumentos para criação de riquezas (TIMM; GUARISE, 2019, p. 159), e que uma abrangência, somada a falta de segurança jurídica relacionadas à revisão contratual, significaria prejuízos ao país.

Assumindo o entendimento de que os seres humanos atuam de forma racional e se comportam apoiados em seus próprios interesses, chega-se à conclusão de que em uma situação de troca, “os bens tendem a passar da pessoa que lhe dá menor valor à pessoa que lhe dá maior valor”, gerando a criação de riquezas na sociedade (Ibid., p. 160).

Timm e Guarisse explicam esse entendimento econômico através de um exemplo:

[...] Bruno possui um produto P, que avalia como tendo valor de 100 unidades. Já André dá a esse mesmo produto P o valor de 200 unidades. Numa situação ideal, André irá comprar P de Bruno, por um valor entre 100 (o mínimo que Bruno irá aceitar) e 200 unidades (o máximo que André se dispõe a pagar). Se, posteriormente, surgir Carlos, que dê a P o valor de 500 unidades, Carlos irá comprar P de André. Desta forma, a troca no seio da sociedade permite que os bens passem para aqueles que lhes deem maior valor. Naturalmente, a economia de mercado potencializa estes câmbios e, por isso, tem sido o sistema de organização social que cria a riqueza e desenvolvimento.  
(TIMM; GUARISE, 2019, p. 159)

Portanto, essas transações criam riqueza, e a esse aumento de riqueza total da sociedade dá-se o nome de excedente econômico. Nesse seguimento, um contrato com excedente econômico maior que zero terá um resultado eficiente.

Compreendeu-se, portanto, que os contratos geram riqueza na sociedade, na proporção que levam os bens àqueles que mais os valorizam, na medida em que se tem excedente econômico superior a zero. Nesse sentido, o Direito contratual é compreendido justamente como o responsável pela regulação dessas transações de mercado. A partir disso, a legislação contratual pode agir como mecanismo de incentivo ou desincentivo para as partes que pretendem contratar, sendo que, não engessando a liberdade contratual das partes e limitando a revisão contratual, incentivaria um maior número de empresas a contratarem. Isso também causaria um aumento de circulação de riquezas e o investimento no país, mediante uma maior previsibilidade e segurança jurídica em relação aos contratos.

Nesse ponto, destaca-se que essa perspectiva não é enxergada de forma isolada, visualizando somente as modificações do Código Civil, mas, sim, holisticamente e acompanhada das demais alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, que a todo tempo encontrou justificativa nos índices globais de liberdade econômica, declarando em seu artigo 1º, § 2º, que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Nessa corrente de pensamento, Timm e Guarisse defendem que o pilar central do direito contratual é representado pela liberdade de contratar, implicando o *pacta sunt servanda* e a possibilidade de execução forçosa do contrato, mediante disposto em lei (Ibid., p. 168).

A importância desse pilar é devido ao fato de que, se um agente econômico não vislumbrar quaisquer garantias de que a outra parte adimplirá suas obrigações, pouco valor terá o contrato. A coação estatal, portanto, também atua como incentivadora. Inexistindo uma força coercitiva que transforme o contrato judicialmente executável, as partes poderiam permanecer desconfiantes em assinar o contrato, principalmente as transações mais valiosas, o que afetaria completamente a criação de riquezas da sociedade. Assim sendo, é necessária uma organização jurídica para garantir às partes o cumprimento das promessas, resultando no direito contratual e seu pilar indispensável, centrado no *pacta sunt servanda* (Ibid., p. 170)

Do mesmo modo, a liberdade contratual implica, com as devidas restrições, a autonomia da vontade. Nesse entendimento, “cada pessoa escolhe como e quando irá se obrigar” (Loc. Cit).

Sobre o assunto, Timm e Guarisse explicam:

A ideia subjacente é a de que já que os contratos criam riqueza, atingindo situações de ótimo de Pareto, o direito contratual deve deixar as partes livres para buscarem o que é melhor para si. O ganho social defluirá por decorrência. Como todo valor é

subjetivo, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou inconveniências. (TIMM; GUARISE, 2019, p. 169)

Ainda, outra consequência da liberdade contratual que incentiva os contratantes a contratar – e assim gerar riqueza – é a liberdade de forma. A liberdade de forma contribui para a diminuição dos custos de transação, principalmente àqueles contratos mais simples e de baixo valor. Caso fosse necessária uma forma específica para cada tipo de contrato, a exemplo do que era designado no direito romano, tratar-se-ia de um desincentivo e uma consequente diminuição do número de contratos (Ibid., p. 171).

Outro ponto que merece destaque é o princípio da boa-fé objetiva, que em uma análise econômica pode ser entendida como “uma proibição de conduta contraditória”, representados pelos deveres implícitos de lealdade, transparência e cooperação. Segundo o entendimento dessa vertente, uma parte, confiando no comportamento da outra, faz o investimento necessário ao contratar (Ibid., p. 172).

Gibran e Figueiredo, ao abordar a relação entre os contratos e os incentivos sob a ótica da Análise Econômica do Direito, afirmaram:

Ou seja, em síntese o direito contratual dá segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, conduzindo as partes a comportamentos honestos e cooperativos, ensejando ganhos comuns, evitando a tendência ao oportunismo, prevenindo erros comuns e evitáveis, fornecendo um modelo regulatório simples e diminuindo os custos de barganha, atribuindo riscos e reduzindo os custos de litígio, fornecendo uma prova documental, respeitando inclusive a sua função social.

(FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, p. 23)

Nessa perspectiva, conclui-se que a Lei da Liberdade Econômica através das alterações feitas no artigo 421, do Código Civil, trouxe uma maior valorização da liberdade contratual para o Direito brasileiro, na medida em que retirou os termos “em razão” e “liberdade de contratar”, limitando a função social, ao menos na legislação, eis que, a expressão “em razão” levava a compreensão do instituto em seu sentido estrito, não bastando que as partes não se prejudiquem ou prejudiquem a coletividade, mas, também, poderia dar a entender que as partes deveriam contratar para a “consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade”.

Nessa linha, ao instituir o princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, pode-se dizer que esse fator também contribuiu para valorizar a liberdade contratual. Fez-se isso baseado no entendimento de que os contratos representam um importante instrumento para a economia<sup>170</sup>, e sob a ótica da Análise Econômica do Direito,

seria necessário garantir às partes previsibilidade e segurança jurídica para que essas atuem como incentivadoras ao ato de contratar.

Contudo, é possível que a presença de alguns termos, em especial os presente no artigo 421-A, como “elementos concretos”, “paridade” e “parâmetros objetivos” atuem como incentivos à insegurança jurídica, justamente o que a Lei da Liberdade Econômica buscou afastar. Isso poderá ocorrer devido ao fato de que, por serem termos desconhecidos, caberá à jurisprudência adequá-los a realidade. A esse erro, dá-se causa principalmente ao fato de que essas alterações importantíssimas aos Direito Contratual foram feitas via Medida Provisória, e não através de um Projeto de Lei, eis que sendo da forma que foi, não restou tempo suficiente aos parlamentares para analisar os dispositivos na amplitude em que o tema merecia, aumentando a possibilidade de contradições como essas.

Da mesma forma, é verídico que a Lei da Liberdade Econômica não alterou nenhuma previsibilidade de revisão contratual no Direito brasileiro, e que assim sendo, a aplicação do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual ficaria a cargo do próprio magistrado, que não visualizaria mudanças, eis que as hipóteses de revisão continuam as mesmas.

Entretanto, apenas trazendo o princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual em lei, somada às demais alterações anteriormente citadas que valorizaram a liberdade contratual, alguns tribunais já os utilizam como fonte de argumentação para negar provimento a pedidos de rescisão e revisão contratual aos contratos empresariais, quando não presente as hipóteses de revisão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C DESPEJO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ART. 300, CPC/15). CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL (ART. 3º, DECRETO-LEI Nº 59.566/66). SUCESSIVAS DEMANDAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AJUSTE POR PRAZO DETERMINADO. PREVISÃO EM COMPOSIÇÃO RELATIVA À RENÚNCIA DO DIREITO DE RENOVAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DA VONTADE DAS PARTES. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DA CLÁUSULA, EM CONFORMIDADE COM A BOA-FÉ (ARTS. 113 E 422, CC/02) E COM OS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS (ART. 421, PARÁGRAFO ÚNICO, CC/02, ACRESCENTADO PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA). NÃO CUMPRIMENTO DO PRAZO DE NOTIFICAÇÃO DO ARRENDATÁRIO. IRRELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO, EIS QUE DISPENSADA. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POR PREJUÍZOS PROVOCADOS PELA TUTELA DE URGÊNCIA (ART. 302, DO CPC/15) DECISÃO SINGULAR MANTIDA. LIMINAR REVOGADA. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO RESTABELECIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifos nossos).

(PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0048449- 70.2020.8.16.0000. 18ª Câmara Cível. Relatora: Des. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa. Julgamento: 07 abr. 2021.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - AFASTAMENTO DE SUA APLICAÇÃO - PRESUNÇÃO DE PARIDADE E SIMETRIA ENTRE AS PARTES - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE NÃO COMPROVADA - DECISÃO MANTIDA - A "Declaração de Direitos da Liberdade Econômica", instituída pela Medida Provisória nº 881/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/19 alterou o art. 421 e incluiu o art. 421-A ao Código Civil, estabelecendo parâmetros para a revisão de cláusulas contratuais por parte do Poder Judiciário - A interpretação dos contratos civis e empresariais deve partir da presunção de que os contraentes se encontram em igualdade de condições - A declaração de nulidade de cláusulas contratuais é medida excepcional que deve estar concretamente justificada, não podendo o magistrado se imiscuir no pacto celebrado pelas partes e nele promover alterações sem motivo concretamente demonstrado, sob pena de violação ao princípio da intervenção mínima, previsto no art. 421, parágrafo único do CC - O processo civil é um instrumento de resolução de conflitos, no qual a certeza, promovida pela efetiva produção probatória, culmina na resolução da crise de direito material por meio da decisão substitutiva e imperativa - A lógica processual civil pode ser sintetizada no apropriado brocardo latino *allegatio et non probatio*, quasi *non allegatio* - alegar e não provar é quase não alegar. Assim, o ônus natural da prova compete a quem alega - A mera alegação destituída de prova de que os agravantes seriam hipossuficientes na relação estabelecida com os agravados, de forma a afastar a presunção de paridade entre as partes, não é suficiente a justificar o afastamento da cláusula de eleição de foro - Recurso improvido.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.19.150133-7/001. 20ª Câmara Cível. Relatora: Des. Lillian Maciel. Julgamento: 12 fev. 2020)

Desse modo, constatou-se que a Lei da Liberdade Econômica reforçou o que dispôs a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 20 e 21, confirmando o entendimento de que há a necessidade dos julgadores se atentarem às consequências práticas de suas decisões, principalmente quando decidem acerca dos contratos empresariais, um dos responsáveis pela criação e circulação de riquezas na sociedade, aproximando de vez o Direito brasileiro da ciência econômica, reconhecendo que as pessoas respondem a incentivos, e familiarizando a relação daquilo que Luiz Fux citou (CORRÊA, Leonardo. 2019 e a análise econômica do Direito — profissionais com visão holística. Consultor Jurídico. 20 dez. 2019), reconhecendo que cabe ao novo jurista um compromisso com quem sofrerá as consequências de suas decisões (Cf. p. 19). A Lei da Liberdade Econômica, nesse sentido, contribuiu em desfavor do isolamento do Direito, enquanto, colaborou pela multidisciplinariedade, reconhecendo conceitos econômicos, como custo de transação, oferta e demanda, além da própria escassez de recursos.

Reconheceu-se, também, a máxima econômica de que pessoas respondem a incentivos, e mediante essa perspectiva, a legislação levou em consideração essa estrutura de incentivo dos agentes, e a possibilidade de mudança de conduta a depender dessas alterações.

Por fim, resta sempre lembrar a importância de adequar a Análise Econômica do Direito ao arcabouço jurídico em que está inserida, e que esta não representa uma revolução no cenário jurídico, mas sim um complemento na formação do jurista, a fim de aproximá-lo da realidade.

## DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da Lei da Liberdade Econômica é basicamente diminuir a intervenção do Estado nas relações entre particulares. Nota-se isso, por exemplo, no fim da prévia autorização do Estado para se iniciar atividades de baixo risco, na teoria isso diminuiria os custos de se abrir um novo empreendimento, e menor tempo para que isso ocorra, uma vez que diminuiria burocracia para licenças, registros e alvarás como requisito para o exercício de atividade.

Como foi visto, o Ministério da Economia baseou-se em princípios de liberdade de comercial, modernização na contratação, e claro, na liberdade econômica. Aqui conclui-se nitidamente, que a lei possui um caráter essencialmente programática, havendo a necessidade de ser regulamentada para que surta todas os efeitos desejado pelo Executivo, quais sejam, incentivar agentes econômicos tanto nacionais quanto internacionais a empreender no País, dinamizando a competitividade com o intuito de diminuir os custo no acesso a produtos e serviços em geral.

A Lei 13.874/2019 também propôs alteração nas leis de sociedades anônimas, de recuperação judicial, no Código Civil, dentre outras, objetivando maior segurança jurídica no que for investido, tudo isso visando acabar com a estagnação econômico e o alto número de desemprego.

Chegou-se a esse ponto em razão das seguintes alterações: a) exclusão da locução “em razão” e o termo “liberdade de contratar”, o que contribuiu para a redução da amplitude do instituto da função social, que anteriormente poderia ser visualizada em seu sentido estrito, relacionada a uma liberdade positiva, no sentido de que a função social não somente limitaria a liberdade contratual, mas também, seria a razão das partes contratarem; b) criação do princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, além de positivar a presunção de paridade e simetria aos contratos civis e empresariais, até a presença de elementos concretos que sejam capazes de afastar essa presunção; c) dupla limitação à revisão contratual, de forma excepcional e limitada; d) reconhecimento do contrato como alocação de risco pelas partes; e) possibilidade das partes estabelecerem parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Entretanto, embora seja considerada uma maior valorização da liberdade contratual, classificando a revisão contratual como excepcional e, ainda, limitando sua amplitude, destaca ser necessário esperar posição mais firme e direcionada da jurisprudência, a fim de saber se

tais alterações resultarão em significativa mudança ou diminuição das revisões contratuais na concretude do dia a dia jurídico.

Isso torna-se necessário pois os dispositivos que preveem as hipóteses de revisão contratual não foram alterados. Soma-se a isso, o fato do artigo 421-A ter descrito que elementos concretos são capazes de afastar a presunção de paridade e simetria das partes.

Entretanto, tanto a expressão elementos concretos, como o conceito de simetria, são figuras muito amplas e genéricas, jamais definidas anteriormente, seja na doutrina ou na jurisprudência, e assim sendo, ficará a cargo do próprio judiciário a definição. Portanto, destaca-se essa ressalva, da necessidade de definição dos termos mencionados, a fim de que a Lei da Liberdade Econômica não represente maior insegurança jurídica. Nesse ponto, outra ressalva foi feita, no sentido de que alterações tão importantes para o Direito contratual necessitavam de maior tempo e discussão legislativa, o que não acontece através do tramite da conversão de Medida Provisórias em lei.

Constatou-se, também, que com a Lei da Liberdade Econômica e a valorização dos contratos houve um avanço do tema da Análise Econômica do Direito no Brasil, sobretudo dos contratos empresariais, na compreensão de que esses atuam como importantes institutos da economia, uma vez que são responsáveis pela geração e circulação de riquezas, e assim sendo, a depender do grau de restrição à liberdade contratual, as normas que regulamentam o tema, junto ao grau de segurança jurídica, podem atuar como incentivo às partes contratantes.

Nessa perspectiva, consideramos que o objetivo proposto para essa pesquisa, no sentido de analisar as alterações previstas pela Lei da Liberdade Econômica na liberdade contratual e função social do contrato, relacionando-as com a Análise Econômica do Direito foi contemplada. Entretanto, não se esgotou o debate sobre o tema, pois será necessário esperar um movimento mais concreto da jurisprudência, a fim de sabermos se houve de fato a materialização dessa valorização da liberdade contratual nos contratos empresariais, no sentido de reduzir as revisões contratuais, ou se representará tão somente uma mudança ideológica guiada pelos legisladores.

Da mesma maneira, este trabalho também contemplou os objetivos específicos propostos, na medida em que analisou o conceito da Análise Econômica do Direito e demais temas econômicos necessários para o seu entendimento. Também foi observado o histórico e conceito do direito contratual na seara brasileira, além da concepção de liberdade contratual, liberdade de contratar e função social do contrato, trazendo também as mais diversas

concepções de contrato e dos contratos empresariais, destacando a dificuldade existente para classificá-los ao longo do tempo.

Contudo, é necessário mencionar a dificuldade encontrada ao longo da pesquisa, sobretudo em seu começo, no que diz respeito a pouca literatura doutrinária acerca da Lei da Liberdade Econômica, se comparado a outros temas do Direito. Porém, é sabido que isso se dá em razão de se tratar de lei recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, destaca-se que a Análise Econômica do Direito coaduna para uma maior relação do jurista com a realidade, sobretudo dos julgadores. De fato, esse instituto possui solo fértil e ainda um grande caminho para avançar no Brasil, mas que, sem dúvidas, após a Lei da Liberdade Econômica, teve uma parte de suas sementes já plantadas neste mesmo solo.

## DAS REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **Sobre o Livre-arbítrio**. Campinas: Ecclesiae, 2019.

ALBUQUERQUE, Marco Cintra Cavalcanti de. **Microeconomia**: Teoria de Mercado, Teoria do Consumidor, Economia de Empresas. São Paulo: McGraw-Hill Ltda, 1986.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

BARELLA, Ana Lúcia; GIBRAN, Sandro Mansur. A desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 15, n. 1, Santa Maria, jan./abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 1. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1208844/MT**. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15 dez. 2016. Publicação: 07 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1214641/AM**. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze. Julgamento: 13 mar. 2018. Publicação: 26 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1506600/RJ**. Quarta Turma. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento: 09 dez. 2019. Publicação: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1681365/PR**. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 14 set. 2020. Publicação: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1208844/MT**. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 15 dez. 2016. Publicação: 07 dev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1163283/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 09 out. 2013. Publicação: 11 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1409849/PR**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 26 abr. 2016. Publicação: 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1443135/SP**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Julgamento: 24 abr. 2018. Publicação: 30 abr. 2018.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo do. A transdisciplinaridade da análise econômica do direito. In: GONÇALVES, Everton das Neves; AZEVEDO, Lyza Anzanello de; GONÇALVES, Jéssica (orgs.). **Direito, Justiça e Economia**. Florianópolis: EMais, 2019.

CJF, Conselho de Justiça Nacional. **Enunciado nº 439, V Jornada de Direito Civil**. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: contratos**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial**, 2015, p. 251.

CORRÊA, Leonardo. 2019 e a análise econômica do Direito — profissionais com visão holística. **Consultor Jurídico**. 20 dez. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Jean Carlos; SOUZA, Wallace Fabrício Paiva. Lei de Liberdade Econômica e reflexos nos contratos empresariais. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: D'plácido, 2020.

FIGUEIREDO; Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. A análise econômica do contrato e as implicações do princípio da função social do contrato no comércio internacional. **Revista Percurso**. v. 2, n. 19, p. 14-37. Curitiba, 2016.

FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais**. Teoria geral e Aplicação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRADERA, Véra Jacob. Art. 7º: Liberdade contratual e função social do contrato – art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FRANCO, Gustavo. Prefácio. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). **Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: D'plácido, 2020.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. São Paulo: Foco, 2019.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LORENZON, Geanluca. A formatação da Lei de Liberdade Econômica como parte de política pública. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: D'plácido, 2020.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. A capacitação para pesquisa em Direito: uma análise transdisciplinar das disciplinas de Metodologia Jurídica, nos Programas de Pós Graduação em Direito. In: MEZZARROBA, Orides; MOTTA, Ivan Dias da. RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.19.150133-7/001**. 20ª Câmara Cível. Relatora: Des. Lílian Maciel. Julgamento: 12 fev. 2020. Publicação: 13 fev. 2020.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A Crise Do Positivismo Jurídico. **XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Anais. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008.

MP da liberdade econômica: "Contratos têm impacto fortíssimo na economia", diz Geanluca Lorenzon. **Migalhas**. 28 ago. 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0048449-70.2020.8.16.0000**. 18ª Câmara Cível. Relatora: Des. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa. Julgamento: 07 abr. 2021. Publicação: 07 abr. 2021.

PAULITSCH, Nicole da Silva. O Direito e a ciência no pensamento de Hans Kelsen. **Âmbito Jurídico**. 01 jan. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: fontes das obrigações**. 2001, p 02.

PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

REALE, Miguel. Função Social do Contrato. **Site Miguel Reale**. 20 set. 2003.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Lei de Liberdade Econômica e reflexos nos contratos empresariais. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: D'plácido, 2020.

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. Análise Econômica no Direito Brasileiro: Limites e Possibilidades. **Lex Humana**. v. 6, n. 1, p. 156-179, Petrópolis, mai. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte. **Migalhas**. 15 out. 2019.

\_\_\_\_\_. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte. **Migalhas**. 03 mai. 2019.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. São Paulo: Foco, 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. v. 42, n. 168, p. 197-213. Brasília, out./dez. 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Teoria Geral e Direito Societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

