

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promoveu a quarta edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, agravadas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou

coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Desta forma, o primeiro artigo de Érico Antonio Pereira Santos, Letícia Abati Zanotto e Marcos Leite Garcia, intitulado “Ascensão dos governos autocratas de extrema direita e a ameaça ao Direito Fundamental à Governança” trata de investigar as consequências da ascensão dos governos autocratas na governança e o advento dos governos autocratas de extrema direita que agem para minar o ideal de governanças nos Estados, mitigando os direitos fundamentais, os direitos humanos e a transparência e informação.

Depois, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberta Maciel Campolina e Roberto Apolinário de Castro apresentam o “O direito de punir do Estado e as violações às garantias fundamentais dos presidiários no sistema carcerário brasileiro”, cujo tema-problema trata da violação dos direitos dos presidiários inseridos no sistema carcerário brasileiro e a inação estatal, buscando medidas eficazes de ressocialização destes e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais, a partir da leitura da Lei de Execuções Penais.

Em seguida, Ana Paula Penha Aragão, Cassius Guimaraes Chai e Amanda Cristina de Aquino Costa em “A batalha moral e a guerra de hostilidades virtuais: o limiar entre discurso de ódio e liberdade de expressão em perspectiva comparada Brasil, Inglaterra e Alemanha” discutem os limites entre o exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio no espaço virtual, por meio da análise da legislação e jurisprudência brasileira em perspectiva comparada aos instrumentos existentes na Inglaterra e na Alemanha, com a finalidade de inibir e combater o discurso de ódio no ambiente virtual.

Ato contínuo, Ricardo Alexandre Costa e Angela Everling no artigo denominado “Esfera pública, acesso democrático ao mundo do trabalho e gênero: desafios ainda atuais” enfatizam as teorias de gênero e sua relação com o poder (patriarcado) na busca pelo acesso

democrático à esfera pública, especialmente ao mundo do trabalho, pela promoção da igualdade, na busca das mudanças necessárias para garantia de acesso democrático e equidade.

No quinto artigo nominado “Análise público-privada da Lei da Liberdade Econômica e seus princípios contratuais garantistas: estudo sobre a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, Arthur Bridges Venturini e Sérgio Henriques Zandona Freitas tratam dos impactos causados pela disseminação da Covid-19 e da intervenção mínima e excepcional da revisão contratual, por meio da promulgação da Lei 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

O sexto artigo intitulado “As unidades socioeducativas pós-decisão pela 2ª Turma do STF no Habeas Corpus 143988/ES”, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Jossianny Sá Lessa e Juliane Silva Santos analisam os impactos decorrentes da decisão proferida no Habeas Corpus 143988/2020 pela 2ª Turma do STF, segundo a qual as unidades de internação de adolescentes não devem ultrapassar a capacidade para as quais foram projetadas.

Depois, Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon em “Educação jurídica nas escolas: uma forma de efetivar o direito à educação” tratam da educação jurídica e a possibilidade de ser ensinada nas escolas, como uma das formas de efetivar o direito fundamental à educação.

Logo em seguida, o artigo “Inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do juiz: uma crítica à posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nunes Marques no julgamento do Habeas Corpus n.º 164.493” de Ana Isabel Mendes, Marcelo Martins Piton e Marcos Leite Garcia analisa a inadmissibilidade de provas ilícitas, prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988 e sua utilização para se comprovar a suspeição de magistrado, uma vez que na relação processual, é representante do Estado.

O nono artigo, “Intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual sob o viés do Estado Democrático de Direito de Gabriela Oliveira Freitas e Arthur Bridges Venturini cuida da Lei nº 13.874/2019 que alterou o Código Civil, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, cujo conteúdo previu dois novos princípios atrelados ao direito contratual, o da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, que devem estar harmonizados com os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

O décimo artigo, de autoria de Thaís Gleice Andrade e Deise Marcelino Da Silva “Liberdade de expressão e a proteção de direitos das crianças e adolescentes frente ao exposed nas redes

sociais trata do estudo da liberdade de expressão frente ao fenômeno do exposed, a fim de estabelecer os limites à liberdade de expressão e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes.

O décimo primeiro artigo, “O direito ao duplo grau de jurisdição nos países do Mercosul: foro por prerrogativa de função e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, de Lucia Carolina Raenke Ertel e Jessica de Jesus Mota estuda o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, diante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nos países do Mercosul.

Na sequência, Gabriela de Vasconcelos Sousa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, no artigo intitulado “O direito ao esquecimento na esfera internacional: estudo comparativo de sistemas para concretização garantista no Brasil” examinam o julgamento do Tema 786, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da (in)existência do direito ao esquecimento no Brasil.

Em o “O direito de recusa à aplicação de vacinas: a liberdade versus o direito à vida e à saúde”, Deise Santos Curt e Luis Filipe Fernandes Ferreira se dedicam a estudar a taxa de cobertura vacinal do Programa Nacional de Imunizações que vem caindo nos últimos anos afetando, inclusive, o combate à Covid-19, trazendo de volta doenças já erradicadas e diminuindo a expectativa de vida nacional, em especial pela disseminação de fake news contrárias à vacinação, fato que gera o conflito entre o direito individual de não se vacinar (direito à liberdade) versus o direito coletivo à vida (direito à vida).

O décimo quarto artigo, "Reflexos da covid-19 nas relações entre gênero, orientação sexual e violência", de Letícia Abati Zanotto e Estéfani Luise Fernandes Teixeira examina os da Covid-19 em relação às questões de gênero, orientação sexual e violência, a partir da teoria queer, dos dados publicados sobre violência contra mulheres e LGBTQIA+, da e a crise sanitária mundial.

Em “Representatividade feminina: a necessária veiculação de propostas de cunho feminista, Gabriela Oliveira Freitas e Anna Lúcia Di Napoli Andrade e Braga abordam a necessidade de representação feminina no Legislativo, a partir do conceito de representação de Hanna Piktin e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal, enfatizando a desigualdade de gênero na composição do Congresso Nacional, que obsta a adequada representação popular, que seria essencial para a legitimidade democrática do processo legislativo.

No décimo sexto artigo, intitulado “Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet: análise do tema 987 do STF, Jamile Magalhães Barreto Fontes e Zulmar Antonio Fachin refletem sobre a discussão trazida pelo Tema 987 de Repercussão Geral no STF e a necessidade de se ter uma reserva de jurisdição para caracterização da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Por fim, no último artigo “Teoria dos mandados de criminalização e o direito do consumidor como direito fundamental”, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia discutem a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico penal do direito do consumidor, com ênfase na natureza de direito fundamental deste e do bem jurídico penal protegido.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Com efeito, divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação da apresentação, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente, desejamos a todos uma excelente leitura.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

INTERVENÇÃO MÍNIMA E EXCEPCIONALIDADE NA REVISÃO CONTRATUAL SOB O VIÉS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MINIMUM INTERVENTION AND EXCEPTIONAL CONTRACTUAL REVIEW IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Gabriela Oliveira Freitas ¹
Arthur Bridges Venturini ²

Resumo

A Lei nº 13.874/2019 alterou o Código Civil, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, cujo conteúdo previu dois novos princípios atrelados ao direito contratual, o da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual. O tema-problema proposto investiga os reflexos das normativas principiológicas frente aos contratos bancários formulados entre instituições financeiras e empresas, verificando se esses estão harmonizados com os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal. Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, com uma análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

Palavras-chave: Lei da liberdade econômica, Intervenção mínima, Excepcionalidade da revisão contratual, Estado democrático de direito, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The Law nº 13.874/2019 amended the Civil Code, inserting the first paragraph in article 421, whose content provided for two new principles linked to contractual law, the minimum intervention and exceptionality of the contractual revision. The proposed theme-problem investigates the reflexes of the principal regulations on banking contracts between financial institutions and companies, verifying whether these are in harmony with the fundamental rights and guarantees provided for in the Federal Constitution. For the present study, bibliographical research and the deductive method will be used, with a thematic, theoretical and interpretive analysis, seeking suggestions for the solution of the highlighted question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic freedom act, Minimal intervention, Exceptional contractual revision, Democratic state, Fundamental rights

¹ Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC MINAS. Coordenadora-adjunta do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC.

² Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH/FUMEC). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado

1 INTRODUÇÃO

O artigo objetiva analisar a aplicação dos princípios introduzidos pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica - LLE), que alterou o Código Civil – CC/2002, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, denominados de intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual. O tema-problema consta com recorte específico, analisando o regramento frente aos contratos bancários constituídos entre empresários e instituição financeira.

Investigará as espécies e características dos contratos bancários, informando sobre os principais abusos cometidos e suas relações com os novos regramentos principiológicos.

A relevância do artigo é justificada frente à tentativa de enfrentamento da crise econômica que sobreveio no país. Entretanto, como se demonstrará, a constituição das regras não constou com a análise pormenorizada dos impactos do regramento proposto.

Há, também, importância acadêmica, pois reflete sobre problemas econômicos e sociais, trazendo informações dos resultados, para que possam ser refletidos pela comunidade científica. A relevância do ponto de vista social é verificada no presente estudo, considerando que discute questões econômicas de maximização de riquezas, originando interesse dos empresários e do Estado - frente às nuances enfrentadas pela crise econômica.

A pesquisa se propôs a responder ponto controverso: nos contratos entre empresas e instituições financeiras, os princípios da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual estão de acordo com os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal?

A metodologia utilizada lançou mão de uma abordagem qualitativa, dado caráter exploratório. A Pesquisa Bibliográfica foi fundamental na realização do artigo, constando com a reunião de material bibliográfico publicado nas mais várias formas com foco no tema-problema informado.

Finalmente, o presente trabalho encontra-se dividido em quatro tópicos, a saber: intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual; contratos e abusos bancários; o Toque de Midas econômico; seguido pelas Considerações Finais.

2 INTERVENÇÃO MÍNIMA E EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL

A Lei nº 13.874/2019 dispôs sobre a proteção da livre iniciativa e o exercício da atividade econômica (artigo 1º); o respeito aos contratos e as cláusulas pactuadas, sem que exista qualquer situação que nulifique o compromisso realizado (*pacta sunt servanda*) (§1º); o zelo pelo desenvolvimento das atividades laborativas (artigo 3º, inciso I); a obstrução da reserva de mercado praticado pelos monopólios/oligopólios empresariais; a desburocratização, com certo auxílio e fomento dos pequenos empreendimentos do país (artigo 4º).

Interessa para o estudo a alteração promovida no parágrafo único do artigo 421 do CC/2002, que traz a seguinte redação: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual” (BRASIL, 2002).

A intervenção mínima pressupõe uma submersão voluntária do Estado no que diz respeito às obrigações pactuadas entre partes. É dizer que, quando provocado por meio do ajuizamento de ações revisionais, deve manter-se ligeiramente “afastado”, garantido apenas a função de dissipar abusividades latentes a cada caso. Por sua vez, a excepcionalidade da revisão contratual conjectura a ideia de “manter o contrato incólume de valoração, senão aquela conferida pelas próprias partes” (SALOMÃO, 2020).

Seus efeitos refletem uma atuação mínima do Estado - mas não inexistente, (abolindo o denominado *laissez-faire*), observando, sempre que possível, a supremacia dos atos estatais, mas sem a existência de qualquer forma obscura de autoritarismo. A referida legislação dispõe da imparcialidade como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, com a existência de uma regulação mínima e necessária do mercado, para que não se cometam excessos de poder econômico.

Apesar de utópica, a LLE objetiva o crescimento econômico e a maximização da riqueza interna, com a efetiva participação das pequenas e médias empresas para o crescimento nacional.

Richard Posner traça linhas gerais sobre o desenvolvimento da economia, discorrendo sobre pressupostos que a fundamentam. Diz ser que “as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações” (POSNER, 2007. p. 473). Naturalmente, numa sociedade eminentemente capitalista, quanto mais se auferem lucros, maior a força e domínio nas relações econômicas.

Discorrendo sobre a maximização de riquezas, Michael Sandel faz o uso da análise conceitual moderna sobre as novas proposições do mundo globalizado, sendo “a economia, basicamente, o estudo dos incentivos” (SANDEL, 2021, p. 85).

E citando Paul Samuelson, Sandel delibera sobre o mecanismo de ensino do mercado para manter alta a produtividade econômica, onde o objetivo é, e sempre foi, maximizar a riqueza por meio de incentivos do Estado na acelerada produção. Conseqüentemente, ocorre o fenômeno obsolescência instantânea de todos os bens e serviços, fazendo com que o mercado se renove (forçadamente) a cada instante (SANDEL, 2021. p. 86).

Pode-se dizer que a América do Norte foi precursora na instauração de incentivos para o crescimento econômico. Na segunda metade do século XX, deu início à realização de incentivos¹ que foram encarados como “pedras angulares da vida moderna”. O reflexo disso foi o afastamento do mercado da teoria de Adam Smith (mão invisível do mercado), passando-se a executar a “mão pesada e manipuladora” da economia sobre as empresas (SANDEL, 2021. p. 86).

É oportuno discorrer sobre a análise trazida por Zigmunt Bauman, que reflete acerca da chama “inversão dos poderes”, apontando que, ao invés do Estado comandar a nação, as grandes empresas, os monopólios e oligopólios empresariais assumiram a frente para a tomada de decisões econômicas da nação:

Num mundo em que os principais atores já não são estados-nações democraticamente controlados, mas conglomerados financeiros não-eleitos, desobrigados e radicalmente desencaixados, a questão da maior lucratividade e competitividade invalida e torna ilegítimas todas as outras questões, antes que se tenha tempo e vontade de indagá-las. (BAUMAN, 1998. p. 61)

Para uma posição intermediária, a fim de evitar sobreposições do Estado, ou das empresas que de certa forma dominam o mercado, Ana Frazão esclarece que a LLE busca de uma posição intermediária entre um Estado ausente e um Estado interventor, mas sempre se evitando os reducionismos em favor de um modelo ou de outro (SALOMÃO, 2020). Equilibrar os atos estatais é extremamente necessário nesse momento caótico.

E, nas palavras de Amartya Sen, a lei deve “ir além do crescimento econômico para entender as exigências completas do desenvolvimento e da busca do bem-estar social” (SEN, 2011, p. 383). Logo, crescimento econômico deve andar lado a lado com bem-estar do povo. Mas parece que o país se esqueceu desse ideal.

¹ O mesmo autor informa que foram instituídos crescentes recursos de incentivos no mercado dos Estados Unidos da América. Um tanto quanto comum a ideia de ajuda às pessoas e as empresas, foi criado, não se sabe ao certo, a canhestra palavra *incentivizar*, sendo uma adjetivação usada como sinônimo de incitação, estímulo, crescimento. O vocábulo foi usado pelos grandes presidentes dos EAU, como George W. Bush, Barack Obama e Bill Clinton (SANDEL, 2021. p. 87).

Como parte fundamental - detentora de grande poderio econômico - surgem as instituições financeiras, capazes de controlar o mercado, diante da necessidade de maximização de riquezas e atualização/melhoramento das empresas no mercado globalizado.

Considerando tal possibilidade de interferência de grandes instituições financeiras no mercado, pode-se dizer que, apesar de técnica a introdução do parágrafo único do artigo 421 do Código Civil, o regramento deve ser observado sobre cautela.

A buscar pelo crescimento econômico deve observar irrestritamente os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição da República, sob pena de ir de encontro aos princípios da livre iniciativa, da função social do contrato e do direito de propriedade - o que reflete intimamente nos fundamentos constitucionais que dispõe sobre a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A elaboração de princípios sem lastros constitucionais² ocasiona o abalo à função social dos contratos, sendo esse um alicerce capaz de limitar o abuso do poder contratual, garantindo-se a equidade sem que exista onerosidade excessiva que beneficie apenas um partícipe da relação.

Com isso, toda e qualquer legislação deve-se alinhar às diretrizes do Estado Democrático de Direito, matriz de Estado instituído pela Constituição Federal após nebuloso período ditatorial, capaz de regular abuso do poder Estatal.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias bem destacou que “a sociedade é um sistema de relações de poder, de caráter variado, eis que fundadas no poder político, social, econômico, religioso, moral ou cultural” (BRETAS, 2018, p. 11).

Nessa perspectiva, as proposições da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão são capazes de fornecer dúplice consequência: de um lado, a limitação de oportunidades do particular sobre as cláusulas consideradas abusivas, do outro, o fortalecimento das instituições bancárias, com a sugestão de certa convalidação do excesso cometido por omissão (ou impedimento) do conhecimento das revisões de cláusulas abusivas.

É nesse cenário que a alteração do Código Civil noticia certa insegurança, pois ainda que as partes de uma relação contratual estabelecida possam estar em desigualdade (seja ela técnica, jurídica ou econômica), o que prevalecerá é a autonomia e a força vinculativa do contrato realizado.

² Nesse mesmo sentido, os doutrinadores Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron chamam atenção especial aquilo que Lenio Streck denominou de “panprincipiologismo” (NUNES. BAHIA. PEDRON. 2020. p. 282).

Então, ao que tudo indica, a LLE ressuscita o paradigma do Estado Liberal, pelo fato de que o afastamento de sua intervenção em casos de excessos contratuais deixa à mercê a efetivação dos direitos e deveres que devem ser atrelados a todo e qualquer contrato como a boa-fé objetiva, colaboração, cooperação, dentre outros regramentos que garantem a higidez e permanência do contrato.

Feitas estas observações, sugere-se que os contratos bancários de adesão devem constar com a garantia do contraditório, garantindo-se a produção participada dos contratantes (que serão partes de um procedimento revisional instaurado), devendo-se constar com fundamentação adequada sobre a pretensão iniciada e devidamente resistida (BRÊTAS, 2018, p. 124).

E, para comprovar que se possam comprovar tais incidências excessivas, é imprescindível percorrer alguns requisitos que justifiquem a intervenção do Estado-juiz sobre o caso revisional. A perícia contábil é fundamental, pois contará com documentos e indícios de provas aptas para instauração do procedimento em juízo.

Interessante artigo científico fora publicado pelos autores Helberty Vinícios Coelho, Arthur Bridges Venturini e Aryne Alves Coelho Oliveira, denominado: “Território Econômico: a violação do direito de propriedade nos empréstimos bancários” (COELHO, VENTURINI, COELHO, 2021), em que se propôs a realizar uma análise quantitativa, e num cenário de 120 ações revisionais propostas por empresários individuais, foram detectados R\$20.370.274,21 de abusos nos contratos³. Um numerário tanto quanto significativo frente aos mútuos realizados com os pequenos empreendedores.

Por essas razões os princípios estatuídos devem manter coerência com as normas fundamentais. Já existem obstáculos enfrentados para a revisão de contratos bancários, sejam eles jurisprudenciais, ou até mesmo procedimentais.

Deve-se ponderar que a Carta Maior institui o princípio da função social, que segundo Arnaldo Rizzardo é “decorrente da doutrina que se opôs ao liberalismo da Revolução Industrial, passando a impor as diretrizes das relações jurídicas estabelecidas, com a harmonização dos interesses privados sob os interesses de toda a coletividade” (RIZZARDO, 2008).

³ As praticas abusivas mais comuns eram: cobrança de juros exponenciais, aplicação dos mensais e anuais acima da média praticada no mercado, à época de sua realização; a imposição de produtos, serviços, e cobrança de tarifas, o que constitui a venda casada; a cumulação da comissão de permanência com juros remuneratórios e, por fim, a cobrança dos valores referente aos empréstimos no limite de cheque especial, sem autorização expressa do correntista, incidindo os juros do contrato mais os juros do cheque especial.

Para Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, a “autonomia privada, não pode ser, por exigência constitucional, concebida como um princípio absoluto, como se houvesse espécie de zona franca de atuação, livre do controle axiológico da Constituição da República” (SALOMÃO, 2020, p. 503, 504 e 505), e mais:

Assim, por imperativo constitucional, a tentativa de expurgar o controle interno da função social do contrato, com a exclusão da expressão “em razão” do artigo 421, promovida pela lei 13.874/2019, mostra-se falha. O princípio realiza fundamentos e objetivos da República, e, por isso, consiste em instrumento inderrogável, seja pela vontade das partes, seja pelo legislador ordinário, sem que seu conteúdo decorra qualquer ameaça a livre iniciativa.

Em comentários, a função social do contrato - que possui caráter de vetor normativo, assegurando o direito constitucional de acesso à jurisdição, dando oportunidade para a revisão contratual e recuperação do sinalagma – é capaz de promover a segurança jurídica frente às subjetividades das partes nas obrigações assumidas, de forma a afastar qualquer excesso que desestabilize os contratos (SALOMÃO. 2020. p. 504 - 507).

Portanto, é fundamental restabelecer o equilíbrio contratual com fundamentos nas garantias propostas pela Constituição Federal referente à seara contratual, sendo o Estado-juiz apto para atuar como o agente interveniente e impeditivo dos imoderados atos cometidos entre particulares.

3 CONTRATOS E ABUSOS BANCÁRIOS

A excepcionalidade da revisão contratual revela-se passível de gerar conflitos frente às garantias e normas fundamentais dispostas na CF/88, uma vez que eventuais excessos e abusos bancários, em regra, não poderão ser revistos pelo Judiciário, por força dos princípios instituídos.

Para Carlos Roberto Gonçalves, no Código Civil, “o contrato está presente não só no direito das obrigações como também no direito de empresa, no direito das coisas (transcrição, usufruto, servidão, hipoteca etc.), no direito de família (casamento) e no direito das sucessões (partilha em vida)” (GONÇALVES, 2020).

Atualmente, as sociedades empresárias celebram as seguintes espécies contratuais: (i) a abertura de conta; (ii) abertura de crédito; (iii) mútuos bancários; (iv) cartões de crédito; (v) leasing; (vi) alienações fiduciárias; (vii) penhores; (viii) contratos internos; (ix) seguros; (x) limite de cheque especial; e (xi) capital de giro.

A finalidade é de suprir os insumos básicos para o exercício da atividade de produção, comercialização e prestação de serviços. Por conseguinte, o produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (preço final) de um novo bem ou serviço realizado por aquele empresário⁴.

Nesse cenário, a lei 8.078/1990 trouxe a proteção do consumidor, aplicando-se “às instituições financeiras” os fundamentos de seu arcabouço, como aponta a Súmula n.º 297 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021).

E com isso, quando a empresa encontra-se em vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica, fática e/ou informacional, é possível contar com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (por meio da teoria finalista aprofundada) como se verifica no acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

(...) A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2014)⁵.

A teoria do finalismo aprofundado garante a proteção às empresas que, mesmo sendo destinatárias finais dos produtos e serviços contratados com os bancos são equiparados à consumidora final. Dessa forma, as entidades empresariais que realizarem contratos para fomento de sua atividade econômica, poderão ser equiparadas a consumidoras, incidindo a regra prevista na teoria finalista.

E sendo o contrato um conglomerado de vontades para formar um ato jurídico, deve-se proceder com honestidade e não como expediente a exploração do homem pelo homem (RIZZARDO, 2008).

Com intuito de proteção ao consumidor, foi aprovado o Enunciado 29 na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

Exatamente por isso é que se desdobra o dever de observar a função social, a probidade e a boa fé objetiva, não podendo, sob nenhum pretexto, a pactuação propagar a

⁴ Esclarece-se que, em exemplo análogo, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme o Enunciado 20 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, o que representa, particularmente, um prejuízo emblemático às pequenas empresas que são vulneráveis por excelência (comparadas aos grandes atores do sistema financeiro).

⁵ Nesse mesmo sentido: Recurso Especial nº 1730849 SP 2018/0052972-4, AgInt no AREsp: 1415864 SC 2018/0331384-6 e TJ-AC 07026309320148010001 AC 0702630-93.2014.8.01.0001

opressão e desigualdade, ainda que sejam contratos de adesão, cujo conteúdo é preestabelecido anteriormente por uma das partes.

E por contrato de adesão, Orlando Gomes esboça ser “negócios jurídicos nos quais a participação de um dos sujeitos sucede pela aplicação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato” (GOMES, 1972).

Suas características são as seguintes: (i) incidência de juros pactuados previamente (remuneratórios); (ii) finalidade do contrato determinada (que se dará de forma pessoal ou para a pessoa jurídica, sendo que, nesse último caso, deverá explicitar a intenção do seu uso); (iii) liberação do crédito condicionada à análise prévia da instituição financeira (prestamista), além do sujeito contratante (prestatório), visando à minimização dos seus riscos (verificação de sua solvência); (iv) objetivo do crédito tomado (capital de giro, financiamento e empréstimo pessoal) (MAXIMILIAN. 2015).

Por essa facilidade da estipulação unilateral é que os contratos de financiamento bancário são em sua grande maioria de adesão. Sem proporcionar a possibilidade negociação do documento, resta apenas a opção de aceitar os termos já pré-estipulados pela instituição (RIZZARDO, 2008).

Apesar disso, o contrato de adesão não gera a presunção de irregularidade. E valendo-se dessa presunção, as instituições financeiras condicionam a contratação de seguros, a imposição de tarifas, serviços inominados, títulos de capitalização, dentre outras práticas lucrativas para a liberação do crédito. Esse ato é considerado como venda casada, sendo vedada pela pelo inciso I do artigo 39 da Lei 9.008/1995.

Por sua vez, os Tribunais têm decidido que a imposição de venda casada – como seguros de proteção financeira ou prestamista - o encargo de provar a irregularidade é daquele reclama sua pretensão, frente à cobrança indevida⁶, o que contraria o texto normativo contido no inciso VIII do artigo 6º da Lei 8.078/1990, que dispõe ser garantia do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil”.

Na medida em que o Judiciário – defensivamente - deixa de analisar com acuidade à questão tratada, adotando apenas um caráter quantitativo de suas decisões, e não qualitativo, o “sujeito constitucional”⁷ deixa de existir. Afastar seu protagonismo para a construção do

⁶ Cita-se a título de exemplo o Rio Grande do Sul, no AC: 70076945203 de Relatoria do Desembargador Eduardo João Lima Costa, julgado em 19/07/2018.

⁷ Nas palavras de André Del Negri, analisadas na obra de Ronaldo Brêtas Carvalho Dias.

provimento judicial que recairá sobre si constitui grave ameaça ao modelo constitucionalizado de processo (BRETAS. 2018. p. 30).

O Superior Tribunal de Justiça direciona-se no sentido de que, mesmo incidindo as normas do CDC nos contratos bancários, o fato dos juros terem sido contratados em patamar superior a 12%, não demonstraria caracterizada abusividade na pactuação⁸, tal qual está previsto na Súmula 382 (RAMOS. 2020).

E corroborando com tudo isso, os Tribunais Superiores delineiam que instituições financeiras não estão sujeitas a limitação de juros, nos termos da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal (STF) e 283 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Apesar de extenso o assunto, é importante comentar sobre a concepção jurídica do anatocismo, que possui amplo dissenso doutrinário e jurisprudencial. Isso, pelo fato de que seu fato gerador subsiste na contagem ou cobrança de juros sobre juros nos contratos. Explica-se: “a incorporação de juros ao capital, mais a cobrança de juros sobre o montante já capitalizado” (SILVA, 2006, p.107).

É importante ressaltar que a prática do anatocismo (juros sobre juros) é ilícita, e deve ser afastada pelo Poder Judiciário, por expressa vedação no artigo 4º do Decreto Lei 22.626/33 e na Súmula 121 do STF.

A questão tratada teve aparato no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na APL: 99119720068190203 por meio da relatoria da Desembargadora Leticia Sardas. No voto condutor, estipulou que os juros das instituições bancárias devem ser os praticados pelo mercado, observando-se os limites estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, além da ilegalidade da prática do anatocismo.

As consequências dessas regras vão mais além, considerando que os juízos de primeiro grau, que possuem certo grau “sagrado” e “mítico” no exercício da jurisdição, capazes de torná-los seres dotados de inteligências surreais, como sacerdotes no exercício pleno da “completude” da lei⁹, não autorizam a realização de perícia contábil para a identificação do excesso de juros e abusos nos contratos, desprezando-se a vulnerabilidade do consumidor e rejeitando qualquer paridade para a efetivação do contraditório.

⁸ Vale apenas apontar o precedente do AgRg no AgRg no AREsp 602850/MS, que dispõe: “o simples fato de os juros remuneratórios contratados serem superiores à taxa média de mercado, por si só, não configura abusividade”.

⁹ Expressões extraídas, em sua maioria, da obra de Rosemiro Pereira Leal, quando discorre sobre a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Volume 7. Arraes Editores. Belo Horizonte. 2013. p. 2 e 3)

E esse prejuízo é ainda maior, pois percorrendo as instâncias superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), até o presente momento, se recusa a analisar a matéria não apreciada nas instâncias inferiores, sob o argumento da impossibilidade de revisão de fatos:

Está pacificado no âmbito do STJ que a análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato -, passando o tema, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ. (STJ - AgRg no REsp: 1209923 SC 2010/0168470-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 15/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2016)

Ainda, fixou-se no país a aplicação da metodologia de cálculo de valores denominada de Price – que também é conhecida como sistema francês de amortização. Sua essência se vale da capitalização de juros sobre juros e, ao final do computo para pagamento do valor tomado, torna-se prejudicial ao consumidor contratante.

Interessante artigo foi publicado pelo matemático alemão Frank Michael Forger (registrado na Fundação da Biblioteca Nacional, sob o nº 518006), que explicou sobre a metodologia aplicada nos contratos no Brasil:

No mercado de crédito ao consumidor no Brasil, com pagamento em parcelas, existem hoje vários sistemas de amortização que proporcionam o arcabouço matemático para calcular as prestações e demonstrar a evolução do financiamento ao longo do tempo. O mais conhecido entre eles é sem dúvida a “tabela Price”, mas há vários outros, tais como o “SAC”, por exemplo. (...) Em particular, o sistema de prestação constante a juros compostos é exatamente a “tabela Price” (FORGER, 2010, p.1)

Aqui, cabem algumas ponderações. Primeiramente, a capitalização de juros é matéria aceita no país. É não se deve ser leviano, a ponto de excluir da análise realizada o benefício da previsibilidade no valor da parcela trazida pela aplicação da Price, pois, na prática, o consumidor consta com a informação precisa do valor emprestado, bem como o montante da parcela que será paga durante os meses subsequentes.

Ocorre que a incidência da metodologia é realizada de forma “maquiada” no país, tornando-se extremamente prejudicial e excessiva, visto que a amortização inicial de juros (que gira em torno de quase 90% do valor da mensalidade), ao final, superfatura o capital emprestado. Com isso, na medida em que o Poder Judiciário recalitra contra os agulhões impostos pela economia, a Price toma popularidade entre as instituições bancárias.

É preciso esclarecer que existem meios alternativos para a capitalização de juros que as Instituições Bancárias poderiam utilizar para remunerar o seu capital, como exemplo, a

Metodologia Sac e Gauss, que geram maior equilíbrio contratual financeiro entre as partes (ALBUQUERQUE. 2010).

Estranhamente, e na contramão da jurisprudência, a prática de juros sobre juros é vedada pelo Superior Tribunal Federal (STF), conforme súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Entretanto, como dito, a realidade da jurisprudência brasileira é antagônica.

Outro ponto abusivo é o uso do limite do cheque especial sem autorização expressa do contratante. Essa prática é recorrente em casos de insuficiência de saldo do consumidor. Seu objetivo se baseia na quitação da parcela do empréstimo que pode encontrar-se em atraso.

A onerosidade excessiva se constitui quando a Instituição Financeira debita o valor da parcela do contrato em atraso (que possui juros de mora somados aos juros capitalizados), além dos juros do limite do cheque especial. Ao invés de instaurar os procedimentos próprios para cobrança (cobranças administrativas, por exemplo) acaba lucrando de forma dobrada em relação aos valores debitados no limite do cheque especial.

Oportunamente, as abusividades acima apontadas são vedadas pelo inciso IV do artigo 6º da Lei 8.078/1990. Entretanto, a Súmula 381 do STJ, dispõe que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, trazendo maiores dificuldades para o conhecimento do judiciário sobre matéria considerada excessiva.

Por isso, é importante os princípios sob olhares constitucionais. Como se percebe, o entendimento jurisprudencial majoritário somando-se a algumas súmulas (como já apontadas), além dos regramentos processuais, encontram-se em desacordo aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Logo, foram dispostos, ainda que rapidamente, os principais abusos cometidos nos contratos bancários, que alinhado com as súmulas e jurisprudências dos Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, dificultam o conhecimento dos excessos cometidos. A impossibilidade de desfazimento das violações, ainda, com a nova sistemática dada pelo artigo 421 do Código Civil, confirmará as práticas ilegítimas nos contratos bancários.

4 O TOQUE DE MIDAS ECONÔMICO

Historicamente, o mundo foi marcado por grandes guerras que refletiram diretamente na política, na formulação das leis, nas diversas culturas, e na econômica global. O mundo tornou-se eminentemente capitalista, e com isso, o dinheiro tornou-se tão forte, que são

poucas as coisas em que ele não pode comprar. Tudo isso revela as diversas facetas do Estado no mundo contemporâneo.

Entretanto, o capitalismo, base da economia brasileira, não deve ser artifício para proporcionar opressões dos grandes grupos empresariais. A “comunidade política, integrada por governantes e governados” devem se pautar “num *ardente caso de amor com a Constituição*, ou, então, *uma ligação erótica com a Constituição*”. (BRÊTAS. 2018. p. 48).

Cumprir analisar - criticamente - às intervenções do Estado na economia, pois em alguns aspectos, a LLE trouxe princípios econômicos sem lastros ou bases aos ideais constitucionais¹⁰, e talvez em total inobservância da lógica democrática constitucional.

Na realidade, já alertou Brêtas, com estudo pormenorizado da obra de Montesquieu, “*De l’esprit des lois*”, que “quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo” estão reunidos o Poder Legislativo e Executivo (num sentido de aliciamento dos órgãos para fim específico e determinado por um agente solitário), “não existe liberdade” (BRETAS. 2018. p. 20). E tal afirmação não se desvencilha da seara econômica.

E mais, com uma análise de Georges Burdeau, Brêtas faz alusão ao abuso do poder, pois “todo aquele que detém o poder está tentado a dele abusar”. Partindo dessa premissa, destaca o autor que é necessário “limitar o poder”, por meio dos princípios e regramentos constitucionais, que são verdadeiras balizas/vetores aos abusos cometidos pelo Estado. (BRETAS, 2018, p. 23).

Hayek possui entendimento similar, ao propor que:

Estamos dispostos a aceitar quase todas as explicações para a presente crise da nossa civilização, exceto que ela resulte de um erro de nossa parte, e que a busca de alguns dos nossos mais caros ideais tenha produzido efeitos tão diferentes dos esperados. (HAYEK. 2010. p 37).

E nessa linha tênue, a Constituição Federal deve demonstrar todo o seu protagonismo, pois, no Estado Democrático de Direito, deve-se assegurar aos cidadãos o exercício efetivo dos “direitos econômicos, sociais e culturais”, que constituem seus alicerces. (BRETAS, 2018, p. 81).

E para colaborar para a resposta do tema-problema, Michael J. Sandel, destaca que:

(...) em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando os

¹⁰ Remetermos o leitor ao item 1 do presente artigo, que de forma mais acurada, dispõe sobre a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual – alterações trazidas pela lei 13.874/2019, dando nova redação ao artigo 421 do Código Civil.

custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade. (SANDEL. 2021. P. 50).

Com isso, deve-se refletir a quem o Estado quer proporcionar “maior bem-estar” ou “maior utilidade” com a criação dos princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual.

Devem-se estabelecer marcos, pois numa relação entre particulares, o que foi contratualmente pactuado deve prevalecer¹¹ por força da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*). Entretanto, como se dá uma relação contratual realizada por uma micro ou pequena empresa com as instituições financeiras? E em casos de contratos por adesão¹², onde uma das partes não poderá dispor sobre às cláusulas do documento, qual seria a alternativa ao consumidor dos serviços/produtos?

Kalr Polanyi, ao realizar análise do economista escocês Adam Smith, expõe linhas sobre sua teoria do bem-estar material, isto é, num dado “arcabouço político”, a questão da riqueza de uma nação deve ser exprimida tomando-se por base o “grande organismo” que é sempre “o povo” (POLANYI. 2012. p. 124).

Nessa perspectiva, se o Estado é criação do povo, para regulação dos atos e fatos sociais – nascidos do próprio povo – sustenta-se que no atual cenário da matriz constitucional democrática, o propósito de qualquer ato normativo deve ser a promoção do bem-estar.

Dentro desse equacionamento, cumpre ao Estado o zelo da economia, garantindo-se proteção às médias e pequenas empresas, pois, “em termos quantitativos, os pequenos empreendedores dominam completamente a economia brasileira”. Esses são, ainda, alguns fundamentos que justificam que a LLE “não pode se equivaler a um Estado sem função, ou *laissez-faire*” (SALOMÃO. 2020. p.76).

Essa articulação demonstra que a grandeza econômica está intimamente ligada na promoção do bem-estar, na expurgação de autoritarismos financeiros, na atuação reguladora

¹¹ Desde que não haja erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (art. 171 do CC);

¹² É importante destacar que não há generalização do autor, nem mesmo, conforme precedentes dos Tribunais Superiores há nulidade nos contratos, por serem de adesão (precedentes TJ-MG - AC: 10672110142805001). Entretanto, por estudo realizado, constatou-se que num cenário de 120 ações revisionais propostas por empresários individuais, houve o montante de R\$20.370.274,21 de abusos cometidos pelas instituições nos contratos de adesão realizados. Um numerário significativo frente aos mútuos realizados com os pequenos empreendedores. COELHO, Helberty Vinícios; VENTURINI, Arthur Bridges. Território econômico: a violação do direito de propriedade nos empréstimos bancários. Perspectivas do Estado e sociedade. SALLES, Denise Mercedes N. N. Lopes. GAZOLLA, Frederico Jacinto Cardoso. MOTTA, Guilherme. MENEGAT, Jardelino. Rio de Janeiro: Pembroke. 2021, p. 373 a 387
Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/04/04-CDHF-Perspectivas-de-estado-e-sociedade.pdf?utm_campaign=ra_lp_-_livros_cdhf_2020&utm_medium=email&utm_source=RD+Station/
Acesso em: 13 jun. 2021.

para afastar qualquer desigualdade contratual. Para a promoção de “saúde financeira” dos pequenos empreendedores, “os mecanismos de mercado” devem ser “instrumentos básicos para alcançar o bem público” (SANDEL. 2021. p. 93), e não para perpetrar a opressão.

E com recorte voltado aos contratos bancários, deve-se analisar criticamente se as normas introduzidas pela Lei de Liberdade Econômica possuem a finalidade de enriquecimento apenas das instituições financeiras. Caso positivo, estar-se-ia na contramão da promoção do bem-estar.

A ambição das instituições financeiras não pode ser livre a ponto de proporcionar a diminuição da riqueza de forma a estancar o empreendedorismo no país, e por isso, a formulação de contratos bancários com bases normativas fundamentais é obrigatória. É necessário afastar o “toque de Midas¹³ econômico” realizado pelas instituições, como forma de afastar a opressão econômica dos médios e pequenos empresários que celebram contratos bancários.

E como instrui Hayek:

É importante perceber a sutil alteração de sentido a que se submeteu a palavra liberdade para tornar plausível este argumento. Para os grandes apóstolos da liberdade política, essa palavra significava que o indivíduo estaria livre da coerção e do poder arbitrário de outros homens, livre das restrições que não lhe deixavam outra alternativa senão obedecer às ordens do superior ao qual estava vinculado. Na nova liberdade prometida, porém, o indivíduo se libertaria da necessidade, da força das circunstâncias que limitam inevitavelmente o âmbito da efetiva capacidade de escolha de todos nós, embora o de alguns muito mais do que o de outros. Para que o homem pudesse ser verdadeiramente livre, o “despotismo da necessidade material” deveria ser vencido, e atenuadas “as restrições decorrentes do sistema econômico”. (HAYEK, 2010. p. 48)

Para finalizar esse tópico, tem-se o Estado como o grande protagonista para o exercício do controle do uso injusto dos privilégios econômicos que colocam as instituições financeiras em situação superior – quando comparada aos micro e pequenos empresários do país. Os efeitos das ações proporcionadas pelos bancos concretizam seu domínio do sistema econômico. Seu controle é exercido diretamente por sua capacidade de manter “grande parte dos recursos disponíveis”. Os resultados práticos e reflexos de suas atitudes “sobre a parte restante do sistema econômico se tornam tão acentuados que, de forma indireta, ele passa a controlar quase tudo” (HAYEK. 2010. p. 78/79).

¹³ Um personagem da mitologia grega que desejou incessantemente o aumento de suas riquezas e, por meio do ato heroico para salvar o filho de Baco, solicitou que tudo que tocasse tornasse ouro. Entretanto, após o ganho de tal poder, o próprio toque tornou-se seu maior pesadelo, pois tudo que tocava, tornava-se ouro, retirando-lhe sua capacidade de envolvimento social.

Logo, aquele que controla o dinheiro (ou, melhor dizendo, parte do setor econômico), controla e detém todo o poder. E os legisladores que propuseram à alteração do parágrafo único do artigo 421 do CC/2002, por intermédio das diretrizes principiológicas do inciso III do artigo 2º da lei 13.874/2019 sabem bem disso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expôs o tema-problema e propôs responder a seguinte pergunta: nos contratos entre empresas e instituições financeiras, a aplicação dos princípios da intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual estão em consonância com diretrizes fundamentais trazidas pela Constituição Federal?

Discorreu-se sobre as finalidades da LLE; a origem da criação de seus princípios; as principais características dos contratos bancários e os principais institutos abusivos cometidos; ainda, refletiu-se sobre os efeitos dos novos princípios introduzidos pela lei.

No campo contratual, demonstrou-se que os contratos bancários são, em sua maioria, realizados por adesão. Com isso, suas redações e cláusulas conduzem à falta de clareza necessária para proporcionar transparência e boa-fé, princípios esses atrelados à função social do contrato, refletindo diretamente nos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ainda, verificou-se que o meio de prova para demonstração de irregularidades contratuais é realizado pela produção de perícia, especialmente a contábil. Contudo, grande parte das decisões de primeiro e segundo grau é no sentido de que a produção de prova pericial para a verificação de excessos é desnecessária, pois a matéria é eminentemente de direito. Por conseguinte, lança-se fora do procedimento instaurado a oportunização do contraditório, do direito de petição e meios de provas para condução de sentença que recairá sobre as partes.

Respeitados os posicionamentos, tem-se que a alteração do parágrafo único do artigo 421 do Código Civil - que afasta a intervenção estatal de casos abusivos, por meio da função jurisdicional - encontra estorvo no princípio da função social do contrato, garantidor da boa-fé e igualdade nas relações contratuais. Tudo isso demanda o repensar desses atores (Estado e instituição financeira) frente ao verdadeiro impacto econômico dos princípios em questão, que são obrigados a manterem harmonia com a função social do contrato, que possui base heroica capaz de limitar e dar prudência às sobreposições de interesses privados no âmbito contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBURQUERQUE, J. B. Torres. **Contra abusos dos bancos: doutrina, legislações, jurisprudência e prática esquematizada com índice remissivo**. 5ª ed. Habermann. Leme-SP: 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **O mau-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman - Rio de Janeiro. Editora Zahar, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 402817 RJ 2013/0330208-2**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 17/12/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875505/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-402817-rj-2013-0330208-2-stj>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. **TJ-AC 07026309320148010001 AC 0702630-93.2014.8.01.0001**, Relator: Cezarinete Angelim, Data de Julgamento: 06/02/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 23/02/2018. Disponível em: <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596302643/7026309320148010001-ac-0702630-9320148010001/inteiro-teor-596302656?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2021.

COELHO, Helberty Vinícios.; VENTURINI, Arthur Bridges. **Território econômico: a violação do direito de propriedade nos empréstimos bancários**. Perspectivas do Estado e sociedade. SALLES, Denise Mercedes N. N. Lopes. GAZOLLA, Frederico Jacinto Cardoso. MOTTA, Guilherme. MENEGAT, Jardelino. Rio de Janeiro: Pembroke. 2021, p. 373 a 387 Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/04/04-CDHF-Perspectivas-de-estado-e-sociedade.pdf?utm_campaign=ra_lp_-_livros_cdhf_2020&utm_medium=email&utm_source=RD+Station/. Acesso em: 13 jun. 2021.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2018.

FORGER, Frank Michael. **Algoritmos para o SACRE**. Departamento de Matemática Aplicada, Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, 2010.

GOMES. Orlando Gomes. **Contrato de Adesão**. Editora RT, São Paulo: 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

HAYEK, Friedrich August; **O caminho da servidão**. 6ª ed, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MAXIMILIAN, Paulo. **Contratos Bancários**. 4ª ed. Forense, Rio de Janeiro: 2015.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual**. Ed. JusPodivm, Salvador: 2020.

POLANYI, Kalr. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução Fanny Wrobel. Revisão técnica: Ricardo Benzaquen de Araújo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 7ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 2008.

SALOMÃO, Luiz Felipe, CUEVA, Ricardo Vilas Bôas, FRAZÃO, Ana. **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Tradução Bhuvi Libanio. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 33ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras. São Paulo. 2011.