

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Maria Creusa De Araújo Borges; Helena Nastassya Paschoal Pitsica – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-426-6

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. Direito civil. 3. Contemporâneo. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

No presente livro, são tratados vários temas. O interessante é que perpassa por todos eles, direta ou indiretamente, a ideia de responsabilidade civil. O Direito Civil Contemporâneo pode ser visto sob dois prismas. Primeiramente, como sinônimo de Direito Civil Constitucional; em segundo lugar, como Direito Civil dogmático, visto sob a ótica do Direito Privado e da autonomia privada. Nos textos que compõem este livro, pode-se verificar ambas as vertentes. Espera-se que o leitor possa tirar bom proveito.

**A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-
CONSTITUCIONAL: SERIA A LEI Nº 13.874 UM RETROCESSO
INCONSTITUCIONAL?**

**THE ECONOMIC FREEDOM ACT UNDER THE CIVIL-CONSTITUCIONAL LAW
PERSPECTIVE: WOULD THE 13.874 ACT BE A UNCONSTITUTIONAL
SETBACK?**

**Manoela Jakymiu ¹
Lygia Maria Copi ²**

Resumo

A partir da perspectiva do direito Civil-Constitucional, o presente trabalho tem o objetivo de verificar, através da metodologia hipotético-dedutiva, o alinhamento da Lei número 13.874 com a Constituição Federal e seus princípios, uma vez que, ante a previsão de proteção da dignidade da pessoa humana como princípio norteador do ordenamento brasileiro, a Lei de Liberdade Econômica parece ter objetivos conflitantes com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Lei de liberdade econômica, Direito civil-constitucional, Constituição federal, Pacta sunt servanda, Contratos, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

From the civil-constitucional law perspective, this article aims to examine, through the hypothetical-deductive methodology, the alignment of 13.874 act with the Federal Constitution and its principles, since faced with the prevision of protecting the dignity of human as a guiding principle of the Brazilian order, the Economic Freedom Acts seems to have conflicting objectives with the Federal Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic freedom act, Civil-constitucional law, Pacta sunt servanda, Contracts, Dignity

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela PUC-PR. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-MG. Advogada.

² Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Advogada. Professora de Direito.

1. INTRODUÇÃO

Formalmente denominada como “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, a Lei nº 13.874 nasce com o objetivo de proteger a liberdade de contratar, a livre iniciativa e os contratos, na forma entabulada pelas partes. Assim, institui que o ordenamento jurídico deverá ser interpretado sempre a favor da liberdade econômica e do respeito aos contratos, limitando a atuação do Estado nas relações contratuais, para reequilibrá-las ou revisá-las, a artifício subsidiário e dependente de expressa disposição legal contrária ao fixado no instrumento contratual.

Nesta toada, a Lei presume a existência de paridade e igualdade entre as partes, já que, na condição de contratantes, teriam manifestado livremente a vontade de contratar e igualmente disposto acerca do objeto do contrato e das obrigações ali assumidas.

Este objetivo, no entanto, de proteção irrestrita do contrato em razão do exercício da liberdade de contratar, se revela inadequado aos princípios constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, uma vez que ignora a realidade fática-social dos contratantes, sobrepondo a obrigação do adimplemento contratual às vulnerabilidades das partes.

Enquanto um dos mais célebres princípios contratuais, o *pacta sunt servanda*, ou a ideia de que o contrato faz lei entre as partes, vem há muito sendo flexibilizado diante da realidade das partes, a fim de promover o reequilíbrio do contrato, quando desequilibrado, e a proteção dos contratantes de acordo com o exigido pelas suas próprias vulnerabilidades, a Lei de Liberdade Econômica retrocede, objetivando proteger o contrato e o patrimônio, ainda que em detrimento da pessoa humana.

A realidade brasileira, no entanto, demonstra que a intenção de rescisão contratual está presente ainda que em contratos que se julgam paritários, mesmo quando o contrato celebrado não conta com cláusulas expressamente abusivas ou ilegais.

Pode-se citar, a título exemplificativo, a instabilidade gerada nos contratos de locação de imóveis com o surgimento do contexto pandêmico originado pelo vírus Covid-19, bem como em razão do isolamento social: contratos que antes eram

julgados como igualitários e equilibrados, passaram a representar prejuízo às partes, ante à impossibilidade de adimplemento.

Nestas hipóteses, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a possibilidade de intervenção estatal nos contratos, não só a fim de proteger os contratantes, mas também a fim de possibilitar a manutenção do contrato ao invés da resolução do mesmo.

Sob a ótica da Lei de Liberdade Econômica, no entanto, a revisão dos contratos locatícios em razão da pandemia de Covid-19 restaria impossibilitada, haja vista a suposta paridade entre as partes e este novo suposto princípio de intervenção mínima e excepcional do Estado.

Relegar às partes desiguais a obrigação irrestrita de adimplemento, ainda que desequilibrado o contrato, de maneira engessada, como pretende a Lei de Liberdade Econômica, não satisfaz o princípio da dignidade da pessoa humana, nem o princípio da igualdade material.

A partir destes apontamentos, se pode definir o objeto de estudo desta pesquisa: através da metodologia hipotético-dedutiva, pretende-se analisar se, da perspectiva civil-constitucional, a Lei de Liberdade Econômica representa um retrocesso inconstitucional diante dos objetivos constitucionais.

2. O CONTRATO NA PERSPECTIVA PRÉ-CONSTITUCIONAL

Desde o Direito Romano, na figura dos *pactos* e *convenções* (RIZZARDO, 2002), marcados pelo formalismo e pela escrita, passando pelos ideais canonistas, jusnaturalistas, e pelo liberalismo francês do século XIX (NALIN, 2008), o contrato tem sido figura basilar das relações jurídicas privadas, sempre apoiado nos princípios contratuais clássicos, como a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*.

A partir do jusnaturalismo, o contrato atinge sua máxima, com os teóricos Hobbes, Rousseau e Locke, em que a ideia de igualdade entre os indivíduos e liberdade dos mesmos, como direitos subjetivos, passa a fundamentar os acordos de vontade: a aptidão para contratar recaía somente sobre os cidadãos livres e iguais entre si, tanto nas relações com o Estado quanto nas relações entre particulares (NALIN, 2008).

Com os contratualistas, o instituto contratual é o grande responsável pela coexistência dos indivíduos e pelo nascimento da estrutura social que conhecemos, uma vez que o homem abdica de seus interesses individuais e de uma parcela de sua liberdade, em favor do bem-estar social (WALD, 1990).

Este ideal, de soberania do povo e busca do bem-estar coletivo, vem contrapor-se ao Antigo Regime e à soberania do monarca, e é abraçado pelo liberalismo francês, no século XIX (WALD, 1990), com o Código Napoleônico de 1804, cujo símbolo da supremacia contratual, da liberdade dos contratantes e do princípio da obrigatoriedade dos contratos se evidencia no artigo 1.134, que dispõe que “*as convenções têm valor de lei entre as partes*”.

Este é, portanto, um dos principais ideais do contratualismo na modernidade, intencionalmente revestindo o contrato de inviolabilidade, e ao tornar a manifestação de vontade dos contratantes fator suficiente para a incidência da norma jurídica. Esta rigidez contratual, no entanto, demonstra uma mentalidade baseada nas formas contratuais e na liberdade irrestrita das partes de contratar, sem preocupar-se com o conteúdo do pacto ou com os participantes da relação jurídica (LÔBO, 2011).

Neste sentido, a teoria tradicional dos contratos, segundo Paulo Lôbo (2011), se desenvolve com tendências conservadoras, favorecendo grupos econômicos mais abastados, do comércio e da indústria, e em desfavor das classes sem capital: uma vez que o pacto parte de iniciativa dos particulares, a interferência do juiz ou do legislador deve ser mínima, cabendo unicamente ao ordenamento jurídico fornecer os parâmetros para o reconhecimento da validade e da eficácia do pacto celebrado, permitindo que as relações privadas se sucedam como bem entendam as partes.

Segundo Orlando Gomes (1996), o Direito Contratual se apoia em quatro princípios fundamentais: os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatória dos contratos e da boa-fé. Enquanto o princípio da autonomia da vontade se ancora na liberdade dos contratantes, de dispor acerca do conteúdo do contrato, mantendo às partes a faculdade de contratar ou de não contratar (GONÇALVES, 2004), o princípio da força obrigatória dos contratos nasce, justamente, da autonomia da vontade e da sua livre manifestação pelos contratantes.

Assim, o princípio contratual do *pacta sunt servanda* tem, em especial a partir da modernidade, o objetivo de proteger o contrato celebrado entre as partes,

com base na autonomia da vontade, sendo que o disposto no instrumento assinado pelas partes faz lei entre os contraentes, uma vez que estes, podendo escolher, escolheram contratar.

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2002), o princípio de obrigatoriedade dos contratos nasce com os canonistas, que, segundo Caio Mário da Silva (1975), definem o descumprimento contratual como equivalente ao pecado: “faltar ao obrigado atraía penas eternas”.

É, portanto, atribuído ao contrato um sentido quase religioso, de impossibilidade de modificação, modulação ou descumprimento, ainda que as disposições ali encontradas sejam divergentes dos interesses de fato pretendidos pelas partes ou que os seus efeitos sejam prejudiciais a um dos contratantes.

. O contrato, desta maneira, em sua perspectiva clássica, não será modificado e a consequência desejada se concretizará, como leciona Caio Mário (1975):

O contrato obriga os contratantes. Lícito não é lhes arrependem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes. (...) O princípio da força obrigatória do contrato significa, em sua essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe a ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas.

Este é, portanto, o panorama do contratualismo moderno: ao celebrar o contrato, as partes se obrigavam irrestritamente, independente das suas capacidades ou de eventual desequilíbrio contratual, devendo cumprir e manter o contrato ainda que a situação se modifique, pois a primazia na execução do contrato era a manutenção imprescindível dos termos avençados.

Neste momento, o que se tem de cenário é a sobreposição do contrato aos interesses dos contratantes, às suas vulnerabilidades e à dignidade da pessoa humana, além da irrelevância da igualdade material ou do equilíbrio contratual.

Em solo brasileiro, o Código de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, representa a recepção do ideal liberal. Ainda que tenha se tratado de diploma nascido já no Século XX, o Código de 1916 incorporou grande carga das codificações europeias do Século XIX, fundadas na liberdade e igualdade entre os contratantes, acolhendo a cultura liberalista do Código Napoleônico (NALIN, 2014).

De acordo com Orlando Gomes (2006), em que pese as grandes diferenças culturais, históricas e sociais entre o ambiente brasileiro e o ambiente europeu, o Código de 1916 introduziu diversos ideais das codificações europeias de maneira tardia, se mostrando resistente às tentativas de acolhimento de matérias sociais no direito civil brasileiro.

No entanto, este paradigma carregado pelo Código de 1916, de extremo individualismo, deixa de ser suficiente para tutelar o direito contratual a partir da fase pós-moderna (NALIN, 2008), após as Grandes Guerras e revoluções comunistas na China e na Rússia, ao passo, no que concerne ao direito brasileiro, fica reconhecida a necessidade de recodificação do direito civil e o abandono do Código de 1916 (NALIN, 2014).

Aqui, a desconstrução dos dogmas contratuais se demonstra imperiosa, bem como a reanálise do modelo contratual frente à sociedade de massas. As codificações modernas, concebidas a fim de tutelar as relações jurídicas exclusivamente entre dois únicos sujeitos, não se adequam mais às relações coletivas, difusas e massificadas (NALIN, 2008).

Ainda, o ideal das codificações modernas não é suficiente a tutelar relações desequilibradas travadas entre indivíduos materialmente desiguais, nem a proteger o próprio indivíduo. É necessário, portanto, buscar a proteção da dignidade da pessoa humana e a igualdade material, tal qual estabelecido pelas constituições do pós-guerra.

3. O CONTRATUALISMO SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

De acordo com Luiz Edson Fachin (2015), com a transição da “Constituição do Homem Privado” (com a proteção exclusiva do homem como indivíduo livre para contratar), à “Constituição Substancial”, é necessário destacar a inexistência da separação absoluta entre o público e o privado, o que impende dar novos sentidos aos institutos jurídicos tradicionais.

Ainda, segundo Pietro Perlingieri (2007), em razão da hierarquia das fontes, todo o ordenamento jurídico deverá alinhar-se à Constituição, uma vez que, ao hierarquiza-la como fonte suprema, o legislador pleiteia não só a aplicação de seus preceitos, mas também a “releitura do Código Civil e das Leis Especiais à Luz da Constituição da República”.

No que concerne ao Direito Civil Brasileiro, a Constituição de 1988 pleiteia o abandono do ideal patrimonialista, presente desde o Código Napoleônico, a fim de priorizar o desenvolvimento do indivíduo e a dignidade da pessoa humana, dentro das relações privadas (FACHIN, 2015). A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade humana como fundamento da República, fundamentou o paradigma da repersonalização do direito civil, com a consagração da “supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais de sua existência”. É possível afirmar, com isso, que a tutela ao patrimônio é legítima desde que se configure como modo de proteção da pessoa (CORTIANO JUNIOR, 2002).

No mesmo sentido, de acordo com Paulo Nalin (2008), despatrimonialização, dignidade do contratante e função social do contrato refundam o direito civil em torno da pessoa, de modo que a autonomia privada se presta, antes de tudo, ao livre desenvolvimento da pessoa contratante. Assim, a inclusão da dignidade da pessoa humana como princípio norteador, implica em uma releitura do Direito Civil brasileiro, perpassando obrigatoriamente pelos princípios constitucionais e por valores não patrimoniais (TEPEDINO, 2016), impossibilitando que se traga a ideia de manutenção do contrato de maneira irrestrita, da nascente do princípio *pacta sunt servanda*, ao momento pós-constitucional, em que se persegue a adequação do Código Civil aos princípios da Carta Magna e a supremacia da Constituição frente às demais fontes do direito.

De acordo com Rose Melo Vencelau Meireles (2009), a centralidade do ordenamento, a partir da Constituição de 1988, se concentra no *ser*, no indivíduo, enquanto no Código Civil de 1916, por exemplo, a grande preocupação do codificador foi a proteção do *ter*, da esfera patrimonial.

É evidente que esta escolha, que elenca a pessoa humana como elemento a ser protegido, se deu de maneira consciente pelo legislador do *códex* de 1988, uma vez que a dignidade da pessoa humana é colocada pelo constituinte como fundamento da República, já no artigo 1º da Constituição Federal.

Significa dizer, portanto, que a interpretação de todo o ordenamento jurídico deve se dar de maneira a priorizar a dignidade da pessoa humana, uma vez que, ao dispor este elemento como fundamento da República no primeiríssimo artigo do *códex*, resta disposto também que todas as normas infraconstitucionais (e, aqui, inclui-se o Código Civil), deverão se submeter à consagração da dignidade da pessoa humana.

Ainda, segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009), cabe não só a interpretação de toda a normatividade em favor da dignidade da pessoa humana, a partir do disposto no artigo 1º, III, mas também a disciplina do Estado em promover a tutela, positiva e negativa, da dignidade humana, inclusive na edição de novas legislações infraconstitucionais, sob pena de que, ante a inobservância da proteção da dignidade da pessoa humana, se permita a promulgação de leis manifestamente inconstitucionais.

Esta preocupação deve, portanto, caminhar de mãos dadas à proteção da dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas: o Estado não poderá permitir a aprovação de diplomas que violem a dignidade da pessoa humana, porque manifestamente inconstitucionais, tal qual não poderá permitir a manutenção de relações contratuais desequilibradas que representem prejuízo a um ou a ambos os contratantes, porque ofendida a dignidade da pessoa humana nesta relação.

Ademais, para além desta disposição inicial do *códex*, a dignidade da pessoa humana também é anteposta quando se trata da ordem econômica dentro do diploma, haja vista que, em pese prescrita como fundamento da República, resta disposto pelo artigo 170, *caput*, da Carta Magna, que a ordem econômica tem como objetivo assegurar a todos a existência digna.

Neste cenário, a constituinte estabelece que, mesmo na esfera econômico-financeira, deve ser priorizada a dignidade da pessoa humana, ideia que se contrapõe frontalmente ao objetivo inicial do princípio da obrigatoriedade dos contratos, de manutenção do vínculo obrigacional independente da realidade fática dos contratantes.

Se, por um lado, a constitucionalização traz a centralização da pessoa humana nas relações interprivadas, não pode, de outro, o contrato ser entendido de maneira isolada e a priorizar a ordem econômica. Ignorar a primazia da dignidade da pessoa humana e da igualdade material em detrimento da manutenção e da obrigatoriedade do contrato seria ignorar também o contexto político, social,

econômico e jurídico em que se desenvolveu o *pacta sunt servanda* desde a sua codificação, no berço do liberalismo do século XVIII e XIX, e nos duzentos anos que o seguiram (GONÇALVES, 2004).

A Constituição Federal de 1988 representa, portanto, ao menos no âmbito constitucional, uma tentativa de ruptura com o ideal liberal importado do Código Napoleônico, sobrepondo a pessoa ao patrimônio, impondo invariavelmente que os elementos norteadores da teoria contratual clássica sejam repaginados, como nos ensinam Carlos Edison do Rêgo e Fernanda Paes Leme Peyneau:

Em apartada síntese, o potencial transformador da Constituição de 1988 encontrou no plano do direito das obrigações e dos contratos terreno fértil para a promoção dos valores humanistas que protagonizam o ordenamento. Por meio da fixação de seus princípios gerais, orientadores de todo o sistema jurídico, a Constituição, a um só tempo, albergou os alicerces da teoria contratual clássica (igualdade e liberdade), mas impôs sua reconstrução. Assim, inverteu a ordem de prevalência dos interesses em jogo (do sujeito de direito à pessoa, do individual ao social), renovando em definitivo a lógica pretensamente abstrata e imutável das bases da teoria obrigacional clássica (MONTEIRO FILHO, 2016).

Para além do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe ainda pontuar a preocupação da Constituição Federal no que tange ao princípio da igualdade, uma vez que, em seu artigo 5º, assegura aos indivíduos a concretização da igualdade material.

Ou seja, não só o legislador preocupou-se garantir a igualdade formal entre os indivíduos, assegurando que todos são iguais, mas também em comunicar que, na hipótese de diferentes vulnerabilidades, sob a tutela do mesmo ordenamento, indivíduos diferentes poderão receber tratamento divergente, a fim de que o direito se adeque às necessidades e particularidades de cada indivíduo.

Neste sentido, no que tange ao direito contratual, é pacificada a proteção do contratante mais vulnerável, deixando para trás a ideia de igualdade inquestionável entre os contratantes, quando um deles se demonstra hipossuficiente em relação ao outro.

De acordo com Pietro Perlingieri (2007), ao trazer a igualdade material (também chamada de igualdade substancial) como princípio constitucional, as constituições contemporâneas fazem uma promessa diante dos indivíduos: de remover eventuais obstáculos de ordem econômica e social que venham a limitar o

exercício da liberdade e da igualdade, ou que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Assim, conforme disposto pelo artigo 170 da Constituição Federal, em que pese a ordem econômica também configurar-se como fundamento da República, esta não atinge um fim em si mesma, merecendo a tutela do ordenamento apenas as relações jurídicas e, conseqüentemente, os contratos, que se dispuserem a materializar e alcançar o desenvolvimento da pessoa humana, a igualdade material e os demais princípios constitucionais (PERLINGIERI, 2007).

A autonomia da vontade, antes irrestrita e real fundamento da celebração contratual, permitindo a livre disposição pelas partes, na perspectiva pós-constitucional, torna-se instituto limitado: as partes continuam dispondo acerca das obrigações contratuais, no entanto, estas disposições não poderão jamais ofender a dignidade da pessoa ou a igualdade material.

Significa dizer, portanto, que a ótica civil-constitucional traz à teoria contratualista, em especial ao princípio *pacta sunt servanda*, uma mitigação de seus efeitos e uma modulação de seu significado. Os contratos permanecem sendo “lei entre as partes”, porém albergados pela possibilidade de revisão em caso de desequilíbrio e desonra ao princípio da igualdade material, por exemplo.

A ideia de que o contrato não poderá ser modificado, senão por nova manifestação das partes, que se descola da posição socioeconômica dos contratantes, do conhecimento jurídico dos mesmos e da sua capacidade, passa a sofrer limitações legislativas (como pelo Código de Defesa do Consumidor), e judiciais, permitindo ao judiciário interferir no conteúdo e nos efeitos contratuais (MARQUES, 2005), como nos casos das cláusulas previstas no artigo 51 do CDC, que deverão ser revistas pelo juiz.

Neste cenário, com a integração da perspectiva do direito civil-constitucional ao direito brasileiro, o princípio *pacta sunt servanda* deixa de ser verdade absoluta na execução dos contratos, e, segundo Paulo Lôbo, os contratos ficam expostos à possibilidade de revisão, seja legal, seja judicial.

Esta revisão significa limitação ao princípio da força obrigatória dos contratos, sendo uma ferramenta de reequilíbrio das obrigações contratadas (LÔBO, 2011), impondo limites ao cumprimento e à execução do contrato, mas sem que este seja rescindido (PEREIRA, ARDENGHI, 2014). Assim, o contrato poderá ser cumprido, ainda que em novos termos.

A revisão judicial é, portanto, ferramenta do Estado Social para que os princípios constitucionais possam se concretizar (LÔBO, 2011). O que se tem, na modernidade, e sob a perspectiva do direito civil-constitucional é a incompatibilidade do *pacta sunt servanda*, conforme formulado originalmente pelo liberalismo, ao contexto fático, histórico e social.

É importante pontuar que a ótica civil-constitucional, aplicada à teoria contratualista, não pretende de maneira alguma o inadimplemento contratual, mas sim a possibilidade de revisão dos contratos, quando ofensivos aos princípios constitucionais, e a exigência de que a sua celebração se efetive de forma a consagrar os valores da Constituição de 1988.

Este entendimento, de revisão contratual quando maculados os princípios constitucionais, vem sendo aplicado pela jurisprudência brasileira¹ com frequência, concretizando o ideal civil-constitucionalista de que as relações jurídicas deverão se submeter aos preceitos constitucionais.

4. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA: INCONSTITUCIONALIDADE E OS RETROCESSOS EM MATÉRIA CONTRATUAL

Em que pese tamanha preocupação do ordenamento jurídico e da Constituição com a dignidade dos contratantes, na celebração do contrato, bem como com a igualdade material dos que se obrigam conjuntamente, no ano de 2019 é promulgada a Lei de Liberdade Econômica, cujo fim é proteger a ordem econômica e o livre mercado.

Já em seu artigo 1º, §2º, a Lei 13.874, deixa claro o que pretendeu o legislador infraconstitucional. Aqui, fica estabelecido que todas as normas que versem sobre atividade econômica deverão ser interpretadas em favor da liberdade

¹ É o caso de decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos de nº 0037543-21.2020.8.16.0000, em 13/07/2020, diante de pleito de revisão de contrato de locação em razão do contexto pandêmico, fixando entendimento de que as relações contratuais não devem se sobrepor aos princípios contratuais, possibilitando a revisão das cláusulas contratuais: “Os direitos meramente patrimoniais não podem se sobrepor ao direito à vida, à saúde e à moradia e do funcionamento da empresa como geradora de empregos e salários e sua responsabilidade social, estes umbilicalmente interligados com a dignidade da pessoa humana, especialmente neste momento de reclusão social decorrente da pandemia do COVID-19. Além disso, são nítidos o interesse público, o da coletividade e o da saúde pública no isolamento social das pessoas, devendo, igualmente, prevalecer sobre o interesse privado patrimonial”. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/37963707/2020+07+-+Aluguel+suspens%C3%A3o/e3d1d6ab-dddb-d43b-09ad-0a7582dd72f4>. Acesso em: 18 set. 2021.

econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade².

Ainda, ao elencar os princípios norteadores da Lei de Liberdade Econômica, eis o que se tem como valores escolhidos, conforme artigo 2º a liberdade para o exercício da atividade econômica, a boa-fé do particular, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

No que concerne aos direitos estabelecidos para o exercício da atividade econômica, a escolha do legislador coloca em cheque a perspectiva civil-constitucional da teoria contratual, quando, no artigo 3º, V, pontua como direito daquele que exerce atividade econômica que as dúvidas de interpretação do direito civil serão dirimidas de maneira a preservar a autonomia privada, à exceção de disposição expressa em sentido contrário.

Neste ponto, a grande preocupação da Lei de Liberdade Econômica parece ser exclusivamente a atividade econômica, não havendo margem para a concretização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana ou da igualdade material.

Ainda, ao colocar a ordem econômica como elemento a ser favorecido, a Lei 13.874 traça embate frontal à Constituição, uma vez que esta define como grande objetivo da ordem econômica a promoção da existência digna.

Nada obstante, a Lei de Liberdade Econômica parece representar um retrocesso, sob a ótica da perspectiva civil-constitucional: enquanto o *pacta sunt servanda* vem há muito sendo modulado, quando desequilibrado o contrato, a Lei de Liberdade Econômica tende a proteger a relação contratual independentemente da realidade fática dos contratantes.

Ou seja, enquanto a Carta Magna busca promover a dignidade da pessoa humana e a jurisprudência vem protegendo os contratantes mais vulneráveis, celebrando o princípio da igualdade material, a Lei de Liberdade Econômica pretende uma intervenção estatal mínima e reservada exclusivamente a disposições legais contrárias ao instrumento contratual, relegando a proteção do Estado aos contratantes como atitude residual e excepcional.

² BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019.

Esta volta ao princípio da obrigatoriedade dos contratos em sua primeira fórmula, de maneira irrestrita e despreocupada com a vulnerabilidade real dos contratantes, demonstra ignorância do legislador com o contexto evolutivo da teoria contratual e do próprio direito-civil constitucional, como se pontua Pietro Perlingieri ao tratar de legislações infraconstitucionais afrontosas aos princípios constitucionais:

A história, sobretudo nos últimos decênios, ajuda a compreender que quando o Poder Legislativo acredita estar acima e além dela própria, impondo prescrições que violam os direitos fundamentais da pessoa humana, termina uma ordem jurídica e começa uma autoritária, fundada na pura força. (...) Basta considerar a não sujeição de alguns juristas ao Poder Legislativo quando este não atendeu ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana. Na época do Nazismo, uma parte da jurisprudência italiana e alemã, algumas vezes, soube colocar um freio, ainda que limitado, à atividade do Poder Legislativo, aplicando restritivamente algumas normas – aquelas, por exemplo, que se inspiravam na distinção das pessoas com base na raça – ou interpretando extensivamente alguns princípios que ainda existiam, até então, de maneira apenas formal no ordenamento (PERLINGIERI, 2007).

Com base no disposto na Lei de Liberdade Econômica, o que se tem é o claro objetivo de sobrepor a atividade econômica à eventual vulnerabilidade das partes, caso tal vulnerabilidade não represente evidente contradição a dispositivos legais.

Significa dizer que, sob o véu da Lei de Liberdade Econômica, ainda que o contrato seja desequilibrado e, assim, ofenda os princípios constitucionais, este deverá ser mantido, pois a interpretação deve se dar em favor da manutenção do contrato, e não da dignidade da pessoa ou da igualdade material.

Veja-se, portanto, que ao colocar os preceitos constitucionais lado a lado aos princípios norteadores da Lei de Liberdade Econômica, nos deparamos com evidente inadequação da Lei 13.874 com a Constituição. Se, de um lado, a Constituição pretende a realização da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, mesmo diante da atividade econômica, não pode a Lei infraconstitucional definir que a ordem econômica é o princípio fundamental e um fim em si mesmo da atividade econômica.

O que se tem é, portanto, um desrespeitoso retrocesso e descompasso entre a Lei de Liberdade Econômica e o restante do ordenamento jurídico, uma vez que este busca a proteção do indivíduo e a promoção da igualdade, inclusive reformando contratos desequilibrados, enquanto aquele busca a promoção

desenfreada da ordem econômica, a intervenção residual do Estado e a manutenção do contrato tal qual o já há muito superado Código Napoleônico.

Enquanto a Constituição de 1988 pede o abandono do ideal patrimonialista, a Lei de Liberdade pretende irrefreavelmente o seu retorno, sobrepondo o patrimônio ao contratante, em claro desarranjo ao ordenamento brasileiro. E se pretende-se manter a Constituição Federal como topo da pirâmide legislativa, há de se corrigir tamanha incompatibilidade.

5. CONCLUSÃO

Dos estudos direcionados à Constituição de 1988, se depreendem como princípios máximos a serem observados pelo jurista a dignidade da pessoa humana, objetivando a promoção da vida digna aos indivíduos, bem como a promoção da igualdade material entre as pessoas, tendo em vista que ante as desigualdades fáticas, caberá ao Estado assegurar o igual tratamento entre seus cidadãos.

No que concerne ao Direito Contratual, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a necessidade de que, em uma balança desequilibrada, a pessoa seja protegida, ainda que em detrimento da obrigatoriedade dos contratos.

Neste cenário, a formulação do *pacta sunt servanda* originária, filha do liberalismo francês, segundo a qual o contrato faz lei entre as partes, parece não se aplicar irrestritamente a contratações contemporâneas.

Assim, o que se pode compreender da teoria contratual atual é a escalação do indivíduo como elemento essencial a ser protegido dentro do contrato, mesmo porque o princípio da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana é valor máximo da Constituição Federal e, em sendo a Constituição norma do topo da pirâmide normativa, toda a legislação infraconstitucional, incluído aqui o Código Civil, deve se responsabilizar pela perseguição dos valores constitucionais.

De maneira lógica, em casos concretos de desequilíbrio contratual, mesmo contratos aparentemente paritários, quando este desequilíbrio contratual representa risco à dignidade de um ou de ambos os contratantes, ou quando há efetiva desigualdade material dentro da relação jurídica, o entendimento tende (e deve tender) ao acolhimento da revisão contratual para fins de reequilíbrio.

Esta escolha de revisão contratual é, inclusive, beneficiária aos próprios contratantes, que são protegidos pelo Estado mesmo em suas relações

interprivadas, e para a ordem econômica, uma vez que a manutenção do contrato, ainda que revisto, é muito mais interessante do que a resolução do mesmo.

Em que pese promulgada sob égide do Código Civil de 2002 e sob o véu da Constituição Federal de 1988, supostamente subordinada ao respeito à dignidade da pessoa humana e à igualdade material, a Lei de Liberdade Econômica parece vir na contramão de toda a teoria contratual construída e na contramão das próprias previsões constitucionais, ao trazer quase como novo princípio a mínima intervenção estatal nas relações contratuais e elencar como elemento máximo a ser protegido o próprio contrato.

Esta idealização, no entanto, de proteção irrestrita do contrato e intervenção mínima do Estado parece tentar trazer novamente à tona ideais há muito abandonas pelo Direito Civil brasileiro: o ideal liberalista francês, de não intervenção estatal, e a aplicação do *pacta sunt servanda* tal qual pontuado no Código Napoleônico, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes e deve ser mantido.

Esta perspectiva, no entanto, deixa de lado a realidade fática dos contratantes, relegando aos próprios contratantes o adimplemento contratual independente do contexto vivido.

Ainda, se apresenta contraditória ao próprio Direito Civil: enquanto a Constituição Federal, Lei Máxima do Direito Brasileiro, prevê a dignidade da pessoa humana e a igualdade material, tornando a ordem econômica como *meio* e não como *fim*, a Lei de Liberdade Econômica prevê a ordem econômica como elemento essencial a ser tutelado dentro do contrato.

Nesta toada, o que se parece ter com a promulgação da Lei de Liberdade Econômica é um retrocesso inconstitucional: um retrocesso, pois busca o retorno ao liberalismo e ao *pacta sunt servanda* descompromissado com os contratantes; e inconstitucional já que parece buscar a realização econômica independentemente da proteção da pessoa, em desarrajo com os valores constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Centro Gráfico, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. *IN*: BARBOZA, H. H. et. al. (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**, 2 ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

HONORATO, Gabriel. **Revisão dos Contratos de Locação Imobiliária em Tempos de Covid-19**. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/844059622/revisao-dos-contratos-de-locacao-imobiliaria-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 16 set. 2021.

KONDER, Nelson Carlos. Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil. *IN*: KONDER, Nelson Carlos; SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. In: DE SÁ, Maria de Fátima Freire; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil, Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Ieme Peyneau Rito. Subsídios para o equilíbrio Funcional dos contratos. *IN*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. O Direito Civil: **Entre o Sujeito e a pessoa**. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. São Paulo, v. 1, jul/set 2014.

NALIN, Paulo. **Do contrato**, conceito pós moderno. Em busca de sua Formação na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: Contratos. Declaração de Vontade. Responsabilidade Civil**. v. III. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PEREIRA, Mariah Rausch; ARDENGHI, Régis Schneider. A flexibilização do pacta sunt servanda nos contratos bancários diante dos princípios focados no dirigismo contratual. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus**. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/834118398/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>. Acesso em: 16 set. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. IN: KONDER, Nelson Carlos; SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo código civil**: das várias espécies de contratos, vol. X. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor. O Direito Civil: **Entre o Sujeito e a pessoa**. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

WALD, Arnaldo. **Contratos e Obrigações**. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.