XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM I

ROBISON TRAMONTINA

HORACIO ULISES RAU FARIAS

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM I

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Robison Tramontina, Horacio Ulises Rau Farias, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-982-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM I

Apresentação

Iniciamos a tarde de debates com o trabalho "CONTRATOS PARITÁRIOS E EQUIDADE – CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE E LIBERDADE CONTRATUAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO", de autoria de Luiz Carlos Marques Filho. A pesquisa vincula o tema dogmático do Direito Civil com as teorias da justiça de Rawls, debatendo temas conexos à Filosofia do Direito no âmbito do Direito Privado. Na apresentação, o autor explicou as relações entre Direito Público e Privado na perspectiva do Direito Comercial, tecendo observações inovadoras à temática.

A sequência dos trabalhou contou com a apresentação do texto "DIREITO, ARTE E CULTURA: MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS", de Rafael Lazzarotto Simioni e Júlia de Paula Faria. A pesquisa foi elaborada no âmbito de pesquisa entre Direito e Artes Visuais, vinculando a pesquisa ao direito à liberdade de expressão, bem como aos direitos sociais da Constituição Federal. O trabalho, em específico, vinculou o movimento da Tropicália com os direitos humanos.

O terceiro trabalho da tarde foi "DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE DOS EVENTOS FUTUROS E INCERTOS SOB O PRISMA DA TEORIA CONSEQUENCIALISTA", de autoria de Miriam da Costa Claudino, Aline Ouriques Freire Fernandes e Edmundo Alves de Oliveira, colocando um caso prático envolvendo o tema objeto do trabalho, relacionando-o com a teoria consequencialista.

O quarto trabalho da tarde foi o denominado "HART: MORALIDADE CRÍTICA E O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO LEGAL." De autoria de Serrana Delgado Manteiga, a pesquisa colocou a teoria de Hart, sobretudo esboçada no estudo do livro "O conceito de Direito", em análise frente às atualidades da pesquisa em Teoria do Direito. O estudo faz um exame analítico da Teoria, passando pelos conceitos fundamentais de ponto de vista interno e externo. Sobretudo, seu estudo volta-se à explicação do conceito de obrigação em Hart.

O quinto trabalho apresentado no grupo foi o artigo "HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL (?)", de autoria de Juliana Lopes Scariot e Isadora Moura Fe Cavalcanti Coelho. A pesquisa buscou diferenciar as duas categorias no título,

procurando fazer uma divisão didática entre as referidas categorias, sobretudo a partir da perspectiva de Gadamer, destacando sua visão jurídica por meio do trabalho de Lenio Streck.

O sexto trabalho teve como título “LINGUAGEM DO DIREITO: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE NIKLAS LUHMANN E DA CRÍTICA DE LUIS ALBERTO WARAT”, de autoria de Fernanda Barboza Bonfada, Magda Helena Fernandes Medina Pereira e Leonel Severo Rocha, explorando as relações entre a crítica waratiana e a perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann, traçando conexões entre as obras dos referidos autores. Essa pesquisa busca vincular, sobretudo, a crítica ao sujeito, ponto de estudo de Warat no tocante à teoria crítica, com a teoria da comunicação de Luhmann.

O sétimo trabalho da tarde teve como título “O JUSNATURALISMO CONTEMPORÂNEO DE JOHN FINNIS E A DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA: PRINCÍPIOS DE RAZOABILIDADE PRÁTICA COMO JUSTIFICATIVAS MORAIS E RACIONAIS PARA O DIREITO”, de autoria de Felipe Rodrigues Xavier e Davi Pereira do Lago. O trabalho buscou analisar duas correntes jusnaturalistas do século XX, tecendo críticas em relação a referidas teorias à luz das Doutrina Social da Igreja (DSI). Destacaram temas como “paz” e “meio ambiente” no contexto das referidas referências. Outra perspectiva analisada foi a de John Finnis acerca do Direito Natural, envolvendo, sobretudo, sua retomada do trabalho de Tomás de Aquino. Nessa abordagem, destaca especialmente a pergunta -por que é direito?

O oitavo trabalho, denominado “O LUGAR DO POBRE NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO: UMA PRIMEIRA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA DOS OPRIMIDOS”, de autoria de Elias Guilherme Trevisol, buscou destacar o tema relacionado à “porofobia”, que significa aversão aos pobres, sobretudo a partir de Adela Cortina e Henrique Dussel em sua tese. A esse conceito, adicionou concepções de sujeito de direitos voltados à teoria crítica, enfatizando a participação do sistema capitalista nesse contexto.

O nono trabalho da tarde foi o de título “ON CERTAINTY, DE WITTGENSTEIN, E CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE FUNDACIONALISTA E À FILOSOFIA DO DIREITO”, de Felipe Rodrigues Xavier, destacando a função da obra póstuma de Wittgenstein ao âmbito da Filosofia do Direito, sobretudo acerca da existência – ou não- de uma terceira fase no pensamento de Wittgenstein e sua eventual influência na perspectiva da Filosofia do Direito.

O decido trabalho apresentado foi o denominado “OS REFLEXOS DA ALTERIDADE NA DISCIPLINA, PODER E DIREITO EM FOUCAULT”, de autoria de Felipe Jacques Silva,

buscando apresentar o referencial teórico de Michel Foucault e sua relação com o pensamento jurídico, traçando diversos exemplos jurídicos que aparecem na obra focaultiana, destacando sua pesquisa sob a ótica dos direitos fundamentais.

O décimo primeiro trabalho foi o intitulado "PRINCIPIOLOGIA NORMATIVA E PAMPRICIPIOLOGISMO: UMA PROPOSTA À LUZ DA TEORIA PROCESSUAL NEOINSTITUCIONALISTA DO DIREITO", de autoria de Bruno Eduardo Vieira Santos, destacando o conceito de Pampricipiologismo para criticar a utilização demasiada de princípios no direito brasileiro, sobretudo no aspecto democrático.

O décimo segundo trabalho, denominado de "REFLEXÕES SOBRE O DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS E DA COMPLEXIDADE", de autoria de Albino Gabriel Turbay Junior, propôs uma reflexão do Direito a partir da Teoria dos Sistemas, debatendo o tema à luz de autores renomados da Teoria, buscando aliar o trabalho à perspectiva do Processo Civil.

O décimo terceiro trabalho, intitulado "TALES DE MILETO E A CRISE CLIMÁTICA: A IMPORTÂNCIA ANCESTRAL DA ÁGUA PARA UM FUTURO SUSTENTÁVEL", de autoria de Carolina Fabiane de Souza Araújo e Daniele de Oliveira Pinto, demonstrou a relevância social de sua pesquisa, expressando a relação da filosofia de Tales de Mileto como fundamento para a proteção da água.

O décimo quarto trabalho, intitulado "O SUJEITO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA À PROVA DA EPISTEMOLOGIA CRÍTICA", de autoria de Bernardo Leandro Carvalho Costa, Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira, evidenciou o isolamento das teorias de Hart e Dworkin em relação à crítica ao sujeito elaborada pela epistemologia crítica do século XX, sobretudo nos trabalhos de Foucault e Sartre.

O décimo quinto trabalho, denominado " A CIENTIFICIDADE DO DIREITO À PROVA: A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN SOB A PERSPECTIVA DA EPISTEMOLOGIA CRÍTICA", de autoria de Bernardo Leandro Carvalho Costa, Pedro Ernesto Neubarth Fernandes e Gabriel Dil, destacou o isolamento do projeto de ciência do Direito de Kelsen em relação aos pressupostos científicos destacados na epistemologia crítica de Bachelard, Kuhn e Popper.

O décimo sexto trabalho, intitulado "TARUFFO Y LA FILOSOFÍA PRAGMATÍSTA DE SUSAN HAACK", de Horacio Ulisses Rau Farias, destacou os traços da epistemologia de Susan Haack utilizada para o trabalho de Taruffo.

Esperamos que esses trabalhos sirvam como fonte crítica para as pesquisas em Direito!

Robison Tramontina

Horacio Ulises Rau Farias

Bernardo Leandro Carvalho Costa

CONTRATOS PARITÁRIOS E EQUIDADE – CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE E LIBERDADE CONTRATUAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

PARITY CONTRACTS AND EQUITY – CONTRIBUTION TO THE DEBATE ON CONTRACTUAL FREEDOM IN THE DRAFT REFORM OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Luiz Carlos Marques Filho

Resumo

O relatório da Comissão de juristas para a revisão e atualização do Código Civil brasileiro exalta o princípio da liberdade contratual como guia do trabalho da comissão, contudo o anteprojeto parece revelar orientação juspolítica ligeiramente diversa daquela que teria orientado, em passado recente, a edição da Lei da Liberdade Econômica e de outras normas. O presente artigo parte da hipótese de que os esforços para diminuir a interferência de agentes públicos sobre contratos privados através da multiplicação de dispositivos legais está sujeita a falhas, por não expressar de forma clara e adequada os critérios segundo os quais os agentes públicos deveriam priorizar a liberdade contratual sobre outros princípios igualmente consagrados pelo ordenamento jurídico. Diante disso, o artigo avaliará o trabalho da comissão segundo os referenciais da ponderação de princípios de Robert Alexy e da distribuição de liberdades na teoria de justiça de John Rawls, a fim de determinar se os critérios de julgamento insculpidos no Código Civil seriam adequados para promover a densificação do princípio da liberdade contratual e da livre iniciativa, com fincas a contribuir com o debate acerca da reforma do Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: Liberdade contratual, Livre iniciativa, Parcelas distributivas, Ponderação de princípios, Reforma do código civil

Abstract/Resumen/Résumé

The report of the Commission of jurists for the review and updating of the Brazilian Civil Code exalts the principle of contractual freedom as a guide for the commission's work, however the draft appears to reveal a juridical orientation slightly different from that which would have guided, in the recent past, the enactment of the Law of Economic Freedom and other standards. This article is based on the hypothesis that efforts to reduce the interference of public agents in private contracts through the multiplication of legal provisions are subject to failure, as they do not clearly and adequately express the criteria according to which public agents should prioritize the contractual freedom over other principles equally enshrined in the legal system. In view of this, the article will evaluate the commission's work according to the references of Robert Alexy's balancing of principles and the distribution of freedoms in John Rawls' theory of justice, in order to determine whether the judgment criteria established in the Civil Code would be adequate to promote the densification of the principle of contractual

freedom and free initiative, with fincas contributing to the debate about the reform of the Brazilian Civil Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of contract, Free enterprise, Distributive shares, Proportionality test of fundamental rights, Reform of the brazilian civil code

1 DAS LIBERDADES CONTRATUAIS NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

No dia 17 de abril de 2024, o presidente da comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal (ATS) n. 11/2023, Min. Luís Felipe Salomão, finalmente entregou ao Presidente do Senado Federal, Sen. Rodrigo Pacheco, o relatório final dos trabalhos da comissão de juristas responsáveis pela reforma do Código Civil. O relatório está dividido em duas partes principais. A primeira parte contém o anteprojeto prevendo a revogação, alteração e inclusão de diversos dispositivos não apenas no Código Civil, como noutras normas nacionais. Na segunda parte, encontra-se a justificação do anteprojeto. Conforme ressaltado várias vezes no relatório entregue ao Senado (BRASIL.SF, 2024, p. 279, 282-283, 285-286, 296), a comissão, não obstante propor algumas inovações, teve como escopo primordial apenas adequar a legislação àquilo que, em suma, a jurisprudência e a doutrina já haviam consagrado, em linha, inclusive, com a mudança de tendências na sociedade brasileira e experiências encontradas no direito comparado.

Pertinente às liberdades contratuais, objeto do presente artigo, o texto do anteprojeto guardou íntima relação com a Lei n. 13.874/2019, chamada Lei da Liberdade Econômica, que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro expressões como "contrato paritário", "intervenção mínima", "excepcionalidade da revisão contratual" etc. A menção à simetria contratual se harmonizara com o disposto no Enunciado n. 21, aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal – CJF (2012), assim redigido: "Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais." (BRASIL.CJF, 2013)

A interferência de terceiros é diametralmente oposta à liberdade de pactuação. Por tal razão, a ideia principal das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica e em diplomas congêneres foi a de proteger a força obrigatória dos contratos contra a interferência de terceiros, sobretudo do Estado, por qualquer de seus poderes. Assim, o art. 421-A do Código Civil, incluído pela Lei n. 13.874/2019, dispõe que (i) é lícito às partes definir como as cláusulas do contrato devem ser interpretadas e quais os pressupostos para revisão e resolução do contrato; (ii) os riscos alocados pelos particulares devem ser respeitados, isto é, o desequilíbrio da álea contratual não basta para justificar a interferência do Estado na relação contratual; e (iii)

o contrato somente pode ser revisto de forma excepcional e limitada, ou seja, diante de circunstâncias excepcionais e sempre na menor medida possível.[1]

Outra regra notável trazida pela Lei da Liberdade Econômica, a qual foi alvo de discussão no Congresso Nacional, é a que impõe aplicação das normas de direito empresarial de maneira subsidiária ao avençado entre as partes, na hipótese de contratos paritários e simétricos, com exceção das normas de ordem pública (art. 3º, inciso VIII, da Lei n. 13.874/2019).[2] Este ponto será revisitado adiante.

Convém analisar, portanto – com a objetiva detença que o presente artigo demanda – as principais modificações constantes do anteprojeto que guardem relação com as liberdades contratuais, para mais adiante comparar a disciplina legislativa com a teoria das parcelas distributivas.

Primeiramente, o anteprojeto enquadra os contratos privados em quatro principais gêneros ou categorias, quais sejam: (i) contratos celebrados entre empresas; (ii) contratos de consumo; (iii) contratos de trabalho; e (IV) contratos civis em geral (art. 421-B, incisos I a IV).

O anteprojeto também aprofunda a distinção entre contratos considerados paritários ou simétricos, e os considerados díspares ou assimétricos. Os incisos atuais do art. 421-A do Código Civil são amalgamados pelo anteprojeto em dois princípios de liberdade contratual, explicitados no art. 421, §1º como princípios da **intervenção mínima** e **excepcionalidade da revisão contratual**. Além disso, a presunção de simetria dos contratos civis e empresariais, atualmente constante do art. 421-A, *caput*, do Código Civil, é transposta, **com ressalvas**, para o *caput* do art. 421-C do anteprojeto.

Os contratos empresariais deverão observar, ainda, diversos princípios a serem positivados no art. 966-A, aplicáveis ao Livro II do Código Civil, isto é, ao direito de empresa. É oportuno destacar que o anteprojeto parece ter prestigiado a liberdade contratual através da edição de normas que disciplinam o exercício dessas liberdades, conforme destaques adiante no texto. Em sucinta transcrição, os princípios previstos no art. 966-A são os seguintes: (i) livre

[1] "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada." (BRASIL.PR, 2002)

[2] "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição: (...) VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato" (BRASIL.PR, 2019a)

iniciativa **e valorização e aperfeiçoamento do capital humano**; (ii) liberdade de organização e livre concorrência, **nos termos da lei**; (iii) autonomia privada, **que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública**; (iv) autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, **segundo cada tipo societário**; (v) limitação da responsabilidade dos sócios, **conforme cada tipo societário**; (vi) deliberação majoritária do capital social, **salvo se o contrário for previsto no contrato social**; (vii) força obrigatória das convenções, **desde que não violem normas de ordem pública**; (viii) preservação da empresa, **de sua função social** e estímulo à atividade econômica; (ix) observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, **sempre que não sejam contrários ao direito**; (x) simplicidade e instrumentalidade das formas.

Finalmente, o art. 421-C, §1º, do anteprojeto confere ainda mais destaque aos **contratos empresariais**, exigindo "parâmetros adicionais" para sua "consideração e análise". Dentre os parâmetros traçados, destaca-se a especial definição do princípio da **boa-fé empresarial** (art. 421-C, §1º, inciso II), ponderando que o dever de lealdade e as expectativas dos contratantes devem ser interpretadas conforme o contexto econômico das respectivas atividades. Tanto que, logo em seguida (art. 421-C, §1º, inciso III), atribui-se ao juiz o dever de levar em conta os usos e costumes do lugar da celebração do contrato, além do "modo comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual", se não for possível extrair das cláusulas do contrato as normas para a sua execução.

As alterações apresentadas permitem extrair arbitrariamente, por dedução lógica, alguns aspectos de técnica legislativa adotada pela comissão, que será melhor delineada nas seções seguintes, para que, na seção final, sejam finalmente avaliados consoante o referencial teórico adotado no presente artigo, qual seja, a teoria das parcelas distributivas e de justiça como equidade.

2 DA TÉCNICA LEGISLATIVA ADOTADA PELA COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA REVISÃO E ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

O passado recente do Brasil vem registrando a edição de diplomas legais com o conflagrado escopo de incentivar a circulação de riquezas, diminuir custos de transação nos negócios, atrair investimentos etc. O caminho para supostamente atingir essas metas, não raro, consiste na edição de atos normativos que visam a exortar a liberdade dos contratantes, entendidos como atores da economia. São exemplos dessa corrente normativa a Lei n.

13.726/2018, chamada Lei da Desburocratização; a Lei n. 13.874/2019, Lei da Liberdade Econômica; e Lei n. 14.195/2022, conhecida como Lei da Facilitação do Ambiente de Negócios etc.

O anteprojeto caminharia no mesmo sentido, consoante o seguinte objetivo exarado em sua justificação: "Assegurar a força vinculante dos contratos entre empresas é forma de trazer segurança e previsibilidade para os agentes econômicos, de coibir o oportunismo prejudicial ao mercado e, uma vez mais, de atrair capitais e fomentar a atividade econômica." (BRASIL.SF, 2024, p. 294). Já a seção dedicada aos contratos em geral, que, portanto, não abrange apenas o direito empresarial, apresenta uma visão mais ponderada entre a liberdade dos agentes e outros princípios igualmente consagrados pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, logo após reconhecer o direito de autodeterminação dos cidadãos, a comissão de juristas pondera que "nos casos de contratos não paritários, o Código Civil intervém para evitar abusos de direito" (BRASIL.SF, 2024, p. 286), e ainda ressalta "preocupação com a parte mais vulnerável em relações contratuais não paritárias" (BRASIL.SF, 2024, p. 287).

Nesse sentido, passa-se a examinar alguns aspectos pertinentes à exortação das liberdades contratuais, que se consideram os mais adequados para a análise do anteprojeto segundo a teoria das parcelas distributivas.

2.1 Liberdade para dispor de matérias de ordem pública

Conforme destacado na seção anterior, observa-se que a anteprojeto de reforma do Código Civil, na seara das liberdades contratuais, buscou prestigiar a relação entre o Código civil e os princípios consagrados pela Lei da Liberdade Econômica. Antes de examinar o tratamento conferido pela comissão à deliberação particular sobre matéria de ordem pública, cabe tecer brevíssima crítica à expressão "paritários e simétricos" (ou equivalente) aplicada aos contratos, atualmente prevista no art. 421-A do Código Civil, assim como no art. 3º, inciso VIII, da Lei n. 13.874/2019. O problema é que as expressões "paritário" e "simétrico" são sinônimas. Assim, vale a lembrança do disposto no art. 11, inciso II, alínea *b*, da Lei Complementar n. 95/1998, que institui, como regra de precisão normativa, expressar ideias iguais através das mesmas palavras, "evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico" (BRASIL.PR, 1998).

Claro que é possível extrair dos termos paritário e simétrico sentidos ligeiramente diversos, afinal, nem sempre sinônimos revelam significados idênticos, mas frequentemente aproximados, como por exemplo as palavras bela e linda, que expressam diferentes intensidades

do mesmo bem, a beleza. Logo, pode-se reservar ao termo paritário o sentido de equilíbrio entre **partes** ou **sujeitos** contratuais; e ao termo simétrico, o sentido de equilíbrio entre as **obrigações** contratuais das partes ou dos sujeitos. Contudo, importa ao legislador e aos intérpretes a noção de **equilíbrio contratual**. A análise da paridade dos sujeitos e da simetria das respectivas obrigações contratuais constituem meros vetores para a avaliação do equilíbrio contratual, este sim o ponto nodal para determinar se o agente público, maiormente o Estado-juiz, deverá, ou não, agir para reequilibrar as obrigações pactuadas. Por isso, a conjunção aditiva "e" também parece mal situada, uma vez que tanto a paridade, quanto a simetria, são, como dito, requisitos independentes para atestar o equilíbrio contratual. Por exemplo, embora as partes se encontrem em situação de paridade, podem pretender alocar riscos de maneira desproporcional, por razões condizentes aos incentivos racionais de cada uma. Assim, não é qualquer desequilíbrio, como não é qualquer simetria, que autorizaria, por si só, a intervenção de agentes públicos no contrato. De modo inversos, não bastaria fazer prova contra ambas para afastar a presunção.

Continuando a análise dos aspectos da disciplina normativa da liberdade contratual, convém destacar que a Lei n. 13.874, publicada em 20 de setembro de 2019, na verdade não inovou o ordenamento jurídico. A maioria de seus dispositivos haviam sido antecipados pela Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. Ocorre que alguns dispositivos da MP foram modificados no processo de conversão que resultou na edição da Lei n. 13.874/2019. É o caso, por exemplo, do art. 3º, inciso VIII, que previa o seguinte:

> "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição: (...) VIII - ter a garantia de que **os negócios jurídicos empresariais** serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, **de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado**, hipótese em que **nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela**, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato" (BRASIL.PR, 2019a)

De certo modo, a legislação previra a possibilidade, pelo menos em tese, de as partes disporem sobre matéria de ordem pública, com a ressalva de que disposição contratual de tal jaez não poderia prejudicar a parte que pactuou contra a norma de direito público em questão. Posteriormente, a lei ordinária federal foi aprovada com a modificação do texto da medida provisória, modificando a confusa redação acerca da possibilidade de disposição de normas de ordem pública, o que, a rigor, constituiria um verdadeiro contrassenso, *in verbis*:

> "Art. 3º (...) VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais **paritários** serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as

> regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, **exceto normas de ordem pública**" (BRASIL.PR, 2019b)

A questão, contudo, não estaria inteiramente resolvida. Afinal, se todas as normas de direito empresarial devem ser aplicadas **subsidiariamente** ao avençado, com exceção das normas de direito público, então a lei ou se limitou a dizer o óbvio – por conseguinte nada; ou atribuiu ao intérprete o dever de avaliar **quais normas empresariais teriam, ou não, natureza de ordem pública**, conseguintemente **quais normas empresariais poderiam, ou não, ter o cumprimento afastado por vontade dos contratantes**. Por exemplo, pode-se indagar se o dispositivo autorizaria o sócio de sociedade limitada de dispor da responsabilidade solidária pela integralização do capital social (art. 1.152 do Código Civil), assim como se os sócios poderiam estipular a exclusão de um deles da participação dos lucros ou das perdas sociais (art. 1.008 do Código Civil) etc.

Posicionando-se com clareza, o anteprojeto rejeitou a possibilidade de disposição privada de normas de ordem pública. Primeiramente, acrescenta ao art. 104 o novo inciso IV, prevendo, como requisito essencial à validade dos negócios jurídicos em geral, a "conformidade com as normas de ordem pública". Paralelamente, também altera a redação do inciso VII do art. 166, definindo como hipótese geral de nulidade do negócio jurídico "fraudar lei imperativa ou norma de ordem pública". Nas disposições pertinentes aos contratos, condiciona expressamente a estipulação de cláusulas contratuais à obediência às normas de ordem pública (art. 421-D, *caput*). Também vocaliza que os princípios da confiança, da probidade e da boa-fé consubstanciam normas de ordem pública (art. 422-D). Enfim, no Livro II, o anteprojeto dimensiona o exercício da autonomia privada, assim como a força obrigatória das convenções, às normas de ordem pública (art. 966-A, incisos III e VII).

2.2 Da ênfase às disparidades ou assimetrias contratuais

A comissão, em exercício de ponderação antecipada, optou por assentar limites explícitos a quase todas as cláusulas que expressam a liberdade dos contratantes. Remete-se o leitor, primeiramente, aos trechos grifados na primeira seção referentes aos princípios elencados no art. 966-A do anteprojeto, aplicáveis ao direito de empresa. Por exemplo, a liberdade de iniciativa é contraposta ao aperfeiçoamento do que se denominou como "capital humano". A autonomia privada e a força obrigatória das convenções são contrapostas às normas de ordem pública. A liberdade de organização deve ser exercida nos termos da lei. Nas normas gerais pertinentes aos contratos, foram exaltados os princípios da confiança, probidade e boa-fé, expressando o seu caráter de ordem pública (art. 422-A); etc.

Além disso, o projeto enfatizou, *a contrario sensu* da limitação ao chamado dirigismo contratual, o tratamento dos contratos díspares ou assimétricos. De acordo com o art. 421-C do anteprojeto, consideram-se díspares ou assimétricos os contratos (i) de consumo (art. 421-B, inciso II); (ii) de trabalho (art. 421-B, inciso III); (iii) por adesão ou por cláusulas dispostas em formulários (art. 421-D c/c redação proposta para o art. 423); (iv) os assim tratados por legislação especial (art. 421-A e art. 421-C, *caput*, parte final); (v) os contratos empresariais**,** contanto que haja "flagrante disparidade econômica entre as partes"; e (vi) os contratos aprioristicamente paritários e simétricos, quando houver elementos concretos que justifiquem o afastamento de tal presunção.

3 DA TEORIA DAS PARCELAS DISTRIBUTIVAS

John Rawls examinou a questão da distribuição de liberdades na sociedade a partir do Capítulo V de sua obra *A theory of justice*,[3] intitulado *Distributive shares*.[4] Nesse capítulo, o autor situa a questão da distribuição em sua filosofia de justiça como equidade. A distribuição, na obra de Rawls, toca não apenas ao que denomina como bens primários (*primary goods*), mas também, fundamentalmente, às liberdades. Em suma, o papel da distribuição tem grande importância na obra John Rawls, porque esse conceito consubstancia o segundo princípio de sua teoria sobre a justiça como equidade (*justice as fairness*). O princípio foi assim sintetizado, como resultado da elucubração filosófica do autor, *in verbis*:

> "Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistente with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity" (RAWLS, 1971, p. 302)[5]

Subjacente à questão da distribuição, figura, inelutavelmente, a discussão da desigualdade na obra do autor. É digno de nota que o tratamento da igualdade na obra de Rawls está posto, por assim dizer, num certo sentido que, à primeira vista, pareceria contraintuitivo ao senso comum. Muito embora o conceito fundamental na obra do autor tenha sido denominado de justiça como **equidade**, o exame da sua teoria revela que conceito de justiça adotado por John Rawls não somente pressupõe a desigualdade como algo inerente ou inevitável à vida

[3] Uma teoria da justiça.
[4] Parcelas distributivas.
[5] As desigualdades econômicas e sociais devem ser organizadas de modo que, simultaneamente: (a) ofereçam o benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo-se às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

social, como também pressupõe a existência real da desigualdade já de antemão, ainda que se trate de um princípio. Reitere-se, em tradução livre: "as **desigualdades** sociais e econômicas **devem ser organizadas** de tal modo que...".

Essa aparente contradição na obra de Rawls pode ser tributada ao caráter contrafactual de sua filosofia. Rawls extrai suas reflexões da realidade social. O mundo é desigual. Sua teoria tem o confessado objetivo de voltar a incidir sobre a realidade, modificando a realidade de sociedades concretas, a fim de torná-las mais justas. Com isso em vista, sua teoria visa a oferecer uma estrutura básica fundada em princípios que possam guiar a tomada de decisões públicas.

Talvez o aspecto mais conhecido da obra de Rawls seja o recurso ao expediente do véu da ignorância (*veil of ignorance*). O artifício consiste em testar hipoteticamente o que pessoas escolheriam numa chamada posição original (*original position*), quando limitadas por um imaginário véu da ignorância, que consiste numa fase imaginária em que todos são chamados a fazer escolhas distributivas numa sociedade, todavia sem saber que posição viriam a ocupar nela. Recorrendo a esse artifício no campo das parcelas distributivas, Rawls acredita que entre uma distribuição de bens exatamente igual e uma distribuição de bens desigual, que, no entanto, pudesse favorecer a todos, maiormente os desfavorecidos, as pessoas escolheriam a segunda opção, quer dizer, a desigual. Por exemplo: entre uma primeira opção em que todos receberiam 100, e outra opção em que uns receberiam 150, outros 300, o que as pessoas escolheriam? Rawls defende que – contanto que satisfeitas outras condições – as pessoas escolheriam a segunda opção, pois o optante, na posição original, não seria tampouco motivado por inveja ou ressentimento quanto aos demais (RAWLS, 1971, 530 e 534).

Como, então, a compreensão de John Rawls sobre a distribuição de bens primários impacta sua própria visão sobre mercados e sistemas econômicos? Embora o autor rejeite a discussão acerca da planificação da economia, não por mera discordância, mas por entender que essa discussão não é importante para definir estruturas justas ou injustas *a priori*,[6] o autor defende a eficiência do livre mercado, em função da utilização do preço (RAWLS, 1971, p. 276). Em seguida, admite que os sistemas econômicos, isto é, a maneira como os homens se organizam para produzir e distribuir, afeta não somente as necessidades humanas presentes, como também as necessidades humanas futuras, à medida em que o sistema contribui

[6] "Throughout the choice between a private-property economy and socialismo is left open; from the standpoint of the theory of justice alone, various basic structures would appear to satisfy its principles." (RAWLS, 1971, p. 258) Tradução livre: Ao longo de toda a discussão, a questão da escolha entre a economia da propriedade privada e o socialismo é deixada em aberto; falando somente do ponto de vista da teoria da justiça, várias estruturas básicas parecem satisfazer os respectivos princípios.

fortemente para modelar os caracteres dos seres humanos, e, com efeito, através dos homens, os sistemas econômicos acabam por modelar as instituições humanas em geral.

Certamente, a escolha dessas instituições pelos homens envolveria uma concepção de bem e seria orientada por critérios morais, políticos e econômicos. É aí que Rawls inicia sua demonstração sobre como elaborar uma doutrina de economia política baseada nos seus próprios princípios de justiça. Por isso, o capítulo dedicado às parcelas distributivas na obra de Rawls presta-se ao exame dos elementos capitais da moderna economia política, a saber: eficiência, utilidade, moral, racionalidade etc. Importa, sobretudo, o argumento original com que Rawls relativizará a questão da eficiência do livre mercado, logo após incorporá-la à sua teoria, *a.e.*, "Considerations of efficiency are but one basis of decision and often relatively minor at that." (RAWLS, 1971, p. 260). [7] Para atingir o Estado de bem-estar social, o autor argumenta ainda que:

> "To achieve this end it is necessary to set the social and economic process within the surroundings of suitable political and legal institutions. Without an appropriate scheme of these background institutions the outcome of the distributive process will not be just." (RAWLS, 1971, p. 275)[8]

Em face de todo o exposto, o presente artigo examina o anteprojeto de reforma do Código Civil sob a ótica da distribuição de liberdades, tendo como referencial a distribuição equitativa de liberdades. Sem dúvida, o anteprojeto oferece um objeto adequado de análise, uma vez que a reforma do Código Civil é um expediente de direito público, derivado de ampla deliberação social em matéria de política pública, no seio de um Estado constitucional e de uma sociedade civil razoavelmente organizada. A norma também corporifica um instrumento de **intervenção no mercado**, regulando a **distribuição de liberdades e oportunidades**, precisamente um dos temas específicos da justiça como equidade.

4 DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE CONTRATUAL COMO DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE LIBERDADES

O anteprojeto de reforma do Código Civil demonstra visível preocupação com o limite ao exercício da liberdade contratual. Isso pode ser demonstrado, exemplificativamente,

[7] As considerações sobre eficiência são apenas uma das bases da decisão, e muitas vezes têm uma importância bem menor.
[8] É necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem um arranjo apropriado dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo.

comparando-se a justificação apresentada pela comissão responsável pela reforma do Código Civil com os fundamentos apresentados no sumário executivo da Medida Provisória n. 881/2019, que resultou na conversão na Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Naquela ocasião, o Senado Federal motivara a conversão em lei da seguinte maneira: "A ideia é exigir que o Poder Público dispense tratamento normativo adequado e **isonômico** aos **particulares**, livrando-os de incertezas **e de injustiças** e presumindo-lhes a boa-fé." (BRASIL.SF, 2019)

Não é difícil notar a inflexão da ideia de justiça que parece ter orientado a comissão responsável pela reforma do Código Civil – voluntária ou involuntariamente – em oposição à ideia de justiça que orientou a elaboração da Lei da Liberdade Econômica. Se, no exemplo citado, acerca da aprovação da Lei n. 13.874/2019, a distribuição de liberdades dos cidadãos se havia se fundamentado expressamente em conceito de justiça como **isonomia**, o atual anteprojeto de reforma do Código Civil não deixa dúvidas acerca da sua orientação pelo critério de justiça como **equidade**. Vislumbra-se não somente uma relação indireta do anteprojeto com o pensamento de Rawls, como até mesmo uma relação mais direta na redação do anteprojeto, com emprego da gramática *rawsiana* em certas partes do texto, por exemplo na proclamação de neurodireitos, que busca garantir às pessoas naturais "**acesso equitativo** a tecnologias de aprimoramento ou extensão das capacidades cognitivas, segundo os **princípios da justiça e da equidade**" (BRASIL.SF, 2024, p. 241).

Tal inflexão revela, indubitavelmente, um viés juspolítico do anteprojeto sensivelmente distinto daquele que teria marcado as últimas inovações legislativas. Não se vislumbra prevalência do princípio da livre iniciativa, mas a sua ponderação com outros princípios, que podem atuar, eventualmente, como delimitadores da liberdade contratual. Por outro lado, esse viés pode não ser capaz de orientar da melhor forma a autocontenção do agente público sobre os contratos, o que constitui um fator crucial para a satisfação das liberdades contratuais. Esta última seção é dedicada a ponderar, em linha com os aspectos da reforma antecipados no presente artigo, a distribuição de liberdades e a eficácia das normas que regulam a liberdade contratual.

4.1 Da ponderação antecipada do princípio da livre iniciativa

A declaração de direitos de liberdade econômica – que continua em vigor – preconiza a menor interferência possível nos contratos celebrados entre particulares, guiada pela crença de que a ação livre dos agentes de mercado não só é justa por si mesma, como também constitui a maneira mais eficiente possível para conduzir a sociedade a um estado de bem-estar (*welfare*).

Já a tendência atual extraída do anteprojeto, conquanto reafirme o princípio da intervenção mínima (art. 421, §1º e art. 966-A, inciso VII), situa a livre iniciativa numa constelação de princípios, sem lhe atribuir qualquer prevalência *a priori*.

A Lei da Liberdade Econômica parecia fundada na ideia de que o Estado é um adversário equidistante das partes contratantes, mas não pareceu vislumbrar a possibilidade de que um grau de liberdade perfeitamente equitativo conferido pelo Estado a todos os contratantes pudesse consistir numa distribuição de liberdades materialmente desigual e injusta.

Do já mencionado sumário executivo da MP n. 881/2019 do Senado Federal, extrai-se, logo de início, o seguinte excerto: "A MPV **empodera o particular** e insurge-se contra os **excessos de intervenção do Estado**, com vistas a estimular o empreendedorismo e o desenvolvimento econômico." (BRASIL.SF, 2019, p. 1) Tratava-se, de um sujeito definido de maneira singular e uniforme, qual seja, o particular, o qual devia ser empoderado contra o Estado, sob pena de obstaculizar o desenvolvimento econômico do país. O raciocínio simplificado também parece positivado do art. 2º, inciso IV, da Lei n. 13.874/2019, que reconhece, genericamente, a "vulnerabilidade do particular perante o Estado".

Tudo se encaminhou, na edição dos diplomas anteriores, como se cada indivíduo que compõe o conjunto da sociedade e o mercado fosse paritário aos demais, quando na realidade o quadro de paridade não constitui a regra geral, mas sim a exceção (contratos empresariais). Apenas de uma minoria de relações jurídicas que compõem o vasto universo de relações contratuais privadas celebradas cotidianamente pode-se dizer paritárias e simétricas.

Essa miopia não foi ignorada pelo Congresso Nacional, por exemplo, durante o processo de conversão da MP n. 881/2019 na Lei n. 13.874/2019. Em sua maioria, os deputados e senadores destacaram os riscos de equiparar em força as partes contratantes apenas por serem empresárias – por exemplo um microempreendedor individual que preste serviços à Petrobras.

Confira-se o disposto na Emenda de n. 169, apresentada pelo senador Rodrigo Pacheco:

> "por esse comando que consta da MP, a parte mais fraca economicamente da relação contratual não poderá fazer uso de normas de ordem pública que lhe socorrem contra abusos contratuais praticados pelo outro negociante, caso dos antes citados arts. [...]. Se o objetivo da MP foi tutelar o pequeno empresário, nesse ponto a projeção distancia-se muito dos seus objetivos, pois prevalecerão os interesses de grandes empresas perante os aderentes contratuais." (BRASIL.CN, 2019, p. 45)

De modo semelhante, dispôs a Emenda de n. 176, do Senador Dário Berger:

> "Os dispositivos ora enfocados partem do pressuposto de que empresários necessariamente possuem igualdade de força. Assim, se um pequeno empresário comprar um produto de um grande (ex.: uma costureira comprar uma máquina de

> costura de uma multinacional), o contrato celebrado entre eles deveria ser totalmente insuscetível de controles de abusividade." (BRASIL.CN, 2019, p. 45)

Deveras, a Constituição Federal, no capítulo destinado aos princípios gerais da atividade econômica, impôs a todos os entes públicos dispensarem **tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte**.[9] E repetiu semelhante ordem em seu art. 146, inciso III, alínea *d*,[10] exigindo a elaboração de lei complementar para disciplinar esse favorecimento em diversos campos (administrativo, tributário etc.), tendo sido editada a Lei Complementar de n. 123/2006. Frise-se, pois, que a Constituição diferenciou expressamente uma categoria de empresários de outra; de um lado, o pequeno e médio empresário, ao qual foi atribuído tratamento jurídico e diferenciado, e de outro, os demais empresários.

Com efeito, a Constituição Federal assegura a cada agente econômico um **direito de liberdade compatível e articulado com um sistema de liberdades abrangentes para todos**. No entanto, essa liberdade deve ser regulada, em face da desigualdade economicamente dos agentes e de outros critérios, de modo a favorecer a parte econômica e/ou socialmente mais fraca, como também para prestigiar outros valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

Certamente por essa razão, o anteprojeto para a reforma do Código Civil afasta a presunção de paridade e simetria "quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes" (art. 421-C, §2º).

A comissão responsável pela reforma do Código Civil, sem tocar nos direitos de liberdade econômica, os situou adequadamente, com regras de distribuição equitativa de liberdades básicas, autorizando maior intervenção nos contratos díspares e assimétricos, e maior proteção aos paritários e simétricos. É importante notar, portanto, que a teoria das parcelas distributivas autoriza a limitação da liberdade contratual com base em princípios de justiça. No mesmo sentido, a proteção conferida às partes economicamente desequilibradas também é reconhecida nos demais casos que a legislação antecipadamente identifica como presumidamente díspares e assimétricos, já mencionados anteriormente, tais como as relações

---

[9] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País." Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6/1995. "Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei." (BRASIL.PR, 1988)

[10] "Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 155, II, e 156-A, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e V, e § 12 e da contribuição a que se refere o art. 239." Redação dada pela Emenda Constitucional n. 132/2023. (BRASIL.PR, 1988)

de trabalho, de consumo, definidas em lei especial (contratos de locação de imóvel urbano, por exemplo) etc.

Resta saber se tais alterações, prevalentemente focadas nas exceções à regra da liberdade contratual, será capaz de promover mudanças efetivas no comportamento dos agentes do Estado.

4.2 Da efetividade das normas de liberdade contratual

A satisfação da liberdade contratual está diretamente ligada ao menor dirigismo estatal, sob pena de a intervenção no contrato frustrar a intenção das partes ao pactuar e, com efeito, fazer do direito de contratar uma letra morta. Por outro lado, a liberdade contratual não pode ser estabelecida *a priori* como um princípio prevalente, pois isso contradiz a própria teoria dos princípios.

Segundo clássica lição de Robert Alexy, princípios constituem mandados de otimização que devem ser satisfeitos na melhor medida possível, sendo que o tal campo de possibilidade será determinado tanto pelas condições de fato encontradas no caso concreto, quanto pelas demais normas da ordem jurídica – o que inclui outros princípios. Segue-se, por dedução lógica, o velho aforismo que não existem princípios absolutos, já que todos os princípios podem ser dimensionados, em sua aplicação prática, por outros princípios consagrados pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 2008. p. 90-91).

Ocorre que a teoria dos princípios amplia sobremaneira a possibilidade de intervenção do Estado-juiz nos contratos privados, na medida em que quase toda cláusula contratual pode ser de algum modo ligada a algum princípio. Há muitas críticas nesse sentido. Confira-se a de Daniel Sarmento:

> "Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática [...] atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes." (SARMENTO, 2006, p. 177)

O Judiciário, todavia, não pode ser compreendido como inimigo da liberdade contratual, porque, numa ordem jurídica fundada em valores socioeconômicos, não é possível entronizar nenhum princípio, dentre eles o da liberdade contratual. Somente no caso concreto, juízes podem exercer juízos de ponderação. Com efeito, a orientação juspolítica de índole acentuadamente liberal que fomentou a edição de normas como a Lei da Liberdade Econômica

está sujeita à falha, havendo grande probabilidade de frustração dos atores sociais que a norma visa a prestigiar, inconscientes que parecem estar esses atores sobre a limitação intrínseca da teoria dos princípios. Busca-se, em suma, salvaguardar interesses econômicos exortando, exaustivamente, a liberdade dos contratantes na legislação e o dever de autocontenção dos juízes. Contudo, ao promover a liberdade contratual como um princípio, reforça-se, contraditoriamente, a possibilidade de limitar a satisfação da obrigação pactuada no contrato, já que princípios não são ilimitados. Finalmente, a decepção é projetada sobre o agente público que, no exercício de sua função, decide que dado princípio deve prevalecer sobre outro, como, por exemplo, no caso de "flagrante disparidade econômica" prevista no art. 421-C, §2º, do anteprojeto.

Assim sendo, a mera exaltação do princípio da liberdade contratual nos textos normativos não parece oferecer contribuição suficientemente para solucionar o problema da determinação dos limites para a intervenção judicial nos contratos. A solução do problema parece demandar o contrário. Em juízo de distribuição equitativa de liberdades no seio de uma sociedade plural e desigual, a satisfação do princípio exige, precisamente, a definição dos limites constitucionais e legais que deverão guiar a atuação do Estado-juiz.

Nesse sentido, regras como a prevista no art. 3º, inciso VIII, da Lei n. 13.874/2019, que impõe o cumprimento das normas de direito empresarial de maneira subsidiária ao avençado, tendem a confundir não só os agentes públicos, como os próprios contratantes, acerca de como a regra pode ser aplicada, oferecendo o texto pouca eficácia normativa na prática.

Ao contrário, a limitação do exercício da liberdade contratual tende a promover a satisfação eficaz do princípio. Exemplo de limitação com essa característica encontra-se disposta no art. 413, parágrafo único, do anteprojeto de reforma do Código Civil. A regra atualmente prevista no art. 431 do Código Civil[11] autoriza o Estado-juiz a reduzir equitativamente o montante da cláusula penal, se considerá-lo excessivo em face da natureza e da finalidade do negócio. O anteprojeto pretende acrescer ao dispositivo um parágrafo,[12] ressalvando que, **nos contratos paritários e simétricos**, o juiz **não poderá** reduzir o montante da cláusula penal, cabendo às próprias partes, se assim desejarem, estabelecer os critérios para a eventual redução do montante.

[11] "A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio." (BRASIL.PR, 2002)

[12] "Em contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal" (BRASIL.SF, p. 38)

5 CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, pode-se concluir que:

1. O anteprojeto de reforma do Código Civil apresentado pela Comissão instaurada pelo ATS n. 11/2023, em linha com os princípios e regras do ordenamento jurídico, classifica diferentes gêneros contratuais (empresariais, trabalhistas, consumeristas e civis) e avança na distinção dos tipos contratuais paritários e simétricos/díspares e assimétricos.

2. A comissão foi orientada por juízo de equidade ao exortar a prevalência das normas de ordem pública sobre o pactuado e reafirmar, *a contrario sensu*, o dirigismo estatal nos contratos díspares e assimétricos.

3. O critério adotado pela comissão está conforme à teoria de justiça por equidade encontrada no acervo intelectual de John Rawls, uma vez que a estipulação de liberdades contratuais em diferentes graus para agentes que se encontram em situação não equivalente não somente é possível, como também é desejável e justa.

4. O anteprojeto de reforma do Código Civil promove a ponderação antecipada dos princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual em face de outros princípios igualmente consagrados pelo ordenamento jurídico.

5. Essa ponderação representa ligeira inflexão na orientação juspolítica que guiaram a edição de outras normas do ordenamento, fundadas na isonomia e na exaltação da livre iniciativa e da liberdade contratual como juízos de prevalência *a priori*.

6. A solução para o problema do dirigismo contratual, adversário direto da liberdade de estipulação contratual, beneficia-se pelo estabelecimento de critérios claros e objetivos de julgamento pelos agentes públicos.

7. Por tudo isso, o anteprojeto promove a liberdade contratual de forma adequada, através de normas que disciplinam essas liberdades, com base em critério de justiça por equidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/46. Data de acesso: 15.6.2024.

BRASIL. CN – Congresso Nacional. **Medida Provisória n. 881/2019 - Nota Descritiva.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/notas-descritivas-sobre-medidas-provisorias/2019/nota-descritiva-da-medida-provisoria-no-881-de-2019-dos-consultores-legislativos-marcos-pineschi-teixeira-alexandre-sankievicz-e-lucas-bigonha-salgado/@@display-file/arquivo Data de acesso: 15.6.2024.

BRASIL. PR – Presidência da República. **Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm Data de acesso: 15.6.2024.

BRASI. PR – Presidência da República. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Data de acesso: 15.6.2024.

BRASIL. PR – Presidência da República. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm Data de acesso: 15.6.2024.

BRASIL. PR – Presidência da República. **Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm Data de acesso: 15.6.2024.

BRASIL. SF – Senado Federal. **Ato do Presidente do Senado Federal n° 11, de 2023**. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Data de acesso: 15.6.2024.

Brasil. SF – Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da Data de acesso: 15.62024.

BRASIL. SF – Senado Federal. **Sumário Executivo de Medida Provisória.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881. Data de acesso: 15.6.2024.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. ***A theory of justice***. Cambrige: Harvard University Press, 1971.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: **Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.