

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 28

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2021

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Luiz Carlos Branco (UFRGS), José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (UERJ), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP), Raphaela Mag-nino Rosa Portilho (UERJ) e Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 28 (janeiro/junho 2021)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

EQUILÍBRIO CONTRATUAL À LUZ DO PARADIGMA LIBERAL DO DIREITO DOS CONTRATOS¹

CONTRACTUAL EQUILIBRIUM IN THE CONTEXT OF LIBERAL PARADIGM IN THE LAW OF CONTRACT

*Rodrigo da Guia Silva**

Resumo: O escopo do presente estudo consiste em analisar aspectos relevantes da configuração do equilíbrio contratual à luz do paradigma liberal no estudo dos contratos. Para tanto, parte-se de uma breve contextualização sobre a teoria contratual clássica, com particular destaque para a correlação entre a autonomia privada e os denominados princípios contratuais clássicos. Na sequência, investiga-se a correlação entre as noções de liberdade, justiça e equilíbrio no paradigma liberal clássico, bem como se analisam algumas manifestações do revigoramento de tal modelo nos planos internacional (sobretudo no que diz respeito ao regramento dos contratos internacionais) e doméstico (com destaque para a promulgação da Lei da Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019). Tal percurso propicia, ao final, a delimitação de potenciais contributos e limitações de tal modelo para a adequada compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. O estudo se pauta no método lógico-dedutivo, com recurso a fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

1 Artigo recebido em 05.12.2021 e aceito em 08.03.2022.

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Pesquisador visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil — IBDCivil, do Instituto Brasileiro de Direito Contratual — IBDCont, do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil — IBERC e do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* — AHC-Brasil. Advogado, sócio de Gustavo Tepedino Advogados. E-mail: rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

Palavras-chave: Equilíbrio Contratual. Autonomia Privada. Teoria Contratual Clássica. Lei da Liberdade Econômica. Contratos Internacionais.

Abstract: The scope of this study is to analyze relevant aspects of the configuration of the contractual equilibrium in the light of the liberal paradigm in the study of contracts. The study starts with a brief contextualization of classical contractual theory, with particular emphasis on the correlation between private autonomy and the so-called classical contractual principles. Afterwards, it investigates the correlation between the notions of freedom, justice and equilibrium in the classical liberal paradigm, as well as it analyses some manifestations of the reinvigoration of such a model in the international (especially with regard to the regulation of international contracts) and domestic levels (with emphasis on the enactment of the Law of Economic Freedom – Law n. 13.874/2019). This path provides, in the end, the delimitation of potential contributions and limitations of such a model for an adequate understanding of the scope of the principle of contractual equilibrium in Brazilian law. The study is based on the logical-deductive method, using national and foreign bibliographic sources.

Keywords: Contractual Equilibrium. Private Autonomy. Classical Contractual Theory. Law of Economic Freedom. International Contracts.

Sumário: Introdução. 1. Breves notas sobre o paradigma liberal no direito contratual. 2. Autonomia privada e os denominados princípios contratuais clássicos. 3. A íntima correlação entre as noções de *liberdade, justiça* e *equilíbrio* no paradigma liberal clássico. 4. Manifestações da reascensão do paradigma liberal no plano internacional e no plano doméstico: notas sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e sobre a Lei da Liberdade Econômica. 5. Contributos e limitações da formulação autorreferenciada

(cara ao modelo liberal clássico) para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Conclusão.

Introdução.

Assiste-se, contemporaneamente, à difusão de expedientes normativos e proposições teóricas convergentes quanto à proclamação de um incremento da esfera de autonomia reconhecida aos contratantes. Tal fenômeno, verificado tanto no plano internacional quanto no plano doméstico brasileiro (de que constitui exemplo emblemático a Lei da Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019), pode vir a impactar diretamente a compreensão da teoria contratual, em geral, e dos princípios fundantes da matéria (os *princípios contratuais*), em particular. Em meio a esse cenário, assume particular relevo o princípio do equilíbrio contratual, cuja compreensão – que historicamente se afigura de todo controversa, no âmago dos debates sobre o escopo a ser desempenhado pelo próprio Direito Contratual – invariavelmente há de sofrer os influxos das recentes construções normativas e teóricas que exaltam o papel da liberdade contratual em detrimento de qualquer ordem de interferência estatal.

À luz desse contexto, em que se revigora, em maior ou menor medida, o modelo contratual clássico, o presente estudo se propõe a investigar potenciais contributos e limitações de tal modelo para a adequada compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Para tanto, analisa-se inicialmente, em esforço de síntese, o que se pode entender por *paradigma liberal clássico* no direito contratual (item 1), com particular destaque para a compreensão dos denominados *princípios contratuais clássicos* (item 2), bem como da íntima correlação entre as noções de *liberdade, justiça e equilíbrio* em tal paradigma (item 3). Na sequência, passam-se em revista algumas manifestações da reascensão do paradigma liberal no plano internacional e no plano doméstico, de que constituem valiosos exemplos, respectivamente, os debates acerca da prerrogativa de

escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e as motivações deliberadamente presentes na Lei da Liberdade Econômica (item 4). Busca-se, ao final do raciocínio, delinear alguns contributos e limitações da formulação autorreferenciada do equilíbrio (cara ao paradigma liberal clássico) para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro (item 5).

1. Breves notas sobre o paradigma liberal no direito contratual.

A doutrina contratual se desenvolve historicamente em torno do secular embate entre a proclamação de uma liberdade contratual plena (ou o mais maximizada possível) e a busca por *justiça* material nos contratos (em especial, quanto ao seu elemento objetivo).² Em meio a esse embate, assume particular destaque a noção de equilíbrio contratual, sobretudo em razão da difusão dessa chave conceitual por lavra da doutrina empenhada na formulação de uma renovada teoria contratual, distinta daquela consagrada pelo modelo liberal clássico.³ Com efeito, o crescimento da preocupação com o estudo sobre o que deveria vir a ser considerado o *equilíbrio* na disciplina dos contratos parece estar diretamente associado ao contexto de propagação da crítica à teoria contratual clássica,⁴ o que recomenda que se busque preliminarmente compreender a configuração do equilíbrio contratual à luz do paradigma liberal clássico antes de se perquirir mais detidamente o escopo do equilíbrio contratual no direito brasileiro.⁵

2 Para o desenvolvimento da análise, v., por todos, RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. 10. ed. Paris: LGDJ, 1948. p. 165 e ss.

3 A análise acerca do papel da chave conceitual do equilíbrio no âmbito da teoria contratual contemporânea é desenvolvida mais detidamente em SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Civilistica.com*, a. 9, n. 3, 2020, *passim* e, em especial, item 4.

4 A ilustrar a vertente teórica crítica aos contornos rigorosos da teoria contratual clássica, sobretudo no que diz respeito ao equilíbrio contratual, v. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, *passim*.

5 Tal desiderato final, que extrapolaria o escopo da presente sede, será objeto de desenvol-

Como se sabe, o desenvolvimento da teoria contratual clássica, tal como atualmente compreendida, se associa ao contexto histórico de transição entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea.⁶ Não por acaso, pode-se notar que o marco usualmente adotado para a divisão entre os referidos períodos históricos é o início da Revolução Francesa,⁷ origem da ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte, autoproclamado entusiasta⁸ do diploma legislativo que viria a se tornar o mais emblemático paradigma do pensamento jurídico subjacente à teoria contratual clássica – o *Code civil* francês de 1804⁹ (também conhecido por suas antigas denominações *Code civil des français* e *Code Napoléon*).¹⁰

vimento mais detido na tese de doutoramento conduzida pelo autor do presente estudo. Algumas considerações preliminares a esse respeito encontram-se desenvolvidas em SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Civlistica.com*, Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021, *passim*.

6 Ao propósito, remete-se à análise desenvolvida por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24 e ss.

7 Assim relata, em tom crítico, NAPOLITANO, Marcos. Pensando a estranha história sem fim. In: KARNAL, Leandro (Org.). *História na sala de aula: conceitos, práticas e propostas*. São Paulo: Contexto, 2007, p. 163-184.

8 Napoleão Bonaparte teria proclamado, durante seu derradeiro exílio em Sainte-Hélène: “*Ma vraie gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil*”. Em tradução livre: “Minha verdadeira glória não é ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a memória de tantas vitórias; aquilo que nada apagará, e que viverá eternamente, é o meu Código Civil”. Assim relatam, entre outros, HESSELINK, Martijn W. *The Politics of a European Civil Code*. In: HESSELINK, Martijn W (Org.). *The Politics of a European Civil Code*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 153; e LACOUR-GAYET, G. *Napoléon: sa vie, sa oeuvre, son temps*. Paris: Hachette, 1921. p. 120.

9 Ao propósito do caráter paradigmático do *Code civil* francês de 1804 para a estruturação da noção de *direito civil moderno* na tradição da Europa continental, v., por todos, LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58-60; SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 259 e ss.; FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês: gênese e difusão de um modelo*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013, *passim*.

10 Assim relata FACCHINI NETO, Eugênio, *Op. Cit.*, p. 68.

O *Code civil* – assim como os demais Códigos de similar inspiração, como o Código Civil alemão (BGB, acrônimo de *Bürgerliches Gesetzbuch*)¹¹ e o próprio Código Civil brasileiro de 1916 –¹² foi informado pelos postulados caros ao contexto juspolítico da época da Revolução Francesa (e, de modo geral, da Europa continental na transição do século XVIII para o XIX), notadamente o liberalismo político,¹³ o racionalismo,¹⁴ o individualismo¹⁵ e a igualdade (formal) entre

11 Para uma análise do modelo liberal do BGB, v., por todos, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck, 1997. p. 34 e ss.

12 V., por todos, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: Teoria Geral*. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 136. Não por acaso, a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça (Armando Falcão) que acompanhou a remessa do Projeto de Lei n. 634/1975 ao Congresso Nacional aludia à necessidade de atualização do Código Civil então vigente (o de 1916), “para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração” (In: *Novo Código Civil*: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2005, p. 18. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em 8 out. 2021). À ocasião, afirmou-se: “É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões” (*Ibidem*, p. 20). No mesmo contexto de remessa do Projeto de 1975, a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil (Prof. Miguel Reale) aludiu em diversas ocasiões ao paradigma individualista do Código Civil de 1916 (*Ibidem*, p. 23-25).

13 Para um desenvolvimento da análise do liberalismo político oitocentista, v. RAISER, Ludwig. *Funzione del contratto e libertà contrattuale*. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p. 96; e PERTICONE, Giacomo. *Liberalismo*. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IX. 3. ed. Torino: UTET, 1963, p. 831 e ss.

14 Para um relato do racionalismo subjacente à elaboração do *Code Civil* francês e dos demais Códigos nele inspirados, v. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Libertà e autorità nel diritto civile*: altri saggi. Padova: CEDAM, 1977. p. 14 e ss.

15 Ao analisar a teoria da autonomia da vontade, René Demogue a associa ao individualismo característico do século XIX: “Essa teoria [da autonomia da vontade] é apenas um aspecto especial da teoria individualista, teoria que considera que tudo está na sociedade para o homem atual e pelo homem atual” (DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Tome I. Paris: Arthur Rousseau, 1923. p. 84. Tradução livre do original).

os cidadãos.¹⁶ Tal conjuntura político-ideológica propiciou, no campo mais estritamente jurídico, a consagração do ideal segundo o qual se haveria de reconhecer aos particulares a prerrogativa de determinar as suas relações jurídicas com base na sua própria – e *soberana* – vontade individual.¹⁷

Lançavam-se, assim, os pilares para a sedimentação do voluntarismo,¹⁸ cuja manifestação mais eloquente foi a enunciação do denominado *princípio da autonomia da vontade*.¹⁹ Tomado como consequência inexorável da pura liberdade de cada indivíduo,²⁰ o princípio da autonomia da vontade implicaria o reconhecimento do poder

16 Para um relato do escopo exclusivamente formal da igualdade no Estado liberal clássico, v. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 22 e ss.

17 A menção à *vontade soberana* no contexto em comento remonta à lição de Marcel Planiol e Georges Ripert: “Essa concepção da vontade soberana, criadora por sua única força de direitos e de obrigações, tem suas fontes distantes no direito canônico, que buscou implantar profundamente na consciência humana o respeito à palavra dada sob qualquer forma material pela qual a vontade tenha se manifestado. Fortalecido pela escola do direito natural e, no século XVIII, pelos filósofos, o papel criador da vontade e a onipotência do contrato foram consagrados pela legislação editada pela Revolução. Desde o *Code civil*, eles ainda foram exaltados no século XIX pelos defensores do individualismo liberal” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français. Tome VI. Obligations. Première Partie*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930. p. 21. Tradução livre do original).

18 O voluntarismo, pautado na proeminência da vontade individual, é bem retratado pelo relato crítico DEMOGUE, René (1923), *Op. Cit.*, p. 82.

19 Para uma conceituação do denominado princípio da autonomia da vontade, veja-se: “De todos os fatos ou atos jurídicos obrigatórios, o contrato é, sem qualquer dúvida, aquele em que a vontade dos particulares tem o papel criador mais importante. Seu elemento característico, mesmo nos casos em que não é suficiente para sua perfeição, é o consentimento, ou seja, o acordo das vontades livres das partes. A noção de liberdade individual é habitualmente expressa pelo adágio ‘Tudo o que não é proibido é permitido’. Mas, no campo do direito, ela assumiu um caráter mais preciso e mais estreito, sob o nome de princípio da autonomia da vontade” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (1930). *Op. Cit.*, p. 19. Tradução livre do original).

20 O paradigma voluntarista é ilustrado pela obra de Jean Domat, em que se lê a sua clássica passagem: “Porque, como o homem é livre, há compromissos em que ele entra por sua vontade” (DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Tome I. Seconde Édition*. Paris: Pierre Aubouin, 1697. p. xix. Tradução livre do original).

jurígeno da vontade individual.²² Não é de se estranhar, à luz desse contexto, a expansão do reconhecimento da vontade individual tanto como *fonte do direito*,²³ em geral, quanto como *fonte das obrigações*, em particular.²⁴

O primado da autonomia da vontade, já apontado como “princípio fundamental do sistema de direito privado”²⁵ e “*il segno di distinzione del diritto civile*” (“o sinal de distinção do direito civil”, em tradução livre),²⁶ repercutiu diretamente na formulação teórica da categoria do negócio jurídico.²⁷ Tal associação – já reputada “fatal” por sua alegada obviedade –²⁸ se pode depreender da análise das próprias conceituações do negócio jurídico fornecidas pela doutrina, a convergir em torno da consagração da proeminência da vontade individual.²⁹

22 V., por todos, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: 1979. p. 178 e ss.; e NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 6 e ss.

23 Ilustrativamente, v. FRANÇA, R. Limongi. Das formas de expressão do direito. In: MENDES. Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil. Parte Geral. Volume 1: Teoria Geral do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, item III.1.

24 Para o desenvolvimento da análise, remete-se a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, item 1.2.1.

25 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78.

26 A afirmação remonta à lição de Giuseppe Stolfi: “E qual é esse princípio que permite reconduzir a uma unidade as inúmeras, múltiplas e variadas normas supraindicadas? É aquele que há séculos constitui o sinal de distinção do direito civil: o respeito escrupuloso à autonomia da vontade individual, entendida no sentido mais amplo” (STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947. P. IX. Tradução livre do original).

27 A explicitar a correlação entre o voluntarismo e a formulação teórica da categoria do negócio jurídico, v. STOLFI, Giuseppe (1947), *Op. Cit.*, p. XI.

28 “Que o dogma da vontade encontrasse a sua expressão mais completa na teoria do negócio jurídico era fatal” (CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico: lezioni di storia del diritto italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959. p. 31. Tradução livre do original).

29 Ao propósito da proeminência da vontade individual na categoria do negócio jurídico, v., por todos, STOLFI, Giuseppe (1947) *Op. Cit.*, p. X; e SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1966. p. 125.

Produto distintivo do racionalismo e do conceitualismo da Pandectística,³⁰ a categoria do negócio jurídico se alinhou plenamente ao voluntarismo oitocentista e passou, então, a desempenhar papel central na teoria geral do direito civil.³¹ À centralidade dos negócios jurídicos se associou, ato contínuo, a centralidade dos contratos,³² o que se associa ao seu destaque (sem exclusividade, por certo) no desempenho da função de autorregulação de interesses.³³ Não é de se estranhar a festejada proclamação, nesse contexto de auge do individualismo liberal, do fenômeno sintetizado como “um movimento do *status* ao contrato”, a traduzir a proeminência das avenças concebidas pela vontade individual em detrimento do *status* jurídico atribuído a cada sujeito.³⁴

30 Costuma-se indicar que o desenvolvimento moderno da categoria do negócio jurídico, com o referido destaque para o papel da vontade individual, remonta à obra de Daniel Nettelbladt. Ao menos desde a quarta edição do seu clássico *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae* se pode perceber a menção explícita à expressão latina “*negotiis iuridicis*” (NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis. Editio Quarta*. Halae Magdebuurgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1777. p. 51 e ss. Disponível em: <https://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/nettelbladt1777> . Acesso em 19 nov. 2021).

31 A categoria do *negócio jurídico* e a imanente centralidade da vontade individual viriam a se consagrar pela lavra, entre outros, de Savigny (v., ilustrativamente, SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts. Dritter Band*. Berlin: Veit, 1840. p. 98 e ss.) e Windscheid (v., ilustrativamente, WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862. p. 145 e ss.).

32 “O contrato é um instrumento privilegiado da autonomia privada. Trata-se provavelmente da mais importante espécie de negócio jurídico” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 455).

33 Assim elucidam TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson (2021), *Op. Cit.*, p. 5.

34 Costuma-se atribuir a Henry Sumner Maine a formulação originária da célebre passagem que identifica “um movimento do *status* para o contrato”: “Todas as formas de *status* observadas no Direito das Pessoas foram derivadas e, até certo ponto, ainda são coloridas pelos poderes e privilégios que antigamente residiam na família. Se, então, empregarmos o *status*, de acordo com o uso dos melhores escritores, para significar apenas essas condições pessoais e evitarmos aplicar o termo a condições como resultado imediato ou remoto de um acordo, podemos dizer que o movimento das sociedades progressistas até agora tem sido um movimento do *status* para o contrato” (MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: its connection with the*

2. Autonomia privada e os denominados princípios contratuais clássicos.

No específico plano dos contratos, a consagração do princípio da autonomia da vontade, traço característico do pensamento liberal, foi associada ao reconhecimento dos denominados *princípios contratuais clássicos*³⁵ – liberdade contratual, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos efeitos do contrato.³⁶ A ausência de tratamento sistemático de tais princípios (por vezes, a própria ausência de previsão legal explícita) não constituiu óbice ao seu amplo reconhecimento pela doutrina civilista.³⁷

early history of society and its relation to modern ideas. 11. ed. London: John Murray, 1887. p. 170. Tradução livre do original).

35 A noção de *princípios contratuais* é elucidada por Anderson Schreiber: “[...] pode-se constatar que os princípios não consistem necessariamente em mandamentos nucleares de todo o sistema jurídico, admitindo-se a existência de princípios setoriais, destinados à realização de valores constitucionais em áreas específicas. [...] Daí resulta, em primeiro lugar, que existem, de fato, princípios do Direito dos Contratos, os quais podem ser sinteticamente definidos como normas que impõem a máxima realização de um valor constitucional naquele setor jurídico específico. Desprovidos de definição abstrata de uma situação fática à qual sejam aplicáveis, os princípios do Direito dos Contratos ou simplesmente ‘princípios contratuais’ aplicam-se não por meio de uma única solução ou com uma única intensidade, mas podem ser atendidos em diferentes graus de intensidade e por diferentes soluções, a depender das circunstâncias fáticas existentes” (SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 42-43).

36 V., por todos, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr./1998. parágrafo 8.

37 À posituação expressa da liberdade contratual (art. 421 do Código Civil) se contrapõe a ausência de previsão explícita da relatividade dos efeitos do contrato e mesmo da obrigatoriedade dos pactos, o que não impediu historicamente o seu amplo reconhecimento (v., por todos, NEVES, José Roberto de Castro. *Op. Cit.*, p. 19). De todo modo, não se deve confundir ausência de posituação explícita com ausência de acolhimento no ordenamento jurídico. Afinal, a fundamentação dos aludidos princípios pode ser extraída tanto do diploma constitucional (por exemplo, a partir dos princípios da livre iniciativa – arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CRFB – e da proteção dispensada à segurança, ao acesso à Justiça e ao ato jurídico perfeito – arts. 5º, *caput* e incisos XXXV e XXXVI, da CRFB) quanto da legislação infraconstitucional (por exem-

Com efeito, de uma tentativa de enunciação do escopo da *autonomia privada* (abordagem adotada em substituição à *autonomia da vontade*, como se buscará expor no item subsequente) no campo contratual se pode depreender o sentido fundamental dos princípios contratuais clássicos: a autonomia no direito privado envolve a *prerrogativa de celebrar convenções pautadas na vontade das partes e vinculantes entre elas*.³⁸ Apesar de aparentemente sutis, os elementos componentes dessa afirmação revelam, em síntese sabidamente apertada, o conteúdo essencial dos princípios contratuais clássicos: os particulares detêm a prerrogativa de celebrar convenções pautadas na sua própria vontade (liberdade contratual);³⁹ essas convenções livremente celebradas têm o condão de produzir situações jurídicas subjetivas cujo implemento é assegurado pela coercitividade estatal (obrigatoriedade dos pactos);⁴⁰ tais convenções apenas vinculam, em regra, os sujeitos cujas vontades houverem convergido para a celebração da avença (relatividade dos efeitos do pacto).

plo, a partir da lógica de obrigatoriedade e relatividade presente nas repetidas ocasiões em que o Código Civil alude às *partes* de certa relação negocial, tal como sucede, entre tantos outros dispositivos, nos seus arts. 113, 121, 166, III, 234, 265, 417, 421-A e 425).

38 Para o desenvolvimento da análise, v., por todos, FLUME, Werner. *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*. CAEMMERER, Ernst von; FRIESENHAHN, Ernst; LANGE, Richard (*Herausgegeben von*). *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960. Band I*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1960, *passim* e, em especial, item I.

39 “A liberdade contratual é uma manifestação do princípio da autonomia privada. O conteúdo deste princípio é a configuração autodeterminada das relações jurídicas de acordo com a vontade das partes” (WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970. p. 19. Tradução livre do original). No mesmo sentido, v., ainda, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred (1997), *Op. Cit.*, p. 26.

40 Trata-se, com efeito, de se reconhecer a indissociável relação entre liberdade e autorresponsabilidade. A esse respeito, v. WOLF, Manfred (1970), *Op. Cit.*, p. 292-293; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung*. *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 200, n. 3, 2000. p. 279; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred (1997), *Op. Cit.*, p. 30 e ss.; e LORENZ, Stephan. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*. München: C. H. Beck, 1997. p. 15 e ss.

A partir de outro ângulo de análise, nota-se que a própria formulação do conteúdo de cada um desses princípios evidencia o papel central da vontade individual na teoria contratual clássica.⁴¹ A liberdade contratual assegura que todo indivíduo é livre para celebrar contratos pautados na sua vontade – nessa liberdade incluída a prerrogativa de escolher *se, quando, com quem e o que* contratar.⁴² A obrigatoriedade dos pactos, por sua vez, estabelece que os contratos são vinculantes e de observância obrigatória, como assevera o célebre brocardo latino “*pacta sunt servanda*” (“os pactos devem ser observados”, em tradução livre).⁴³ A relatividade dos efeitos do contrato, por fim, determina que o contrato somente vincula os indivíduos que houverem declarado vontade para a celebração do contrato.

Diante do caráter paradigmático da sua experiência de codificação, cumpre registrar o tratamento dispensado aos princípios con-

41 Assim relata OSTI, Giuseppe. Contratto. In: D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. V. Torino: UTET, 1938. p. 47-48.

42 V., por todos, NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 20. Parece possível afirmar que a ampla prerrogativa de delimitação do conteúdo da avença se reflete na própria consagração da atipicidade contratual (art. 425 do Código Civil). De todo modo, a definição precisa do conceito traduz um constante desafio, ao qual se dedica a civilística. Para um desenvolvimento da análise, em relevante exemplo do esforço de delimitação do conteúdo e do alcance da liberdade contratual, v., por todos, STOLL, Heinrich. Vertragsfreiheit. In: NIPPERDEY, Hans Carl (Coord.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Dritter Band*. Berling: Reimar Hobbing, 1930, *passim*; Em raciocínio que parece extensível aos demais princípios contratuais clássicos, Ludwig Raiser identifica a liberdade contratual como um fruto do liberalismo político-econômico do século XIX (RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi. In: *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p. 54).

43 A esclarecer a correlação entre a obrigatoriedade dos pactos e a autonomia privada, veja-se a lição de Claus-Wilhelm Canaris: “O princípio *pacta sunt servanda* resulta, ao final, nomeadamente do próprio princípio da autonomia privada, porque os contratos só podem cumprir a sua função almejada pelas partes e pelo ordenamento jurídico de formar uma base estável para o futuro se eles forem basicamente vinculantes [...]” (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 279. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, a pontuar a correlação direta entre a autodeterminação dos particulares e o caráter vinculante do contrato, v. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*. München: C. H. Beck, 1979. p. 57; e LORENZ, Stephan (1997), *Op. Cit.*, p. 28 e ss.

tratuais clássicos pelo legislador francês. Parece possível afirmar que tais princípios – ao menos, a obrigatoriedade e a relatividade – podiam ser extraídos diretamente do art. 1.134 do *Code civil* francês de 1804,⁴⁴ dispositivo com o qual se inaugurava o Capítulo dedicado ao “*effet des obligations*” (“efeito das obrigações”, em tradução livre).⁴⁵ A reforma promovida no Direito das Obrigações pela *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016* não alterou substancialmente o conteúdo da referida previsão legal (atualmente contida no art. 1.103 do *Code civil*)⁴⁶ e inovou, ainda, ao acrescentar ao *Code* uma menção mais explícita à liberdade contratual.⁴⁷

A consagração desse paradigma contratual clássico pelo *Code civil* de 1804 exerceu larga influência sobre a cultura jurídica ocidental, como já se pôde apontar. Tal influência talvez ajude a compreender a facilidade com que a doutrina brasileira reconheceu, mesmo diante da ausência de positivação expressa pelo Código Civil de 1916,

44 Art. 1.134 do *Code civil* francês de 1804: “As convenções legalmente formadas valem como lei para aqueles que as fizeram” (em tradução livre). Previsão similar se verifica tanto no *Codice Civile* italiano de 1865 (art. 1.123) quanto no seu sucessor de 1942 (art. 1.372), este último com destaque mais enfático para a relatividade: “Art. 1.123. Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebraram. Apenas podem ser revogados por consentimento mútuo ou por causas autorizadas por lei” (em tradução livre); “Art. 1.372. O contrato tem força de lei entre as partes. Apenas pode ser dissolvido por consentimento mútuo ou por razões admitidas por lei. O contrato não produz efeitos em relação a terceiros, exceto nos casos previstos em lei” (em tradução livre).

45 A associar a obrigatoriedade dos pactos ao referido art. 1.134 do *Code civil* de 1804, v. MORIN, Gaston. *La loi et le contrat: la décadence de leur souveraineté*. Paris: Félix Alcan, 1927. p. 54.

46 Art. 1.103 do *Code civil* francês, com a redação determinada pela *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016*: “Os contratos legalmente formados valem como lei para aqueles que os fizeram” (em tradução livre). Como se percebe, a alteração legal nesse ponto se resumiu à substituição de “convenções” (“*conventions*”, no original) por “contratos” (“*contrats*”, no original).

47 Trata-se do art. 1.102 pós-reforma de 2016: “Toda pessoa é livre para contratar ou não contratar, para escolher seu co-contratante e para determinar o conteúdo e a forma do contrato nos limites fixados pela lei. A liberdade contratual não permite derrogações às regras que dizem respeito à ordem pública” (em tradução livre).

a operatividade dos princípios contratuais clássicos no sistema jurídico nacional. O cenário legislativo somente viria a mudar, ainda que parcialmente, com a promulgação do Código Civil de 2002, que tratou expressamente da liberdade contratual em seu art. 421.⁴⁸

3. A íntima correlação entre as noções de liberdade, justiça e equilíbrio no paradigma liberal clássico.

Retomando-se a análise da enunciação teórica dos princípios contratuais clássicos, pode-se notar que o pensamento liberal oitocentista conduziu à enunciação de uma liberdade contratual quase ilimitada.⁴⁹ Assim, salvo nos casos de proibição expressa pelo ordenamento jurídico – ressalva que costumava se limitar, no pensamento clássico, às noções de *normas de ordem pública e bons costumes* –,⁵⁰ os contratantes teriam plena liberdade para a definição dos mais variados aspectos atinentes ao objeto dos contratos.⁵¹ Os limites, aca-

48 Ao propósito, remete-se, por todos, a WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 25, p. 13–20, 2004, *passim*.

49 “A liberdade contratual, como o *Code* a entende, é a autonomia da vontade dos contratantes, consequência da soberania individual. Ela implica que todas as cláusulas do contrato serão livremente determinadas pelas partes contratantes” (MORIN, Gaston, *Op. Cit.*, p. 52. Tradução livre do original). Ainda a ilustrar o paradigma voluntarista da teoria contratual clássica, v., por todos, POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des obligations. Tome Premier*. Paris: Debure; Orleans: Rouzeau-Montaut, 1761. *passim* e, em especial, p. 4 e ss.

50 Assim relatam, por exemplo, JOSSERAND, Louis. Le contrat dirigé. *Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence*. en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Paris: Dalloz, 1933. p. 89; e BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 31-32. A enunciação das *normas de ordem pública* como limite à liberdade contratual pode ser percebida, por exemplo, na lição de COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français. Tome Deuxième*. 4. éd. Paris: Dalloz, 1924. p. 257.

51 “O traço característico da convenção [contrato], tomada em sentido amplo, é que ela é, digamos, um acordo de vontades. Este contrato determina livremente, sem qualquer reserva, os efeitos jurídicos da relação de direito estabelecida pelas partes. Estas são, portanto, mestres soberanas; elas organizam como quiserem, como julgarem bom, os direitos e as obrigações que criarem entre elas. Estamos aqui em um domínio no qual a vontade dos particulares reina

so existentes, ostentavam feição excepcional e externa ao conteúdo da liberdade contratual.⁵²

Tal ordem de formulação da liberdade contratual se associava diretamente, por certo, com a ideologia político-econômica então predominante – o liberalismo econômico.⁵³ A partir da conjugação das vertentes política e econômica do liberalismo do Século XIX, pode-se compreender o pensamento liberal clássico segundo o qual a atuação do Estado se pautaria pelo ideal de intervenção mínima nas relações privadas.⁵⁴ Entre as suas funções haveria de estar a garantia do cumprimento dos contratos e a promoção da segurança no tráfego jurídico,⁵⁵ sem, contudo, que se admitisse maior ingerência quanto ao

em soberana maestria. É ela quem diz o direito (art. 1.134, primeira alínea). O legislador limita essa liberdade apenas nos casos em que é do interesse geral e da ordem pública, a determinar que edite regras imperativas que as partes não possam descartar. No entanto, é importante não exagerar o alcance do princípio” (COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français. Tome Deuxième*. 4. éd. Paris: Dalloz, 1924, p. 257. Tradução livre do original). No mesmo sentido, v. CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales*. 5. éd. Paris: A. Pedone, [1929], p. 56 e ss. A noção de *soberania da vontade individual* se faz presente também na lição de SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand* (Art. 116 à 144). Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929. p. 196.

52 A assertiva parece extensível, em realidade, à generalidade dos atos de autonomia privada, sem se limitar à seara contratual. Exemplo do quanto exposto se extrai da disciplina do *Code Napoléon* ao direito de propriedade: “Art. 544. A propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que dela não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”. Ao propósito, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 15, v. 58, abr./jun. 2014. p. 76 e ss.

53 Para um relato do liberalismo econômico presente no pensamento clássico do século XIX, v. RAISER, Ludwig, *Op. Cit.*, p. 96 e ss.

54 Assim relata, por exemplo, OSTI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 478.

55 Não por acaso, refere-se ao período de predomínio do pensamento liberal clássico na história europeia como “o mundo da segurança” – tradução livre de “*Die Welt der Sicherheit*”, capítulo introdutório da célebre autobiografia de ZWEIG, Stefan. *Die Welt von Gestern: Erinnerungen eines Europäers*. Stockholm: S. Fischer, 1942. A obra, escrita durante o autoexílio do autor (austriaco de origem judaica) em fuga do regime nazista, foi concluída no Brasil. Somente veio a ser publicada, contudo, após o óbito do autor, em fevereiro de 1942, na cidade flumi-

conteúdo das avenças contratuais.⁵⁶ Ao Estado, enfim, para além das mencionadas funções de garantia, não restaria muito mais do que “*laisser faire, laisser passer*” (“deixar fazer, deixar passar”, em tradução livre),⁵⁷ no deliberado intuito de se afastarem os riscos do que se imaginou como “*une destruction de la prospérité née du commerce libre*” (“uma destruição da prosperidade nascida do comércio livre”, em tradução livre).⁵⁸

O relatado panorama jus-político-econômico conduziu ao reconhecimento de que a legitimidade do contrato decorreria direta e exclusivamente da higidez da vontade negocial de cada um dos contratantes.⁵⁹ Não incumbiria ao intérprete, assim, imiscuir-se no conteúdo do contrato com base em parâmetros valorativos externos à vontade das partes. A preocupação do civilista haveria de se resumir à proteção da autonomia da vontade, a fim de assegurar que as declarações negociais tivessem nascido da vontade livre e genuína do indivíduo.⁶⁰

nense de Petrópolis. Encontra-se traduzida ao português em ZWEIG, Stefan. *O mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Odilon Gallotti. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1944; e, mais recentemente, em ZWEIG, Stefan. *O Mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Lya Luft. Rio de Janeiro: Record, 1999.

56 Pertinente, ao propósito, o relato fornecido por RAISER, Ludwig, *Op. Cit.*, p. 54. Para um relato sobre algumas manifestações características do liberalismo econômico sobre o Estado moderno, v., ainda, GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*, p. 15 e ss.

57 A ilustrar a invocação do conhecido adágio liberal, veja-se: “O poder social não terá a fazer nada mais do que deixar fazer, deixar passar” (MORIN, Gaston, *Op. Cit.*, p. 52. Tradução livre do original).

58 “Levada a suas consequências extremas, a doutrina que nega a autonomia da vontade leva a uma regulamentação tirânica e a uma destruição da prosperidade nascida do livre comércio. Ela não pode se reconciliar com o modo atual de circulação e de distribuição das riquezas e só poderia ser aplicada em uma ordem social diferente, cujo valor moral e econômico não foi demonstrado” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges, *Op. Cit.*, p. 23. Tradução livre do original).

59 Assim relatam, em tom crítico, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410, mai./ago. 2016. p. 393.

60 Pertinente o relato fornecido por GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la*

Tal ordem de preocupação se associa diretamente ao notável esforço da doutrina tradicional – a que se segue, sem maior ruptura quanto a este ponto, a doutrina contemporânea – de apuração do estudo do processo de formação dos contratos.⁶¹ Partindo-se da premissa de que o foco da atenção deveria residir na higidez da vontade negocial, parecia mesmo coerente tamanho cuidado com o *iter* que, acaso livre de irregularidades, conduziria a um pacto de observância obrigatória.⁶² As consequências do quanto exposto podem ser percebidas, por exemplo, na relevância atribuída às disciplinas das incapacidades de exercício, dos vícios do consentimento e, também, especificamente da proposta e da aceitação no bojo da formação dos contratos.⁶³

Desde que assegurada a legitimidade do processo de formação dos contratos e desde que manifestada, por sujeito capaz de exercício, uma vontade livre e ausente de vícios do consentimento, afigurar-se-ia irrelevante o conteúdo da avença – ressalvadas as limitações

volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Paris: Arthur Rousseau, 1912. p. 75.

61 Para o desenvolvimento da análise, v. ROPPO, Enzo. Contratto: II) Formazione del contratto – dir. civ. In: PARADISI, Bruno (Coord.). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991], p. 1; e KRAMER, Ernst A. *Die Krise“ des liberalen Vertragsdenkens*. München: Wilhelm Fink, 1974, p. 22 e ss.

62 “No direito civil clássico, o fundamento de qualquer intervenção nas relações privadas era, primordialmente, a proteção da autonomia da vontade. Os negócios entre particulares eram limitados pelo Estado essencialmente com o objetivo de assegurar sua liberdade para negociar: o direito subjetivo de um limitado pelo direito subjetivo do outro. O princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante dos contratos era a liberdade de contratar. Essa liberdade, todavia, era apreendida sob uma perspectiva puramente formal: se o contratante manifestara a vontade livremente, está adstrito ao contratado (*pacta sunt servanda*), mas se essa manifestação de vontade fosse perturbada de alguma forma, o ordenamento intervinha para liberá-lo dos efeitos daquele negócio e assegurar sua autonomia. Trata-se de um direito contratual fundado sobre o dogma da autonomia da vontade” (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 99, mai./jun. 2015. item 3).

63 Assim relata RAISER, Ludwig, *Op. Cit.*, p. 54.

(tidas por excepcionais e externas) a que já se pôde fazer menção.⁶⁴ Eventual *desequilíbrio* (em sentido economicista de desproporção de valor entre as prestações), desde que livremente pactuado por sujeitos capazes sem violar os excepcionais limites postos em lei, jamais justificaria a intervenção do Estado-juiz no conteúdo do contrato.⁶⁵

A liberdade de fixação de preços, vinculada à *lei* econômica da oferta e da procura, ressaía, nesse contexto, como o símbolo da crença liberal de que o respeito absoluto à vontade individual findaria por promover a potencialização das relações econômicas pautadas no livre comércio.⁶⁶ Não é de se estranhar, enfim, a observação doutrinária segundo a qual o já referido postulado liberal clássico “*laissez faire, laissez passer*” (“deixar fazer, deixar passar”, em tradução livre) completar-se-ia implicitamente com um imperativo de “*laissez contracter*” (“deixar contratar”, em tradução livre).⁶⁷

À luz desse paradigma contratual clássico, a higidez da vontade negocial e a regularidade do processo de formação dos contratos seriam os critérios determinantes (no mais das vezes, exclusivos) para a definição da *justiça contratual* (ora tomada em acepção lata de juízo de legitimidade sobre o contrato).⁶⁸ Poder-se-ia associar a com-

64 A identificar a associação da teoria contratual clássica entre a *justiça contratual*, de um lado, e a vontade ou a capacidade dos sujeitos, de outro lado, v. VETTORI, Giuseppe. Autonomia privada e contratto giusto. *Rivista di Diritto Privato*, Bari, a. V, n. 1, p. 20-50, *gen./mar.* 2000. p. 37.

65 “A força da lei de um contrato ‘desequilibrado’ somente seria atacável na presença de uma lesão, direta ou indireta, à integridade do querer da parte desfavorecida” (VETTORI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 42. Tradução livre do original).

66 Ao analisar a teoria contratual clássica, Giuseppe Vettori identifica o que denomina de uma “noção de justiça contratual, conatural à potencialização do livre comércio” (VETTORI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 22. Tradução livre do original): “*nozione di giustizia contrattuale, connaturale al potenziamento del libero scambio*”. A ilustrar o raciocínio relatado, v., por todos, S’TOICESCO, Costantino. L’intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati: a proposito d’una recente legge romana. *Rivista di Diritto Privato*, Bari, v. III, 1933. *parte prima*. p. 136 e ss.

67 VETTORI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 21-22.

68 Assim relata, em tom crítico, GOUNOT, Emmanuel, *Op. Cit.*, p. 73.

preensão da justiça contratual no paradigma liberal clássico a um caráter fundamentalmente procedimental, i.e., preocupado com a higidez do processo de formação da avença e não diretamente com o seu conteúdo.⁶⁹ Inexistiria, assim, um padrão material de *justiça* exterior à própria vontade das partes que devesse servir de critério para a valoração das suas convenções privadas.⁷⁰ A vontade individual livremente manifestada seria, ela própria, o critério para a definição da *justiça* do contrato, de modo a se concluir que “*tout contrat libre est un contrat juste*” (“todo contrato livre é um contrato justo”).⁷¹

Uma breve análise linguística permite perceber que o adjetivo *justo* terminava por atuar como autêntico sinônimo do adjetivo *contratual*, como se depreende da fórmula tornada célebre pelo ideal liberal: “*Qui dit contractuel, dit juste*” (“Quem diz contratual, diz justo”).⁷² Não só a *justiça*, mas igualmente – e com mais direta relevân-

69 Ao propósito, veja-se o relato fornecido por KRAMER, Ernst A, *Op. Cit.*, p. 21.

70 “No modelo liberal clássico, o Direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir a legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justeza material dos arranjos de interesses” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 1).

71 Assim relata Emmanuel Gounot: “Em matéria de contratos, os indivíduos gozarão, portanto, da mais completa autonomia. A única tarefa do direito é garantir a igualdade das liberdades presentes; todo contrato livre é um contrato justo, qualquer que seja o seu conteúdo” (GOUNOT, Emmanuel, *Op. Cit.*, p. 76. Tradução livre do original.

72 A célebre expressão parece ter se difundido a partir da obra do filósofo francês Alfred Fouillée, que concluiu seu clássico “*La science sociale contemporaine*” com a frase: “*qui dit contractuel dit juste*” (FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. 2. éd. Paris: Hachette, 1885. p. 410). Embora tal formulação tenha sido frequentemente associada ao paradigma da teoria contratual clássica (v., por todos, GOUNOT, Emmanuel, *Op. Cit.*, p. 73), não parece inoportuna uma ressalva quanto à importância de se investigar detidamente a adequação ou não de tal enfrentamento teórico da referida passagem – insere em estudo (não propriamente jurídico) voltado à compreensão da igualdade e da fraternidade no âmbito das ciências sociais. A ilustrar as origens da dúvida suscitada, veja-se o trecho com que se encerra a obra em co-

cia para o presente estudo – a noção de *equilíbrio* era associada à vontade livremente manifestada por sujeitos capazes.⁷³ O contrato reputar-se-ia equilibrado pela mera razão da ausência de vícios no seu processo de formação. Não é por acaso que já se identificou, em relato ao paradigma liberal clássico, uma “formação espontânea do equilíbrio contratual na livre concorrência”.⁷⁴ Ressaía, assim, a proeminência da vontade das partes para a definição do equilíbrio do contrato, o qual se confundiria com a própria convergência de declarações de vontade que se exige para a formação da avença: “Equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais”.⁷⁵ Vinculavam-se intima-

mento: “A ideia jurídica de obrigações contratuais e a idéia biológica de funções vitais são uma e outra suscetíveis de uma definição e de uma delimitação exatas; ora, a fraternidade é apenas uma consequência dessas ideias. Nós somos irmãos porque aceitamos voluntariamente um mesmo ideal ao entrar na sociedade e porque nos obrigamos a formar uma mesma família; nós somos irmãos também porque nós somos naturalmente membros de um mesmo organismo, porque nós não podemos viver ou nos desenvolver uns sem os outros, porque nossa própria moralidade está ligada ao estado social e à moralidade do conjunto. Em definitivo, a ideia de um organismo contratual é idêntica à de uma fraternidade regrada pela justiça, porque quem diz organismo diz fraternidade e quem diz contratual diz justo” (FOUILLÉE, Alfred, *Op. Cit.*, p. 410. Tradução livre do original).

73 Assim relata Giuseppe Osti ao analisar o paradigma liberal clássico: “O espírito que informava as normas se resumia, portanto, na preocupação de tutelar a livre colaboração econômica dos sujeitos, mediante a composição espontânea dos interesses em conflito em um equilíbrio contratual assegurado pura e simplesmente pelo concurso e pelo acordo das vontades dos interessados” (OSTI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 478. Tradução livre do original). Precisamente nesse sentido, também relata Darcy Bessone: “Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois” (BESSONE, Darcy, *Op. Cit.*, p. 31 e ss.).

74 OSTI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 478. Tradução livre do original.

75 A passagem remonta à lição de João Baptista Villela: “Se é assim, deve-se concluir que o equilíbrio econômico-financeiro seria um conceito inútil, quem sabe mesmo prejudicial? De modo algum. O que se tem de compreender é que o senhor do conceito são as partes. [...] Pois bem, quando as partes chegam àquele momento mágico em que fechar o contrato lhes parece preferível a não o fechar, deram de frente com o equilíbrio econômico-financeiro. Equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais. Pouco importa que as prestações se equivalham ou não, do ponto de vista dos seus

mente, em suma, a *justiça contratual*, o *equilíbrio contratual* e o dogma da vontade.⁷⁶

Tal forma de compreensão do fenômeno contratual veio a ser alvo de diversas críticas doutrinárias – às quais far-se-á menção mais detida na sequência. Veio a se configurar, então, um embate teórico entre, de um lado, a defesa de uma maior intervenção estatal nos contratos (e na economia, em geral), e, de outro lado, a defesa de um (re)fortalecimento da liberdade contratual. Esse cenário é bem ilustrado pelo emblemático debate travado na doutrina anglo-saxã: à enunciação (ainda que nem sempre em tom de defesa), de uma parte, da morte do contrato⁷⁷ ou da queda da liberdade contratual⁷⁸ *se contra-*

valores de troca. Para as partes é certo que se equivalem. Se não se equivalessem, não teriam contratado” (VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. *In*: TE-PEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. Volume III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 780). Em sentido similar, afirma-se: “O equilíbrio do negócio é o definido pelas partes. O juízo a respeito de sua conveniência responde a critérios contingentes. No futuro, a decisão da parte pode se revelar mais ou menos adequada. Nada disso, todavia, importa à definição da disciplina da relação jurídica. Ninguém pode retroceder de um contrato simplesmente porque o resultado não lhe foi favorável. Raciocinar de maneira diversa priva de força vinculante os negócios jurídicos, o que não pode ser sustentado com seriedade” (ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Op. Cit.*, p. 457).

76 Para o desenvolvimento da análise, remete-se a KONDER, Carlos Nelson, *Op. Cit.*, item 3; GUERCHON, Dan. Independência dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 294; e FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistemas nas redes contratuais. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 361.

77 Expressão consagrada no título da obra clássica de GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974. Em sentido semelhante, a proclamar a perda da soberania do contrato (e da lei) no âmbito do direito francês, v. MORIN, Gaston, *Op. Cit.*, p. 49 e ss.

78 Expressão consagrada no título da obra clássica de ATTYAH, Patrick Selim. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. New York: Oxford Clarendon Press, 1979.

*pôs frontalmente a proclamação, de outra parte, da (re)ascensão da liberdade contratual.*⁷⁹

A defesa do revigoramento da liberdade contratual, aliás, parece ser uma espécie de tendência contemporânea. Isso porque, sem embargo do relativo enfraquecimento por que passou o paradigma contratual clássico em razão das críticas que já se lhe dirigiram, verifica-se, tanto no plano internacional quanto no plano doméstico, certo movimento de um renascer da proclamação do paradigma liberal com vigor assemelhado ao de outrora.⁸⁰

4. Manifestações da reascensão do paradigma liberal no plano internacional e no plano doméstico: notas sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e sobre a Lei da Liberdade Econômica.

No plano internacional, os instrumentos de *soft law*⁸¹ consti-

79 Ilustrativa desse movimento é a obra coletiva BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999. Esta obra coletiva foi produto de uma série de colóquios realizados entre os anos de 1996 e 1997 sob o fio condutor do “renascimento da liberdade contratual, após um período de declínio nos anos 1970”, como se depreende do prefácio elaborado pelo seu coordenador (BUCKLEY, Francis H., *Op. Cit.*, p. XI. Tradução livre do original). Digna de nota, ainda, a circunstância de que o título adotado para a obra coletiva contém jogo de palavras (“A queda e a ascensão”, em tradução livre do original “*The Fall and Rise*”) que claramente resulta da inversão da expressão constante do título da supramencionada obra de Patrick Selim Atiyah (“A ascensão e a queda”, em tradução livre do original “*The Rise and Fall*”).

80 A ilustrar a defesa enfática do fortalecimento da liberdade contratual, v., entre outros, EPSTEIN, Richard A. *Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez-Faire*. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999, *passim*; e MURIS, Timothy J. In *Defense of the Old Order*. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999, *passim*.

81 Para uma análise do conceito de *soft law*, com especial enfoque nos Princípios UNIDROIT, remete-se, ainda, a GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228 e ss. Para

tuem boas ilustrações do movimento que pode ser associado, em certa medida, a um renascer (ou revigoramento) do modelo liberal clássico. A título puramente ilustrativo, vejamos, inicialmente, os Princípios UNIDROIT – abreviação usualmente adotada para se referir aos “Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais”, elaborados pelo Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).⁸² Publicados inicialmente em 1994 (e já em sua 4ª edição no ano de 2016), os Princípios UNIDROIT são inaugurados justamente pela proclamação da liberdade contratual (art. 1.1),⁸³ tendo sido ela apontada pelo próprio instrumento como “*a basic principle in the context of international trade*” (“um princípio básico no contexto do comércio internacional”, em tradução livre).⁸⁴ Em sede doutrinária, já se aludiu à liberdade contratual como a “*Grundnorm*” (“norma fundamental”, em tradução livre) dos Princípios UNIDROIT.⁸⁵

uma investigação especificamente acerca da natureza jurídica dos Princípios UNIDROIT, v. BASEDOW, Jürgen. Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, vol. V, 2000-1, *passim*.

82 Tradução livre do original, em inglês: “*Principles of International Commercial Contracts*”, elaborados pelo *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, usualmente referidos por *UNIDROIT Principles*.

83 *Principles of International Commercial Contracts*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law, 1994, p. 7. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>. Acesso em 5 dez. 2021). A 4ª edição dos Princípios UNIDROIT, publicada em 2016, encontra-se disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em 5 dez. 2021.

84 Veja-se o comentário do instrumento ao mencionado art. 1º: “Liberdade contratual como um princípio básico no contexto do comércio internacional. O princípio da liberdade contratual é de suma importância no contexto do comércio internacional. O direito dos empresários de decidirem livremente a quem eles oferecerão seus bens ou serviços e por quem desejam ser fornecidos, bem como a possibilidade de concordarem livremente com os termos das transações individuais, são as pedras angulares de uma ordem econômica internacional aberta, orientada para o mercado e competitiva” (*Principles of International Commercial Contracts*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law, 1994, p. 7. Tradução livre do original). Na mesma linha de sentido, a identificar a relevância central da liberdade contratual no comércio internacional, v. MELÉNDEZ, Miguel Ángel Pendón. Art. 1.1. In: HERRERA, Lucía Alvarado *et alii*. *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 55-56.

85 “A liberdade contratual constitui a *Grundnorm* da qual todas as outras regras derivam de

Também merece destaque, especificamente na experiência comunitária europeia em *soft law*, o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*) de 2009.⁸⁶ Trata-se do produto do esforço comum de juristas reunidos no âmbito da Comissão Europeia no intuito de esboçar regras de direito privado (sobretudo, em relação a obrigações, responsabilidade civil e direitos reais) a serem adotadas pelos ordenamentos nacionais. No que tange ao objeto precípua do presente estudo, a liberdade contratual é estatuída pelo dispositivo II. – 1:102(1) e identificada, nos comentários ao Projeto, como fator que usualmente conduz à *justiça*.⁸⁷

Não apenas no *soft law*, mas também no plano do direito positivo de cunho internacional se verificam manifestações do fenômeno sob exame. O exemplo mais emblemático do quanto exposto parece ser a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, sigla da denominação em inglês – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). Elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, sigla da denominação em inglês – *United Nations Commission on International Trade Law*), a Convenção foi firmada (inclusive pelo Brasil) em conferência diplomática em 1980, na cidade de Viena.⁸⁸

modo a se constituir o sistema dos *PICC* [sigla em inglês para *Principles of International Commercial Contracts* – Princípios de Contratos Comerciais Internacionais]. Como regra geral, todos devem ser livres nesta decisão de celebrar ou não um contrato e, se um contrato for desejado, em que termos” (KLEINHEISTERKAMP, Jan. Art. 1.1 (Freedom of contract). *In*: VOGENAUER, Stefan; KLEINHEISTERKAMP, Jan (Org.). Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 118. Tradução livre do original). O autor analisa, na sequência, diversas manifestações da liberdade contratual no seio dos Princípios *UNIDROIT* (*Ibidem*, p. 118-119).

86 Disponível em: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. Acesso em 5 dez. 2021.

87 V., entre outros, BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Org.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Munich: Sellier, 2009. p. 62-63.

88 A versão original completa encontra-se disponível no *site* da *UNCITRAL*: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

Considerada um *princípio básico* na venda internacional de mercadorias, a liberdade contratual é explicitamente associada pelo Secretariado da UNCITRAL à previsão (constante do art. 6º) que confere às partes a prerrogativa de excluir (total ou parcialmente) ou alterar os efeitos das disposições contidas na CISG.⁸⁹ Também em sede doutrinária se proclama que a liberdade contratual, manifestada no mencionado dispositivo, consistiria na principal fundação da normativa estabelecida pela CISG.⁹⁰ Chega-se, enfim, a se afirmar que o referido art. 6º traduziria uma (re)inserção da autonomia da vontade no direito brasileiro.⁹¹

Acesso em 5 dez. 2021. Para um relato do processo de conclusão da adesão do Brasil à CISG (a culminar na edição do Decreto nº 8.327/2014 da Presidência da República), v. BENETI, Ana Carolina. Brazil and the CISG: a question of legal certainty. *Internationales Handelsrecht*, v. 15, n. 3, 2015, *passim*; BENETI, Ana Carolina. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e a questão do direito do consumidor. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 93-94; BENETI, Ana Carolina. First CISG decision in Brazil: Brazilian courts take the first steps towards application of the CISG. *Internationales Handelsrecht*, vol. 18, n. 1, 2018. p. 9-10; e FACHIN, Luiz Edson. CISG, Código Civil e Constituição brasileira: paralelos congruentes sob os deveres de conformidade das mercadorias. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 533-534.

89 Colhe-se da Nota Explanatória à CISG elaborada pelo Secretariado da UNCITRAL: “O princípio básico da liberdade contratual na venda internacional de mercadorias é reconhecido pela previsão que permite que as partes excluam a aplicação desta Convenção ou derroguem ou alterem o efeito de qualquer uma de suas disposições” (tradução livre do original).

90 Assim afirma VIEIRA, Iacyr de Aguiar. The CISG and Party Autonomy in Brazilian International Contract Law. *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 173-186, 2013. p. 173.

91 “Este artigo 6, que consigna a regra do *opt in/opt out*, além da inegável importância para o funcionamento da compra e venda internacional ao trazer as mais flexíveis opções de escolha para as partes, reacende uma discussão que de longa data assola o direito brasileiro. O artigo 6 traz, em última análise, a autonomia da vontade para dentro da compra e venda internacional de mercadorias e, conseqüentemente, para dentro do direito brasileiro, reavivando o debate travado na comunidade jurídica acerca da existência da autonomia da vontade em contratos internacionais [...]” (ZUPPI, Alberto Luis; PESSÔA, Fernando J. Breda. A Convenção de Viena

A disposição do art. 6º da CISG, aliás, coincide com uma larga (ainda que não unânime) tendência da doutrina do Direito Internacional Privado quanto ao reconhecimento da possibilidade de as partes, em contratos internacionais, elegerem a lei (legislação, direito)⁹² a reger a sua relação.⁹³ Afirma-se, nessa linha de sentido, que decorreria diretamente da autonomia dos contratantes (“*party autonomy*”)⁹⁴ a sua prerrogativa de definir consensualmente o arcabouço normativo ao qual deverá submeter-se o contrato.⁹⁵ Vale registrar que

de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias em vigor no Brasil o que se deve esperar?. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 548). Em sentido semelhante, v. VERONESE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena de 1980: substituição e complementação ao direito contratual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 38.

92 Para essa específica finalidade, utilizam-se indistintamente os vocábulos *lei*, *legislação* e *direito*, todos eles utilizados pela doutrina especializada. Nada obstante o recurso recorrente a todas as referidas expressões, o rigor técnico apreça apontar para a preferência pelo vocábulo *direito* quando se pretender fazer menção ao arcabouço normativo a reger certa relação contratual.

93 V., por todos, ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts. *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 3, p. 437-465, 2016, *passim*.

94 Não se pode deixar de registrar a enconradiça – e não por isso menos inusitada – associação direta entre a expressão do inglês “*party autonomy*” e a liberdade de eleição do direito aplicável, em que esta liberdade é apresentada como o próprio conteúdo da noção de “*party autonomy*” – cuja tradução livre ao português tenderia a sinalizar para alguma noção de conteúdo certamente mais abrangente, como “autonomia privada”, “autonomia negocial” ou mesmo a expressão menos apurada “autonomia da parte”. Ilustrativamente, veja-se: “Entre as regras existentes em matéria de contratos internacionais e lei aplicável, a autonomia das partes – a liberdade das partes para determinar a lei aplicável ao seu acordo – tem sido reconhecida como um princípio universal por estudiosos e legislações” (ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola I. Guedes de C. Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts. *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 73-83, 2013. p. 75. Tradução livre do original).

95 “A autonomia das partes é um princípio que permite às empresas ou indivíduos que celebram contratos internacionais escolherem o direito a ser aplicado ao contrato. Em outras palavras, as partes de um contrato que possui conexões com mais de um Estado podem escolher o conjunto de regras legais que governarão sua transação” (ALBORNOZ, María Mercedes; MAR-

a mencionada tendência tem como marco significativo a aprovação, em 2015, dos “*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*” (“Princípios de Haia relativos à Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais”), instrumento de *soft law* que explicita a prerrogativa em comento.⁹⁶

O aparente acerto de tal linha de raciocínio não deve afastar, por certo, o respeito a algumas ressalvas fundamentais, tais como como o imperativo de tutela de vulnerabilidades e a incidência imperativa de normas (que venham a ser fundamentadamente consideradas) de ordem pública (como tendem a ser, por exemplo, as normas destinadas à proteção dos consumidores ou dos trabalhadores).⁹⁷ Feitas as ressalvas necessárias, esse realmente parece o melhor caminho a ser seguido no âmbito do direito brasileiro, como já reconhecido expressamente pelo legislador como regra geral no âmbito dos procedimentos arbitrais (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 – conhecida como Lei da Arbitragem). Expandindo-se a conclusão para além da seara dos litígios submetidos à resolução pela via arbitral,⁹⁸ pode-se

TÍN, Nuria González, *Op. Cit.*, p. 438. Tradução livre do original).

96 Versão original disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. Acesso em 5/12/2021. Tradução para o português disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf>. Acesso em 5 dez. 2021.

97 Tais ressalvas são usualmente compartilhadas pela doutrina internacionalista (v., por todos, ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González, *Op. Cit.*, p. 452 e ss.), como evidenciam algumas passagens dos Princípios de Haia relativos à Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais: “Artigo 1.º. Âmbito de aplicação dos Princípios. Os presentes Princípios aplicam-se à escolha de lei aplicável aos contratos internacionais em que cada parte atua no exercício da sua atividade comercial ou profissional. *Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos celebrados por consumidores* [...] 3. *Os presentes Princípios não se aplicam à lei que regula:* a) a capacidade das pessoas singulares; b) as convenções de arbitragem e de eleição do foro; c) as sociedades ou outras entidades e trusts; d) a insolvência; e) os efeitos reais dos contratos; f) a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir”; “Artigo 11.º. Normas de aplicação imediata e ordem pública. [...] 3. *O tribunal pode afastar a aplicação de disposição da lei escolhida pelas partes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro*” (grifou-se).

98 Já se verificou, na praxis brasileira, uma tendência de limitação da autonomia para escolha

concluir que o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro consagra regras tendencialmente supletivas, sem o condão de impedir a eleição consensual do direito aplicável.⁹⁹ Repele-se, assim, em boa hora, eventual exegese que vislumbre no referido dispositivo legal uma norma imperativa, inafastável pelos contratantes.¹⁰⁰

Feita essa brevíssima incursão no cenário internacional – que permitiu associar, com as ressalvas necessárias, os mencionados diplomas a uma espécie de (re)fortalecimento da liberdade contratual –, passa-se à análise do plano doméstico brasileiro. Parece legítimo afirmar que a recente retomada de uma agenda político-econômica (neo)liberal tem como destacado símbolo a promulgação da Lei n. 13.874/2019, produto da conversão da Medida Provisória n. 881/2019 em lei ordinária.¹⁰¹ Como se depreende da sua epígrafe, a Lei n. 13.874/2019 “[i]nstitui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” e “estabelece garantias de livre mercado”, a justificar que o

da lei aplicável aos contratos submetidos à arbitragem, conforme relatam ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola I, *Op. Cit.*, p. 75 e ss.

99 No mesmo sentido, a sustentar a releitura do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em favor do reconhecimento da possibilidade de escolha do direito aplicável, v. SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. *In*: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 599 ss.

100 A alcançar semelhante conclusão, no sentido de que a autonomia privada (em particular, a liberdade contratual) contempla a liberdade de escolha do direito aplicável, v., na doutrina estrangeira, TAMAYO, Daniel Rojas. Um nuevo horizonte para la autonomía privada: la libertad de elección de la ley aplicable al contrato. *In*: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada: perspectivas del derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, *passim*.

101 Para uma análise detida sobre os principais impactos do referido diploma legislativo sobre o direito contratual, remete-se a BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, n. 6, ano 5, p. 1549-1566, out./dez. 2019, *passim*; e GARCIA, Rafael Damásio Brasil. A Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos nos Contratos Cíveis. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 8, p. 122-135, jul./set 2021, *passim*.

novo diploma tenha vindo a ser conhecido como *Lei da Liberdade Econômica*.

A Exposição de Motivos da referida Medida Provisória n. 881/2019, originadora da Lei da Liberdade Econômica, é farta de passagens aptas a demonstrar a sua autoproclamada vocação liberal. Tal circunstância pode ser depreendida desde a definição (declaradamente *não-científica*) de *liberdade econômica*: “Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas”.¹⁰²

Na esteira da Medida Provisória que lhe serviu de origem, a Lei n. 13.874/2019 também é repleta de passagens que evidenciam a sua inspiração liberal, o que se evidencia desde o art. 1º do diploma, que enuncia o estabelecimento de “normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica”. Do rol de princípios estatuído pelo art. 2º da lei se depreendem, ainda, entre outros, “a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas” (inc. I) e “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (inc. III). O art. 3º, por sua vez, enuncia, entre os *direitos de liberdade econômica*, a liberdade de fixação de preços em mercados não regulados (inc. III), a salvaguarda de que as “dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico” serão resolvidas em deferência à autonomia privada (inc. V) e a garantia de livre estipulação para os “negócios jurídicos empresariais paritários” (inc. VIII).

A inspiração liberal encontra concretização ainda mais explícita nas alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 sobre o Código Civil. Destaque-se inicialmente, a inclusão do § 2º ao art. 113 do

102 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em 20 nov. 2021.

Código Civil, a estabelecer que “[a]s partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. O art. 421, por sua vez, foi alterado para que passasse a enunciar que a *liberdade contratual* (em substituição à *liberdade de contratar*)¹⁰³ se exerce não “em razão e nos limites”, mas tão somente “nos limites” da função social do contrato.¹⁰⁴ Além disso, ao *caput* do art. 421 se acrescentou um parágrafo único, a afirmar que, “[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Mencione-se, por fim, a *presunção* de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais proclamada pelo ora criado art. 421-A, do qual se extrai a previsão segundo a qual “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Os potenciais impactos da Lei da Liberdade Econômica sobre

103 Tal ponto de alteração foi objeto de elogios por parte da doutrina, segundo a qual a nova redação atribuída ao art. 421 do Código Civil teria positivado o entendimento, já sedimentado em sede acadêmica, no sentido de que a função social limitaria não apenas a prerrogativa de decidir por contratar ou não (que estaria associada à expressão “liberdade de contratar”), mas também o próprio conteúdo da avença (que estaria associado à expressão mais abrangente “liberdade contratual”). Nesse sentido, v. TARTUCE, Flávio. A “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n. 13.84/2019) e o seus principais impactos para o direito civil: mudanças no âmbito do direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 1, out./dez. 2019. Embora sequer se devesse atribuir destacado relevo a eventual dúvida de interpretação a partir da expressão adotada na redação original (uma vez que “de contratar” pode ser entendida, no vernáculo, como uma locução adjetiva correspondente a “contratual”), não se ignora o possível impacto positivo da novel redação.

104 O legislador parece ter partido de receio similar àquele outrora verificado pela mera positivação da função social do contrato no art. 421 do Código Civil, a respeito do qual a civilística prontamente advertiu: “Alguns autores temem que a inserção desse dispositivo [art. 421 do Código Civil] na lei afaste o princípio da autonomia da vontade, ensejando uma excessiva intervenção estatal nos contratos e ameaçando a segurança jurídica das relações privadas. Bem interpretada, a regra não justifica temores desse gênero. A função social é uma cláusula geral inserida no Código Civil, que dá ao Juiz uma maior liberdade para dar concretude à socialidade que permeia o novo diploma, se, no entanto, tratar-se de uma carta branca para que o magistrado decida ao arrepio da lei e de princípios sedimentados” (WALD, Arnoldo, *Op. Cit.*, p. 13-14).

as perspectivas de atuação dos remédios inspirados no princípio do equilíbrio contratual – objeto central da tese de doutoramento em elaboração – serão analisados na sede própria. Por ora, quer-se demonstrar que o referido diploma legal representa, em larga medida, a retomada de diversos postulados característicos da teoria contratual clássica.

5. Contributos e limitações da formulação autorreferenciada (cara ao modelo liberal clássico) para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro.

No que mais diretamente importa ao presente estudo, parece possível afirmar que as precedentes manifestações verificadas tanto no plano doméstico brasileiro quanto no plano internacional vão ao encontro do paradigma contratual clássico no que diz respeito à compreensão do equilíbrio contratual. O equilíbrio corresponderia, segundo essa visão, ao próprio ajuste desejado pelas partes, sem que se pudesse atribuir qualquer relevância a uma correspondência objetiva de valor entre as prestações.¹⁰⁵ Não por acaso, se chegou a afirmar, em crítica direta a qualquer busca de proporcionalidade aritmética, que “a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses”.¹⁰⁶

105 Assim sustenta, na doutrina italiana, Maddalena Codella: “Na realidade, convencidos de que entre as prestações das partes deveria haver um equilíbrio estiveram os proponentes da teoria do justo preço, destinada a impedir movimentos injustificados de riqueza. [...] A teoria do justo preço acolhe, portanto, a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, pensada precisamente para reagir a situações de desequilíbrio não originário, mas superveniente. É uma teoria superada, pois é impensável que uma *condictio sine qua non* da validade do contrato seja uma relação equilibrada de valor entre as prestações” (CODELLA, Maddalena. *Le sopravvenienze contrattuali*: profili di diritto interno e comparato. Tese (*Dottorato di ricerca in comparazione e diritti della persona*) – Dipartimento di Diritti della Persona e Comparazione, Università degli studi del Salerno, [2012], p. 14. Disponível no Arquivo Aberto da Universidade de Salerno: <http://elea.unisa.it/handle/10556/278>. Acesso em 19 nov. 2021. Tradução livre do original).

106 A passagem remonta à sustentação enfática de João Baptista Villela: “Tão distante está o

Seja no contexto clássico, seja no contexto contemporâneo, eis, em síntese essencial, a formulação que se pode referir por noção *autorreferenciada* do equilíbrio contratual. Segundo essa forma de compreensão da matéria, o equilíbrio teria como parâmetro de análise o próprio contrato – e não quaisquer valores externos à vontade das partes –, daí a sua caracterização como uma visão autorreferenciada. Também poder-se-ia reputar *autônoma*¹⁰⁷ ou *subjetiva* essa visão, dado o destaque conferido à vontade dos próprios sujeitos contratantes para a conformação do equilíbrio contratual.¹⁰⁸

contrato da proporcionalidade aritmética objetiva que, bem pensados os termos, fosse aquela um parâmetro a observar, o impulso dos interessados antes se condenaria à estase do que se materializaria no acordo. Sim, porque, de fato, a consumação se dá quando cada contratante se convence de que sua prestação vale menos do que a da outra parte, e não tanto quanto. Ou seja, para que o contrato se forme é necessário que cada um dos envolvidos esteja convencido de estar ganhando. Não de que as prestações têm o mesmo valor. Por que se esta fosse sua convicção, para que contratar? Para nada ganhar? O que poderia haver de mais inútil ou estéril? Assim – pasme-se quem quiser –, mas a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses” (VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato, *Op. Cit.*, p. 780).

107 Advirta-se, por oportuno, que o adjetivo *autônoma* não pretende aludir a uma oposição entre a visão ora em comento e uma visão instrumental. A antinomia linguística mais direta dar-se-ia, em realidade, entre *autônoma* e *heterônoma*, tendo essa segunda formulação sido objeto de análise detida em Advirta-se, por oportuno, que o adjetivo *autônoma* não pretende aludir a uma oposição entre a visão ora em comento e uma visão instrumental. A antinomia linguística mais direta dar-se-ia, em realidade, entre *autônoma* e *heterônoma*, tendo essa segunda formulação sido objeto de análise detida em SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos, *Op. Cit.*, *passim*.

108 A formulação parece similar àquela enunciada pela doutrina alemã no que tange à compreensão do *Äquivalenzprinzip*. A esse respeito, Claus-Wilhelm Canaris alude à “[...] diferença fundamental entre um subjetivo e um objetivo princípio do equilíbrio, que não raramente são caracterizados com o par conceitual formal/material. Fala-se normalmente de equilíbrio [ou equivalência] subjetivo ou formal quando o ordenamento jurídico reconhece como contraprestação o que as partes contratantes combinaram como tal; de equilíbrio [ou equivalência] objetiva ou material, diversamente, quando, por sua vez, o conteúdo da contraprestação for determinado independentemente da vontade da parte” (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 283. Tradução livre do original). Ainda a ilustrar a contraposição entre uma noção subjetiva e uma noção objetiva do *Äquivalenzprinzip*, v. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, *Op. Cit.*, p. 65 e ss.; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *Op. Cit.*, p. 28-29; e BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipien des Privatrechts*.

Em que pese o amplo prestígio de que desfrutam as formulações tradicionais, o estágio atual do desenvolvimento da civilística impõe a identificação de limitações ínsitas a cada uma delas para a adequada compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Para tanto, considerando que já se teve oportunidade de analisar em sede própria certas limitações da formulação heterorreferenciada para a compreensão do equilíbrio contratual,¹⁰⁹ passam a ser examinadas potenciais contributos e limitações da formulação autorreferenciada.

Pode-se afirmar que a concepção autorreferenciada do equilíbrio contratual tem como principal mérito a relevância conferida à liberdade contratual e à vontade individual para a conformação do programa de interesses das partes validamente formado, cuja promoção (dinâmica e eficiente, tanto quanto possível) é imposta justamente pelo princípio do equilíbrio contratual.¹¹⁰ Tal mérito tende a esmaecer, contudo, diante dos riscos relacionados a esse modo de compreensão da disciplina contratual, riscos esses passíveis de recondução à advertência geral quanto à insuficiência do voluntarismo, como se depreende da lição de Pietro Perlingieri: “Querer não é poder, em um ordenamento no qual o poder é disciplinado e regulado; querer

Wien: Springer, 1996. Reimpressão. Wien: Verlag Österreich, 2013. p. 160.

109 SILVA, Rodrigo da Guia, *Op. Cit.*, item 5.

110 A ressalva veiculada pela expressão “tanto quanto possível” vai ao encontro da advertência acerca da necessária modulação na atuação concreta de cada princípio contratual: “Desprovidos de definição abstrata de uma situação fática à qual sejam aplicáveis, os princípios do Direito dos Contratos ou simplesmente ‘princípios contratuais’ aplicam-se não por meio de uma única solução ou com uma única intensidade, mas podem ser atendidos em diferentes graus de intensidade e por diferentes soluções, a depender das circunstâncias fáticas existentes” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, *Op. Cit.*, p. 42-43). O princípio do equilíbrio contratual admite e justifica, portanto, a promoção do programa contratual (escopo precípua da obrigatoriedade dos pactos) em graus diversos, o que se coaduna diretamente com própria a admissibilidade de remédios intermediários entre a execução específica e a resolução – tal como a revisão contratual, conforme sustentado em SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 995, p. 129-155, set. 2018, *passim*.

não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não apenas pela vontade das partes”.¹¹¹ Com efeito, no contexto contemporâneo despontam diversos fatores que sinalizam para a superação do dogma da vontade,¹¹² em movimento teórico que se pode referir por um *giro conceitual da autonomia da vontade à autonomia privada*¹¹³ (ou à *autonomia negocial*).¹¹⁴

111 Passagem extraída do seguinte trecho original: “Em mais de uma intervenção, se assistiu a exaltação excessiva da intenção das partes, da vontade: esse é o voluntarismo de outrora, que pode ser vinculado ao livre mercado, ao liberalismo de novo na moda. Isso constitui um erro, porque, se um ordenamento é social, expressão do Estado Social de Direito e, portanto, tem o dever de obter determinados resultados, também deve ter uma hermenêutica que permita alcançar esses objetivos. Portanto, não podemos nos remeter apenas à vontade das partes ou à força econômica delas, mas devemos necessariamente reconstruir o desejado em relação também ao que é possível desejar e ao modo pela qual esse último deve ser realizado. Querer não é poder, em um ordenamento no qual o poder é disciplinado e regulado; querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não apenas pela vontade das partes” (PERLINGIERI, Pietro. *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 471. Tradução livre do original).

112 V., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, 2013, item 2. Os excessos da doutrina da autonomia da vontade já eram percebidos por DEMOGUE, René, *Op. Cit.*, p. 84.

113 Supera-se, assim, o preconceito voluntarista (“preconcetto voluntaristico”, no original) identificado por SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 98. No sentido do uso da expressão autonomia privada em detrimento de autonomia da vontade, v., por todos, FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. XI, 1957, p. 131. A ilustrar a difusão da crítica ao dogma da vontade, v., ainda, BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 351; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 97; e CARRESI, *Recensione a SCOGNAMIGLIO*, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. VI, 1952, *passim* e, em especial, p. 491 e ss.

114 Pietro Perlingieri sustenta que a menção à *autonomia negocial* lograria contemplar os atos de autonomia realizados pelas pessoas jurídicas de direito público atreladas ao Estado (e não apenas por agentes originalmente *privados*), definindo-a como “[...] o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos ou privados, ainda que não necessariamente próprios” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338).

Pense-se, inicialmente, no fenômeno da heterointegração dos contratos.¹¹⁵ Já se reconhece que o regulamento contratual é formado não apenas pelas prestações desejadas pelas partes, mas também por deveres oriundos diretamente de fontes legais (não raramente indicadas como normas de ordem pública), de que são exemplos maiores a boa-fé objetiva e seus corolários deveres laterais de conduta.¹¹⁶ Se é verdade que a vontade das partes não mais goza de exclusividade para a configuração do programa contratual, logo se percebe a insuficiência do modelo teórico pautado exclusivamente no voluntarismo.¹¹⁷ Não se justificaria, portanto, uma compreensão do equilíbrio contratual baseada puramente no dogma da vontade.

A insuficiência da noção autorreferenciada do equilíbrio contratual tende a agravar-se ainda mais ao se levar em consideração a ausência de caráter absoluto da autonomia privada – e da subsequente liberdade contratual.¹¹⁸ De fato, ao se reconhecerem a uni-

115 “De fato, com a heterointegração [...] se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual” (RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 9. Tradução livre do original).

116 Teresa Negreiros associa os deveres laterais de conduta à complexidade obrigacional: “Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247). Em sentido semelhante, v. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 121.

117 V., por todos, BLENGIO, Juan E. ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual. *Revista Trimestral de Derecho Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 151–177, jan./mar. 2007. p. 152.

118 Já advertia Giuseppe Osti ao tratar do *Codice Civile* italiano de 1865: “No entanto, mesmo em referência ao sistema liberal do *Codice* [de 1865], parecem-nos errôneas as concepções filosóficas que atribuem um valor absoluto ao princípio da autonomia da vontade privada, e no acolhimento desse princípio enxergam o reconhecimento de um senhorio da vontade indi-

dade-complexidade do ordenamento jurídico e a supremacia hierárquico-normativa da Constituição,¹¹⁹ conclui-se pela impossibilidade de aferição da legitimidade do exercício da autonomia privada sem a consideração da tábua axiológica que informa o inteiro sistema jurídico.¹²⁰ A legitimidade do exercício da liberdade contratual passa, enfim, a estar subordinada a um juízo valorativo (referido por juízo de *merecimento de tutela em sentido lato*) idôneo a assegurar a compatibilidade da atuação privada com os valores mais caros ao ordenamento jurídico.¹²¹ Tais premissas conduzem, em matéria de equilíbrio contratual, ao reconhecimento de que o programa contratual a ser promovido não escapa de um controle de conformidade axiológica à luz do sistema jurídico em que se insere.¹²²

A se admitir a procedência dessas considerações, dever-se-á dispensar a maior ordem de cautela para a análise das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) sobre o Código Civil. Pense-se, inicialmente, na já referida inclusão do § 2º ao art. 113 do Código Civil: se, por um lado, parece consentânea com

vidual, de um poder autônomo de criação de efeitos jurídicos” (OSTI, Giuseppe. *Contratto*, *Op. Cit.*, p. 49. Tradução livre do original).

119 V., por todos, PERLINGIERI, Pietro, *Op. Cit.*, p. 205-208.

120 A destacar a inafastável incidência do juízo valorativo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, *Op. Cit.*, p. 649-650; e MALOMO, Anna. *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale*. In: PERLINGIERI, Giovanni; FACHECHI, Alessia (*a cura di*). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*. Tommo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 686 e ss..

121 “Em sentido lato, portanto, a noção de merecimento de tutela representa justamente o reconhecimento de que a eficácia de certa conduta particular é compatível com o sistema e, por isso, deve ser protegida” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela*, *Op. Cit.*, p. 76-77).

122 V., por todos, LINDAO, Indira Johana Díaz. *El control del equilibrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva*. In: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada: perspectivas del derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, *passim* e, em especial, p. 224 e ss.

a lógica da liberdade contratual a prerrogativa de pactuação de regras de interpretação e de integração desejadas pelas partes, não parece legítimo, por outro lado, um ajuste que pretenda, por exemplo, excluir *tout court* a incidência da boa-fé objetiva e do corolário padrão cooperativo imposto às partes. Revela-se digna de nota, a esse propósito, a circunstância de que os supramencionados diplomas internacionais, apesar de ostentarem um claro propósito de deferência à liberdade contratual, buscam compatibilizar seu exercício com a boa-fé objetiva e com as práticas do mercado.

No plano interno, a própria vinculação axiológica da boa-fé objetiva à solidariedade social reforça a ideia de que uma exclusão apriorística da sua incidência estaria fadada a não prosperar.¹²³ A limitação à liberdade contratual tornar-se-ia tendencialmente ainda mais acentuada a se levarem em consideração princípios que promovem mais diretamente a tutela de valores socialmente relevantes – caso, por exemplo da função social dos contratos.¹²⁴ Essas advertências não pretendem, por certo, nem ignorar a relatividade do conteúdo de cada um dos princípios, nem afastar a possibilidade de as partes legi-

123 A sustentar que a boa-fé objetiva traduziria uma expressão da solidariedade social no campo das relações privas, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 282; e KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, ano 13, p. 217-236, abr./jun. 2012. p. 220.

124 Ao propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149. Registre-se, por oportuno, a formulação teórica que destaca a possibilidade de a função social do contrato atuar como “[...] um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. Contrapõe-se, em certa medida, à possibilidade de concebê-la como princípio, já que ela não é ponderada ou superada por outros princípios, não valora ou reprova condutas específicas, não se limita a impor sanções. Trata-se muito mais de uma exigência interpretativa que remete a tutela do contrato ao atendimento de bens jurídicos coletivos para além dos bens individuais” (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principialização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 58).

timamente estipularem parâmetros de interpretação-integração do contrato que atendam a seu interesse e se coadunem com a tábua axiológica constitucional. O que não se revela admissível é que, a pretexto do exercício da prerrogativa estatuída pelo novel § 2º do art. 113 do Código Civil, os contratantes promovam a exclusão de valores cuja observância decorre da incidência impositiva da Constituição.¹²⁵

Semelhante ordem de cautela deve ser empregada na análise do art. 421 do Código Civil, cuja redação passou a enunciar que a liberdade contratual se exerce não “em razão e nos limites”, mas tão somente “nos limites” da função social do contrato, ao que a civilística prontamente reagiu, destacando o caráter meramente simbólico que a práxis deve associar à referida alteração legislativa.¹²⁶ Tal alte-

125 Vista a questão por outro ângulo, pode-se afirmar que, mesmo que, a pretexto de promoverem a exclusão da boa-fé objetiva, as partes estipulem padrões de comportamento reputados pouco ortodoxos à luz das práticas comuns no tráfego jurídico, ainda assim a boa-fé objetiva incidirá para determinar que as partes cooperem entre si para a persecução do resultado útil legitimamente esperado do programa contratual por elas entabulado (desde que reputado legítimo, por certo). Afinal, a boa-fé objetiva (nesse ponto, em contraposição à função social do contrato) atua justamente para adequar o comportamento das partes aos padrões de conduta exigíveis para a promoção do próprio programa contratual, o qual pode ser integrado, por exemplo, por mecanismos de alocação de riscos e pela estipulação de deveres de conduta reputados relevantes para as peculiaridades da relação concretamente entabulada pelas partes.

126 “A mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.874/2019 aparenta gerar impacto muito mais simbólico do que uma efetiva transformação no direito contratual brasileiro. A razão disso é que as alterações propostas pela nova legislação partem de premissas equivocadas a respeito das dificuldades a respeito da aplicação da função social do contrato e, por isso, apresenta solução que, para qualquer dos vieses ideológicos envolvidos, deverá revelar-se ineficaz. No âmbito doutrinário, a supressão da expressão ‘em razão de’ parece voltar-se a satisfazer os receios de autoritarismo estatal, pois se afastaria a previsão legislativa de que a função social do contrato seria fundamento da própria liberdade contratual. A alteração, todavia, não deve fazer muita diferença na controvérsia sobre o tema. Para aqueles que sustentam que a razão dos contratos serem tutelados é a função social da liberdade contratual, isso é uma decorrência da normativa constitucional, que, no art. 170, funcionaliza a livre iniciativa ao atendimento de vários critérios, como o valor social do trabalho, o meio ambiente, a proteção do consumidor. Portanto, o texto constitucional continua a dar guarida a essa vertente interpretativa, não obstante a promulgação da Lei nº 13.874/2019” (KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 7, abr./jun. 2017. p. 17-18).

ração do diploma civil consiste em uma espécie de retomada (quicá não deliberada) da formulação teórica segundo a qual a liberdade contratual, por seu caráter pretensamente ilimitado, somente encontraria limites externos (ou negativos) e excepcionais à sua configuração.¹²⁷

Em realidade, como já se pôde antecipar, a legitimidade do exercício da liberdade contratual depende inexoravelmente da sua conformação com a tábua axiológica constitucional. A autonomia privada patrimonial – fonte da liberdade contratual –, conquanto seja uma valor relevante na ordem jurídica, definitivamente não goza de caráter absoluto – e, tampouco, superior aos demais valores tutelados pelo ordenamento.¹²⁸ Assim tem empenhadamente se esforçado em demonstrar a doutrina preocupada em proclamar um caráter meramente instrumental da autonomia privada,¹²⁹ em linha de pensamento comparável com aquela, de matriz publicista, dedicada a destacar um valor puramente instrumental da livre iniciativa.¹³⁰

127 A ilustrar a afirmação teórica da existência apenas de limites externos ou negativos à autonomia privada, v. FERRI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 135-136.

128 A ilustrar o reconhecimento do caráter não absoluto da autonomia privada, veja-se a lição de Luigi Ferri, que, no contexto de crítica a uma concepção naturalista da autonomia, assevera que “o problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites: “Sem direito, na minha opinião, não se pode conceber a autonomia privada, nem os negócios jurídicos que são a sua expressão. O problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas, na ausência das quais o próprio problema não poderia sequer se colocar, a menos que se queira identificar autonomia com liberdade natural ou moral do homem” (FERRI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 130-131. Tradução livre do original).

129 V., por todos, SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, 64. Para o desenvolvimento da questão, remete-se ao item 1.1.2, *infra*.

130 De fato, a discussão (classicamente privatista) sobre o caráter instrumental ou não da autonomia privada parece corresponde àquela discussão (classicamente publicista) sobre o caráter instrumental ou não da livre iniciativa, bem sintetizada por PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre-iniciativa. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. p. 1-2. A ilustrar a crítica ao reconhecimento de valor autônomo à livre iniciativa, v. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais da livre-iniciativa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiv

Tais considerações se associam, ainda, com a enunciação teórica dos denominados *limites internos* à autonomia privada, a traduzir o esforço de afirmação da necessidade de reformulação da própria noção de autonomia privada, com um afastamento em relação ao paradigma clássico. De fato, independentemente da expressão verbal refletida na lei (*em razão e nos limites* ou apenas *nos limites* da função social do contrato), é certo que o concreto exercício de autonomia somente reputar-se-á merecedor de tutela se for consentâneo com os valores consagrados pelo ordenamento, entre os quais se situam, naturalmente, os valores socialmente relevantes para os quais sinaliza a função social do contrato.¹³¹

Delineiam-se, assim, em formulação sintética, algumas das razões justificadoras da insuficiência de uma noção puramente autorreferenciada para a compreensão do equilíbrio contratual. Por um lado, o regulamento contratual é composto não apenas por prestações desejadas pelas partes, mas igualmente por deveres decorrentes de normas de ordem pública, no fenômeno referido por heterointegração dos contratos. Por outro lado, não se justifica que a liberdade contratual tenha a sua legitimidade aferida exclusivamente a partir da própria vontade das partes, impondo-se, ao revés, a investigação da sua conformidade com os demais valores que informam o inteiro ordenamento jurídico. A insatisfação com o paradigma liberal clássico subjaz ao esforço da doutrina contemporânea quanto à formulação de uma

va/Almedina, 2013, p. 134; e GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.791.

131 “A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (TEPEDINO, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 149).

nova abordagem do equilíbrio contratual, que já se pôde referir por concepção heterorreferenciada.¹³²

Conclusão.

As precedentes considerações conduzem ao reconhecimento de que a formulação autorreferenciada se estrutura em torno de uma construção pleonástica que faz coincidirem as noções de *contratual*, *justo* e *equilibrado*. Tal circunstância é revelada de modo contundente por formulações teóricas realçadas no decorrer deste estudo, valendo destacar novamente, em especial, tanto a célebre afirmativa de que “Quem diz contratual, diz justo”¹³³ quanto as enunciações de que “[e]quilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais”,¹³⁴ ou que “equilíbrio do negócio é o definido pelas partes”.¹³⁵ Como se nota, essa vinculação íntima entre justiça contratual, equilíbrio contratual e dogma da vontade finda por reservar ao equilíbrio uma atuação como mero reforço semântico da autonomia da vontade. A menção ao princípio do equilíbrio não traduziria, portanto, mais do que uma defesa pleonástica do dogma da vontade individual.

A bem da verdade, as limitações para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual não traduzem uma peculiaridade da concepção autorreferenciada. De fato, semelhante ordem de análise crítica merece ser direcionada à concepção heterorreferenciada, igualmente insuficiente para a elucidação do verdadeiro escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro.¹³⁶ À luz desse

132 Para o desenvolvimento da análise acerca da formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual, remete-se a SILVA, Rodrigo da Guia, *Op. Cit.*, item 4

133 FOUILLÉE, Alfred, *Op. Cit.*, p. 410.

134 VILLELA, João Baptista, *Op. Cit.*, p. 780.

135 ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Op. Cit.*, p. 457.

136 Ao propósito, remete-se a SILVA, Rodrigo da Guia, *Op. Cit.*, item 5.

cenário, espera-se que as reflexões ora desenvolvidas possam, sem qualquer pretensão de definitividade ou exaustividade, estimular a constante renovação dos debates sobre o efetivo papel desempenhado pelo princípio em comento no direito contratual brasileiro.