

CÓDIGO CIVIL

NELSON
ROSENVALD
FELIPE BRAGA
NETTO

Comentado
artigo por artigo

8^a | revista
Edição | atualizada
ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

igualdade substancial exigir do consumidor um valor a título de arras, quando o exercício do direito potestativo nasce de sua posição contratual

de evidente assimetria e déficit de informação, que o leva a contratar sem os cuidados devidos.

TÍTULO V

DOS CONTRATOS EM GERAL

Capítulo I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Preliminares

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

O art. 421 inaugura as disposições referentes aos contratos, tratando da função social do contrato. O recado do legislador é claro: em comum com a boa-fé objetiva (art. 422, CC) e o equilíbrio contratual (art. 478, CC), a função social do contrato, ingressa no Código Civil como princípio social contratual. Esta tríade de cláusulas gerais contratuais é irradiada pelos princípios constitucionais da solidariedade e igualdade material, constantemente sopeados com o princípio da autonomia privada. Quer dizer, a garantia da autorregulamentação dos particulares para a produção dos efeitos de suas relações jurídicas continua sendo a base do direito civil. Todavia, função social, boa-fé e equilíbrio contratual são princípios que propiciam uma adequação ao exercício da liberdade dos particulares, cada qual de uma determinada forma e intensidade. Portanto, o contrato do século XXI promove um quadro de valores constitucionais.

Em brevíssimas linhas, a cartografia contemporânea dos contratos indica localiza o princípio da solidariedade constitucional em dois

quadrantes: no plano horizontal da exigência de cooperação intersubjetiva, materializa-se na boa-objetiva. Na verticalidade da recíproca colaboração dos contratantes com a coletividade, percebe-se a função social do contrato. Ou seja, a solidariedade penetra no mapa obrigacional de forma endógena (art. 422, CC) e exógena (art. 421, CC), ambas atuando de forma complementar, sendo por vezes porosas as fronteiras. Outra tríade aqui se exige: as diretrizes de Miguel Reale para o Código Civil. A *eticidade* se desenha na boa-fé objetiva; a *socialidade* na função social; em complemento, a separação entre estes princípios com demarcação das respectivas áreas de atuação, pressupõe a operabilidade.

De maneira pedagógica, a função social do contrato nos ensina que o contrato não é um átomo, com eficácia *res inter alios acta*. Em verdade, o contrato é um fato social, conforme se extrai do art. 1, IV, da Constituição Federal, ao enfatizar dentre os fundamentos da República, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Resta indubitado que todo negócio jurídico é causal,

um espaço promocional de fins do ordenamento jurídico. Porém, a doutrina detém enorme responsabilidade de conferir significado a esta cláusula geral, de forma a se valer de um elemento jurídico conformador atemporal e aberto, para favorecer interpretações evolutivas que preservem a dimensão de seu significado.

Para desempenhar a contento este mister, temos que lapidar o conceito de função social do contrato de 2021, não mais de 2002. O art. 421 sofreu importante alteração pela Lei n. 13.874 de 2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, a qual institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Foram alteradas as redações dos artigos 49-A, 50, 113, 421, 421-A, 980-A, § 7º e art. 1.052, § 1º e § 2º do Código Civil de 2002. Proclama o Art. 1º da LLE que “Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal”. A sobredita norma explicita sua percepção sobre o “valor social da livre-iniciativa” e delimita interseções entre a autonomia privada e a função social do contrato. No período pós-Constituição o “valor social” prevaleceu, em prol de categorias de hipossuficientes (v.g. empregados) ou vulneráveis (consumidores). Todavia, o pêndulo oscilou em prol das forças do mercado, pois a realidade brasileira demonstra que muitas vezes um micro-empendedor se encontra em situação de maior vulnerabilidade que um funcionário amparado por regras trabalhistas.

Ao dispor que “Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”, o § 2º, do art. 1, da LLE pondera os substratos da dignidade da pessoa humana na ordem econômica, partindo da premissa de que quanto maior o Estado, menor a margem de liberdade do cidadão. Não se quer dizer com isto que o Estado mínimo é a solução para os nossos problemas, pois como enfatiza Guido Alpa: “a ideologia do mercado torna-se

muitas vezes irrefletida, óbvia e supérflua” (ALPA, Guido. *Contratto e Mercato*. In: *Le stagioni del contratto*. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 113).

Nos termos do *caput* do art. 421, “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. As alterações inseridas na redação original da norma estabelecem normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica. O aperfeiçoamento legislativo manteve a essencialidade da função social no direito contratual, como cláusula geral de grande envergadura e com fins ainda imprecisos. A redação original do CC/02 expressava: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (CC/02)”. Dirigimos nossos encômios ao legislador por duas razões: primeiramente, pela substituição da expressão *liberdade de contratar* por *liberdade contratual*: A Liberdade de contratar é plena em uma ordem econômica pautada pela livre iniciativa. Não existem restrições ao ato de se relacionar com outro. Nada obstante, a referência à “liberdade contratual” demonstra que cláusulas autorregulatórias nascidas da autonomia privada e integradas pela boa-fé objetiva serão em casos extremos sancionadas Pelo ordenamento jurídico em seus planos de validade e eficácia, por violação a interesses dignos de proteção.

Porém, a segunda modificação é ainda mais relevante. Será que a liberdade contratual é exercida *em razão* da função social do contrato? Quem reputa a resposta como positiva, comunga da tese de que as relações negociais têm como finalidade instrumentalizar o contrato em prol das exigências maiores do ordenamento jurídico, como a justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa, a liberdade econômica, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O conteúdo do contrato deve se adequar às finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional vigente. Por essa razão, a função social do contrato legitima a liberdade contratual e a liberdade econômica. O contrato passa a ser visto como um fato social que deve voltar-se à realização de valores globais. Assim, veda-se o abuso da liberdade contratual como um ato ilícito objetivo (art. 187, do CC/02).

Não compartilhamos este raciocínio. A expressão “em razão” conformava a autonomia privada à dimensão social do contrato. Cremos que a liberdade contratual não se curva gene-

ricamente a uma função social que o negócio jurídico atenderá. O direito privado é o reduto da liberdade do indivíduo e as normas de ordem pública existem para impor limites negativos às suas iniciativas econômicas como um espaço de coerção, sempre que o exercício da liberdade dos contratantes possa causar danos às liberdades de terceiros afetados pelo contrato. Todavia, a função social não pode constranger particulares à efetivação de negócios jurídicos com fins que lhes sejam heterônomos. Quer dizer, em um Estado Democrático de Direito, com uma ordem econômica dirigida à liberdade de iniciativa, a função social não pode ser compreendida como uma transferência de liberdades privadas para um abstrato “sistema”. O contrato não “é” função social: ele é “dotado” de FS. Inexiste hierarquia que submeta a autonomia privada aos desígnios de uma coletividade, como se contratantes fossem zeladores a serviço da sociedade. Em verdade, a coletividade é um conjunto de pessoas que integra um mercado de bens e serviços e aspiram pela conciliação entre uma eficiente circulação de créditos e uma justa, previsível e segura regulamentação dos interesses que alicerçam esse mercado. As palavras sempre importam! A Redação original do art. 421 subvertia a natureza das coisas, pois criava um abismo entre a legalidade imposta e ordem espontânea. Somente em uma ordem planificada se admite que a liberdade contratual se efetive “em razão” da função social do contrato. O espaço de liberdade dos indivíduos não pode se submeter a valores metafísicos, sem cuidado com os efeitos das decisões que recaem difusamente sobre a coletividade. Considerando-se que a função social do contrato não é um dado, mas um construído, a partir da vigência das normas de sobredireito da Lei 13.874/19, as sístoles e diástoles deste modelo jurídico serão impactados, sobretudo nos contratos empresariais. A propósito, no Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial se estabeleceu que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Talvez, a atual redação do artigo 421 do CC sirva como inspiração para a doutrina refinar critérios objetivos para alcançar solução de compromisso entre as duas formas de liberdade equacionadas por Isaiah Berlin: negativa e positiva. Liberdade negativa é ausência de coerção

exercida por terceiros. É o âmbito dentro do qual não somos coagidos a agir contra a nossa própria vontade ou desejo. O conceito negativo de liberdade pressupõe que a soberania do indivíduo deva ser respeitada, porque é ela a origem da criatividade e do progresso. Para tanto, o raio de ação da autoridade deve ser mínimo, só o indispensável para evitar o caos e a desintegração social, impedindo-se assim que o indivíduo seja sufocado ou mecanizado. Enquanto a liberdade negativa tem em conta o fato de os indivíduos serem diferentes, a liberdade positiva considera sobretudo o que eles possuem de semelhante. Esta é uma noção mais social, fundamenta-se na ideia de que a possibilidade de cada pessoa decidir o seu destino está em grande medida subordinada a causas sociais, alheias a sua vontade. A liberdade contratual não significa a mesma coisa para um dono de uma empresa e um desempregado. O conceito positivo de liberdade é um apelo às noções de solidariedade e responsabilidade social. As sociedades que obtiveram um compromisso entre as 2 formas de liberdade são as que conseguiram níveis de vida menos injustos. Em suma, há um Equilíbrio precário entre as duas formas de liberdade, pois “as liberdades negativa e positiva não são 2 interpretações de 1 conceito, mas algo mais: “duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis sobre os fins da vida humana” (BERLIN, Isaiah. *Two concepts of freedom*. In: BERLIN, Isaiah. *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1979).

Fundamental é desvendar de que forma a cláusula geral da função social do contrato tem sido densificada no direito brasileiro. Indubitavelmente, ela consiste em uma das facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. Superou-se a visão clássica, na qual o negócio jurídico era analisado de forma neutra, preocupando-se com a identificação dos contratantes e do objeto do contrato. Fazia-se suficiente que a relação obrigacional atendessem as regras de capacidade dos intervenientes, a licitude e a possibilidade da prestação. A teoria contratual era indiferente às razões do negócio, o porquê ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica era anticausalista. Felizmente, essa dogmática restou superada pelas diretrizes adoradas pela lei civil de 2002. O direito privado passa a englobar a

noção de causa. Cumpre precisar as extremas da funcionalização da liberdade contratual.

Registre-se que há um certo consenso com relação a uma dicotomia entre função social interna e externa. No campo intersubjetivo, a função social persegue o equilíbrio dos contratos, uma maior igualdade entre os contratantes. Evita que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culmine por instrumentalizá-lo ou, como intuiu Kant, converta a pessoa – que é um fim em si – em meio para fins alheios. O Conselho de Justiça Federal, reconhece a função social interna no Enunciado n. 360: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”. Podemos ilustrar com um contrato de cessão de direito de imagem, no qual o cedente autoriza a exibição de cenas que ofendam à sua própria honra. No fundo, cuida-se de discussão sobre a possibilidade de autocontenção de situações existenciais pela via de um negócio jurídico. Por isto, julgamos que a referida função social pode ser encontrada na parte final do Enunciado n. 23 do Conselho de Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo CC, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

A função social externa representaria o reflexo da relação contratual perante a sociedade, promovendo a confiança nas relações sociais. Neste diapasão, dispõe o I Enunciado n. 26 da I Jornada de Direito Comercial que “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”. Com efeito, a danosidade social é presumida quando um contrato interempresarial resulta em oligopólio conforme constata o CADE, viola normas ambientais, ou gera transferência de tecnologia em contraste com normas do INPI. O próprio art. 3º da LLE ponderou em abstrato a liberdade de iniciativa com a tutela ambiental ao enunciar que “São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado

o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: II – desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas: a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público”. Igualmente pernicioso à função social são deliberações societárias que atendem *shareholders* e ofendem *stakeholders*. A função social coloca em xeque a supremacia dos acionistas”, ou seja, a visão de que o único propósito da empresa seria trazer lucros para os seus sócios ou acionistas, sem levar em consideração o interesse de quaisquer outros indivíduos. O fato é que nem sempre um lado prevalecerá sobre o outro e que a proteção da atividade econômica deve levar em consideração todas as faces do princípio da função social da empresa no caso concreto.

Ainda no que tange à função social externa do contrato, pode-se cogitar de uma eficácia transobjetiva dos contratos. Nesse sentido, a redação do Enunciado n. 21 do CJF: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo CC, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Visualiza-se, assim, a diretriz da operabilidade, contextualizando o contrato à sociedade que o tangencia. Abre-se uma nova visão do mito da relatividade contratual em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais. Mesmo diante de sua relatividade – pois as obrigações negociais se dirigem reciprocamente às partes –, os contratos produzem oponibilidade perante terceiros, acarretando um dever de abstenção, no sentido de que a sociedade não pode afetar uma relação obrigacional em andamento, nem ser afetada negativamente por ela.

A aplicação do princípio da função social com relação ao chamado “terceiro ofendido”, fere aquele grupo de situações em que o ato de autonomia negocial é positivo para as partes, sem prejudicar interesses metaindividuais, mas acaba por vitimar um terceiro, completamente estranho ao negócio jurídico. Podemos exemplificar com a súmula 308 do STJ: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes

do imóvel.” A súmula foi inspirada em uma série de julgamentos envolvendo contratos de promessa de compra e venda em incorporações imobiliárias. Os promitentes compradores efetuavam o pagamento integral do preço, mas a incorporadora não cumpria com a sua obrigação de quitar a garantia hipotecária estabelecida com a instituição financiadora (mutuante) do empreendimento. Ocorre que, não obstante a quitação, os compradores não obtiveram liberação do gravame por problemas de inadimplência da construtora perante a instituição financeira. Se aplicássemos ao caso as lições legadas do direito romano, certamente os promitentes compradores teriam de quitar o financiamento perante o banco, haja vista que a hipoteca produz efeitos *erga omnes*, tendo aqueles ciência do gravame real quando da assinatura do contrato preliminar. Ademais, a hipoteca estaria devidamente registrada no RGI, permanecendo o ônus até que extinta a dívida que lhe deu origem. Nada obstante, os promitentes compradores foram bem-sucedidos em suas ações de tutela específica de obrigação de fazer – outorga de escritura e cancelamento do gravame hipotecário. Com efeito, o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas os adquirentes são os terceiros ofendidos que não tinham ciência da ausência de repasses ao banco dos valores que pagavam à incorporadora. A instituição financiadora fica limitada a receber destas pessoas o pagamento das suas prestações, porém, os adquirentes não assumem qualquer responsabilidade de pagar duas dívidas: a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. A par da evidente constatação da hipossuficiência dos promitentes compradores, não tendo condições de apreciar o risco do negócio jurídico, certamente competiria à instituição credora fiscalizar o repasse das quantias, adotando as medidas pertinentes no momento adequado. A *supressio* se evidencia quando o titular de um direito subjetivo negligencia o seu exercício e, tardiamente, o exige em face de quem agiu de acordo com legítimas expectativas de confiança sobre a quitação do preço. Acresça-se que o mesmo raciocínio aplicável ao contrato de hipoteca, estende-se ao difundido contrato de alienação fiduciária. A recusa do banco em substituir a garantia dada pela incorporadora em contrato de financiamento imobiliário, mesmo após a ciência

de que a unidade habitacional se encontrava quitada, viola os deveres contratuais da informação e cooperação, tornando ineficaz o gravame perante o adquirente (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1576164 3.T, 21.6.2019).

Em simetria, a função social do contrato também autoriza a configuração do modelo jurídico do “terceiro ofensor”. Da mesma forma que um terceiro está protegido de contratos que possam vir a lhe prejudicar, os contratantes também estão protegidos da conduta de terceiros que possam prejudicar o vínculo. Aqui também impacta a distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e a sua oponibilidade: “O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)” (NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 265). Percebe-se não se tratar de extensão de eficácia contratual aos terceiros, mas de oponibilidade geral, que exigirá da coletividade um dever de *neminem laedere*, por imposição de solidariedade nas relações entre contratantes e sociedades. Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, quanto aos deveres de conduta, a complexidade de qualquer obrigação exige que no processamento da relação jurídica as partes não possam lesar a sociedade ou por elas serem lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais. O terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, pois, o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal

desempenho da prestação pelas partes. Para o que nos interessa, a tendência ao fortalecimento da autonomia privada pode ser complementada com uma análise da função social do contrato pela qual a violação ao dever anexo de proteção não seja restrita à boa-fé objetiva no âmbito interno dos contratantes, mas seja igualmente visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional em curso, mediante a realização de um segundo contrato – incompatível com o primeiro, frustrando as finalidades do credor por propiciar o inadimplemento e a consequente destruição da obrigação inicial.

Em 2022 o STJ decidiu que “Terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta”. Segundo a decisão, a responsabilização de um terceiro, alheio à relação contratual, decorre da sua não funcionalização sob a perspectiva social da autonomia contratual, incorporando como razão prática a confiança e o desenvolvimento social na conduta daqueles que exercem sua liberdade. O terceiro não pode se associar a uma das partes para descumprir com a obrigação. Nesse caso, seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação. Uma das hipóteses em que a conduta condenável do terceiro pode gerar sua responsabilização é a indução interferente ilícita, na qual o terceiro imiscui-se na relação contratual mediante informações ou conselhos com o intuito de estimular uma das partes a não cumprir seus deveres contratuais. De outro lado, nota-se que esse entendimento tem sido aplicado para se reconhecer a responsabilidade do terceiro em relação a danos materiais causados aos contratantes em razão de seu comportamento, mas esse raciocínio é plenamente aplicável aos casos em que o proceder do terceiro configure danos extrapatrimoniais. Em face dessas premissas, constata-se que o caso concreto configura uma hipótese em que o terceiro ofensor causou lesão a um interesse existencial do atleta. Conforme o quadro fático delineado, ao enviar correspondência à patrocinadora do jogador de futebol, fez-se expressa menção a uma denúncia criminal oferecida perante a Justiça da Espanha, mas sem se limitar à mera reprodução dos fatos

narrados na acusação criminal, tendo emitido juízo de valor sobre as circunstâncias e adjetivado a conduta do atleta como mentirosa, fraudulenta e desonesta. A conduta não pode ser caracterizada como exercício de sua liberdade de expressão, porquanto este direito constitucional compreende a autonomia de receber e transmitir informações ou ideias sem uma validação ou censura prévias por terceiros, mas encontra limites nos demais direitos fundamentais individuais. Por conseguinte, não configura ato ilícito a notícia de fatos verossímeis mediante opiniões severas ou irônicas, sobretudo quando se tratar de figuras públicas, o que, todavia, não justifica o ataque pessoal à vítima. Não se descarta, também, de que o vínculo contratual entre atleta e patrocinadora não se rompeu após a emissão da carta, o que, contudo, não afasta a pretensão indenizatória do autor, pois, caso o contrato viesse a ser rescindido em decorrência da conduta da recorrente, a indenização abrangeria não apenas aquela decorrente dos danos morais, mas também a relativa aos danos patrimoniais por ele suportados (Processo sob sigilo de justiça, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.T, DJE 29/4/2022).

Qual é a sanção adequada à ruptura da função social de um contrato? Em casos extremos, o negócio jurídico deve ser invalidado por nulidade, uma vez ofendida norma de ordem pública, nos termos do parágrafo único do art. 2.035, do CC/02, se a ofensa ocorrer na origem da relação contratual. De toda sorte, deve-se buscar prestigiar o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sempre que possível, restringindo a sanção ao plano da ineficácia da cláusula ofensiva à função social, mantendo-se a relação jurídica no restante. É o que se pode depreender da própria redação do art. 421, do CC/02, que se refere à relação entre a função social e o *exercício* (e não a validade) da liberdade contratual. Caso a violação à função social ocorrer em momento diverso do da origem do contrato, também deve-se aplicar o mesmo entendimento. Nesse sentido, observa-se o Enunciado n. 22 do Conselho de Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo CC, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

No contexto da COVID-19, uma última derivação do princípio da função social do contrato

encontra maior evidência. Cuida-se da figura da *frustração do fim contrato*. Situações em que a despeito da permanência da viabilidade do cumprimento, a performance se torna algo radicalmente diversa da causa concreta do contrato. “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil” (Enunciado 166 do Conselho de Justiça Federal). Trata-se de hipótese de impossibilidade objetiva total e superveniente da prestação na qual não há propriamente um fato do príncipe – atos normativos que suspendam ou proíbam uma atividade e inviabilizem o cumprimento de uma prestação – mas que, a despeito de formalmente viável em seu sentido literal, o evento superveniente converte a prestação em algo radicalmente diferente, que, caso cumprida, seria algo completamente diferente do que fora originariamente previsto pelas partes. Ilustrativamente, uma conferência cancelada em razão de normas que impedem aglomerações em razão da pandemia pode justificar a frustração do fim do contrato de locação do espaço, se esse contrato foi concebido por ambas as partes tendo como causa concreta o evento cancelado. Vale dizer, conforme a alteração das circunstâncias uma prestação pode se tornar impossível (força maior – art. 393, CC), extremamente dificultada (onerosidade excessiva – art. 478, CC) ou inútil (frustração do fim do contrato – art. 421, CC).

A teor do parágrafo único do art. 421, “Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Dividiremos o exame da regra em duas partes. Ao determinar que a intervenção mínima prevalecerá nas relações contratuais privadas, a norma vincula Legislativo, Executivo e Judiciário à primazia da autonomia privada no âmbito das relações interindividuais e interempresariais. O legislador parte da premissa que a eficácia horizontal de direitos fundamentais nas relações privadas somente se justificará como contenção do âmbito de liberdade dos contratantes quando presente uma assimetria substancial entre as partes, apenas verificada nas relações de consumo, porém inexistente nos pactos estabelecidos entre os quase-iguais (contratos civis) e os iguais (contratos empresariais). Ou seja, quando não se identifica em um dos polos da relação contratual

a figura do consumidor – destinatário final de um produto ou serviço –, há de se prestigiar a liberdade contratual, a intangibilidade do pactuado e a relatividade do conteúdo negocial (infensa à terceiros), com espaço reduzido para as emanações do princípio constitucional da solidariedade, quais sejam: a incidência da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual. Neste sentido, dispõe o Enunciado n. 29 da I Jornada de Direito Comercial que: “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”. A mitigação do alcance dos aludidos princípios contratuais como contenção dos excessos da autonomia privada é claramente percebida na redação do § 2º do art. 113, ao dispor que “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. Ou seja, pretendeu-se excluir do conceito de “norma de ordem pública” os cânones hermenêuticos da boa-fé objetiva, eis que os contratantes poderão expressamente indicar formas diversas de interpretação da avença. Nesse contexto, menciona-se o entendimento fixado pelo STJ, no Informativo 15 (Edição Extraordinária), de 23 de janeiro de 2024, de que “não se mostra arbitrária ou discriminatória a exclusão, dos quadros da cooperativa, de médico cooperado que fundou nova cooperativa médica para operar no mesmo campo econômico da anterior, gerando evidente conflito de interesses.” Afinal, ainda que, de acordo com princípio das portas abertas, que rege o sistema cooperativo, não possam existir restrições arbitrárias e discriminatórias à livre entrada de novos membros nas cooperativas, a livre adesão de cooperados não pode ser compreendida como princípio absoluto, mormente diante da necessidade de que a cooperativa defenda seus interesses legítimos, zelando não só pela qualidade do atendimento, mas também por sua saúde financeira e conseqüente sobrevivência no mercado do ramo de planos de saúde, sendo, por essa razão, legítimas as cláusulas estatutárias que visem evitar situações de conflitos de interesses que possam prejudicar o desempenho de sua atividade econômica (REsp 1.311.662-RJ, Rel.

Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 12/9/2023, DJe 21/9/2023).

Em sentido complementar, podemos dizer que o princípio da intervenção mínima particulariza o art. 2º da LLE Para o direito civil. Quando o art. 2º da Lei n. 13.874/19 enuncia a sua principiologia, inclui no inciso. III “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”. Ao constranger a atuação estatal desmedida nas relações privadas o legislador evita a exigência de autorizações imotivadas para a realização de atividades econômicas e dos contratos que lhe dão amparo, bem como ao dever de proporcionalidade do legislador ao mitigar a liberdade de iniciativa. A norma não se dirige apenas aos poderes executivo e legislativo, pois também tutela os contratantes perante uma excessiva intervenção judicial, que comprometa a segurança jurídica.

Não há dúvidas que existem espaços da economia que exigem uma desregulamentação, sobremodo pelo fator de insegurança consequente à forma heterodoxa com que, por vezes, juízes e tribunais aplicam os deveres anexos da boa-fé, a teoria do abuso do direito, a eficácia externa dos contratos e a teoria da imprevisão. Contudo, quando se decide pela incidência preferencial de um princípio da “intervenção mínima”, o legislador negligencia que no amplo território das “relações contratuais privadas” existem assimetrias que – se não justificam a criação de um estatuto contratual diverso como o CDC – merecem atenção especial do ordenamento jurídico e exigem atuação estatal sobremodo quanto aos *standards* de aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de litígios privados, levando-se sempre em consideração uma análise tópica voltada às peculiaridades de cada caso concreto. Aqui sugerimos três critérios objetivos: a) o grau de desigualdade fática entre as partes. A assimetria de poder numa relação aparentemente privada tende a comprometer o exercício da autonomia da parte mais fraca. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada; b) a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito

ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela ao direito fundamental contraposto; c) nas relações patrimoniais a proteção da autonomia privada será maior quando estiverem em jogo bens considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade da pessoa.

A segunda parte do parágrafo único, acrescenta a excepcionalidade da revisão contratual (inc. III). Até o advento da LLE não havia norma geral com previsão de revisão de contratos, mesmo em situações excepcionais: a possibilidade de modificação dos efeitos dos contratos somente era admitida nas hipóteses dos artigos 157, parágrafo 2º, 317, 478 ou 479 do CC. Nenhum desses casos é propriamente uma hipótese de revisão geral dos contratos. Outras disposições sobre empreitada (artigo 620 do CC), locação (artigo 19 da Lei 8.245/1991), indicam hipóteses concretas e específicas. A norma de maior generalidade no sistema brasileiro é o dispositivo do art. 317 do CC, que funciona como mecanismo de revisão da prestação nas hipóteses de alterações supervenientes das circunstâncias, quando uma prestação se torna excessivamente onerosa para uma das partes, o que consequentemente afeta o contrato e justifica sua revisão.

Em um cenário de pandemia, a noção genérica de excepcionalidade da revisão de contratos interempresariais e intercivis abre o questionamento sobre a possibilidade de revisão dos contratos em hipóteses excepcionais ou quando atendidos os requisitos de alguma das teorias tais como “teoria da imprevisão”, “teoria da quebra da base objetiva” ou a “teoria da onerosidade excessiva”, tendo em vista que não há circunstância mais extraordinária e excepcional do que o surto de coronavírus. Não bastasse a situação fática de isolamento social considerado como necessário para evitar a proliferação do vírus, há uma miríade de atos normativos federais, estaduais e municipais restringindo o comércio, a circulação, o transporte de pessoas, entre outras limitações, cujos efeitos sobre os contratos são evidentes. As situações vividas por conta da suspensão do transporte de pessoas ou fechamento temporário de shoppings centers certamente levará a necessária alteração dos ajustes contratuais, tendo em vista fatos extraordinários, muitos inevitáveis e também imprevisíveis. A maior parte dos ca-

sos será ajustada entre as partes que cientes da gravidade da situação encontrarão alternativas adequadas e consensuais. Entretanto, haverá tantas outras que exigirão uma solução jurídica heterocompositiva para evento de magnitude como o que estamos passando. A parte final deste parágrafo único, como enfatiza Gerson Branco, detém conteúdo genérico, porém não pode ser considerado unicamente programático, tendo em vista que o sistema do código acolhe hipóteses de tangibilidade contratual, assim como a tradição do Direito Privado nunca descurou da possibilidade de revisão das condições contratuais em situações extremas, seja pela presença de cláusulas abusivas e do esforço de integração e interpreta-

ção do contrato, seja pela alteração superveniente das circunstâncias, que devem prover as linhas para a interpretação e consolidação dessa nova norma, especialmente pertinente diante da grande crise na qual estamos submersos. Caberá agora à nossa doutrina completar o trabalho e enfrentar as inúmeras situações decorrentes da pandemia, que provocarão importantes alterações na “vida de relação” (na expressão cunhada por Emílio Betti), compreendida não somente em sua dimensão econômica, mas fundamentalmente ética e social. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos, Função social dos contratos, lei da liberdade econômica e o coronavírus, extraído em 6.7.2020 de www.conjur.com.br).

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada (incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

O dispositivo Incluído pela Lei n. 13.874/19 estabelece importante distinção entre contratos civis e empresariais, aparentemente em descompasso com o que pretendeu o legislador de 2002 que buscou unificar as relações civis e empresariais, porém com exclusão de regulação das relações consumeristas. Enquanto o Código Civil de 1916 se servia de um conceito abstrato de “sujeito de direito” para exprimir uma teoria contratual forjada na igualdade formal ente contratantes que realizavam contratos paritários, o Código Reale abdicou do viés universalizante e, perfilhando-se ao art. 5º, XXXII, tratou de reger as relações civis e empresariais, relegando a análise das relações de consumo ao CDC. Contudo, a nova redação do art. 421-A inaugura um novo capítulo no fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica, autonomizando os contratos intercivis dos empresariais. Nas relações contratuais, as qualificações de civis, consumidores ou empresários são estatutárias e relacionais, pois, exemplificativamente, só poderá ser tratado como consumidor

quem estiver situado em determinada relação (relação de consumo) e numa determinada posição (*status*), conforme as circunstâncias do caso. Todos somos pessoas em qualquer circunstância, mas em cada contrato serão as circunstâncias que constituirão o filtro pelo qual serão sopesados os princípios e as regras contratuais, em consonância com os papéis sociais desempenhados pelos sujeitos contratantes. Após invocar o diálogo de fontes de Eric Jayme como forma de expressar a necessidade de uma aplicação das leis de direito privado coexistentes no ordenamento brasileiro, Cláudia Lima Marques ensina que a construção de um direito privado depende do grau de domínio dos aplicadores do direito sobre o sistema de coexistência do direito civil, do empresarial e do consumidor, “pois a reconstrução do direito privado brasileiro identificou três sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor” (O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos, p. 55). Isso significa que o Código de 2002 disciplina as relações intercivis e interempresariais (entre

iguais ou quase iguais), mas abdica de cuidar das relações entre consumidores e fornecedores (desiguais), incidindo microssistema legislativo específico para tanto, o Código de Defesa do Consumidor. Todavia, o status de cada um desses personagens é essencialmente dinâmico. Aquele sujeito de direito que, em determinada relação obrigacional, desempenha o papel de empresário, poderá atuar como civil em outro contrato, nada impedindo que, em algum momento, se identifique como consumidor. O mesmo tipo contratual ensejará aplicação de normas distintas, conforme a mutação subjetiva e finalística da hipótese de incidência. Quer dizer, a igualdade ou a diferença serão contextualizadas, de acordo com o papel a ser desempenhado pelo agente econômico comparativamente ao outro agente econômico de determinada relação jurídica. Um contrato de compra e venda será civil, empresarial ou de consumo conforme a posição que se encontre naquela obrigação específica. Três protagonistas que culminam por imprimir uma divisão entre um direito civil geral (a teoria geral das obrigações) e dois direitos especiais, o direito empresarial e o direito do consumidor. Em comum, o fato de que a constitucionalização do direito privado abarca os três modelos legislativos. A Constituição Federal direciona o sistema jurídico de forma holística; o Código Civil ocupa o posto de centralidade do direito privado e o microssistema consumerista atua de forma especial, podendo se servir do Código Civil em caráter de complementaridade.

Nesta linha, decidiu o STJ que - Informativo nº 768. 28 de março de 2023: “De acordo com a teoria do diálogo das fontes, as fontes normativas, que hoje são plurais e, em muitos casos, convergentes, no lugar de apenas se excluírem mutuamente, devem também, frequentemente, dialogar entre si, cabendo ao aplicador do Direito coordená-las. Considerando especificamente a relação existente entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, o diálogo se dá, nesse caso específico, sob a forma de coordenação e de adaptação sistemática. No entanto, esse diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor apenas ocorre quando, de um lado, as normas consumeristas reforçam a proteção ao mercado concorrencial, ou quando, de outro lado, as normas concorrenciais somam esforços

na proteção do consumidor” (REsp 1.866.232-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/3/2023).

No tocante às relações de consumo, “Ao estabelecer as normas destinadas à proteção contratual do consumidor, o legislador não revogou a liberdade contratual, impondo-se apenas uma maior atenção ao equilíbrio entre as partes, numa relação naturalmente desequilibrada. A proteção contratual não é, portanto, sinônimo de impossibilidade absoluta de cláusulas restritivas de direito, mas de imposição de razoabilidade e proporcionalidade, sempre se tomando em consideração a natureza do serviço ou produto contratado” (STJ, Informativo 651, 2 de agosto de 2019, REsp 1.778.574-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.T, DJe 28/06/2019). Ou seja, quando tratamos do chamado “direito à diferença”, para muitos uma quarta geração de direitos fundamentais, a intrínseca vulnerabilidade do consumidor e a assimetria relacional impactam em normas que evitam o Tratamento discriminatório daquele que adquire bens ou serviços no mercado, mas jamais suprime a autonomia privada, princípio basilar do direito civil. A defesa do consumidor se encontra no mesmo patamar constitucional da tutela da propriedade e da livre concorrência (art. 170, CF), qualquer hipótese de tensão entre os princípios será sujeita à otimização pela técnica da ponderação.

E os contratos empresariais? Pode-se dizer que o seu traço distintivo se encontra em requisitos subjetivos e objetivos: é aquele celebrado entre empresários (individuais/sociedades empresárias), no exercício da atividade empresária, ou seja, uma atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

A distinção entre contratos civis e empresariais já é conhecida pela doutrina. A *mens legis* do dispositivo em comento já fora antecipada por dois enunciados do CJF. O primeiro deles é o n. 25 da I Jornada de Direito Comercial: “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”. O segundo o n. 439 da V Jornada de Direito Civil: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta

a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”.

Se fizemos questão de ressaltar as distinções entre contratos empresariais e civis, por qual razão eles figuram juntos no *caput*? Isto se explica pelo fato de que existem similitudes. Em regra, ambos se qualificam como contratos de lucro. Tanto empresários como civis contratam com a intenção comum de obter benefícios econômicos. Isto é autoevidente nos contratos interempresariais, mas também é corriqueiro em contratos entre um não-empresário e um empresário ou entre dois não-empresários (v.g. mútuo feneratício, art. 591 CC).

Como síntese, podemos dizer que o contrato contemporâneo é um ponto de encontro entre direitos fundamentais. A gradação da autonomia privada irá oscilar conforme a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Portanto, a intensidade da intervenção dos princípios da igualdade material e solidariedade no âmbito conferido primariamente à liberdade dos particulares, por intermédio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual, dependerá de estarmos diante de contratos empresariais (autonomia privada forte), civis (autonomia privada média) ou consumeristas/massificados/adesão/administrativos/mercados regulados (autonomia privada fraca).

Adiante, a teor do *caput* do art. 421-A, institui-se presunção relativa de paridade e simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais. *Paritário* é o contrato personalizado e negociado, sendo que na fase pré-contratual há diálogo sobre conteúdo entre sujeitos que o redigem. Por sua vez, *simétrico* é o contrato no qual o processo de negociação e execução se dá sem preponderância de uma das partes. Em princípio, não se pressupõe assimetria ou vulnerabilidade, presumindo-se que as partes dispõem dos mesmos poderes de negociação. Entretanto, na prática, é comum, mesmo que no âmbito empresarial, o desequilíbrio entre as partes. Ou seja, a presunção em comento é relativa e cede quando houver dependência econômica de uma das partes. Isto é, no direito empresarial eventual assimetria não deriva de uma vulnerabilidade congênita, mas da episódica constatação de uma dependência

empresarial, visualizada quando um dos contratantes possui supremacia com possibilidade de impor as condições contratuais em um cenário no qual uma das empresas organizará as suas atividades segundo as diretrizes emanadas pelo outro empresário. Trata-se de um dado da experiência não incomum em contratos de colaboração, franquia e representação. Na situação de dependência econômica afloram cláusulas potestativas que conduzem ao enriquecimento injustificado e ao abuso do direito. Por essa razão, se existe discrepância de força econômica entre as partes, a tendência é que a mais forte redija as cláusulas do contrato de adesão. Neste caso, uma das partes imporá o conteúdo contratual, sujeitando a outra a previsões abusivas. Elementos concretos revelam a assimetria por circunstâncias negociais. Na Análise Econômica do Direito, cogita-se do “Efeito de aprisionamento” (*lock-in effect*). Hipóteses em que os altos custos de saída da relação contratual, mantém um dos contraentes atado ao vínculo em evidente lesão ao princípio da boa-fé objetiva, também presente nas relações interempresariais, mesmo que de forma menos intensa que nos contratos civis.

A quebra da presunção de paridade e simetria não apenas exsurge em cenários de dependência econômica. Quando saímos do padrão empresarial e civil dos contratos de lucro e migramos para os contratos existenciais, a qualificação jurídica se altera. O que caracteriza o contrato existencial não é a ausência do intuito de lucro, mas o fato de que o interesse primário de uma das partes é de caráter extrapatrimonial e se vincula ao acesso a um bem essencial à subsistência, mesmo com origem em uma prestação patrimonial. Se em relações de consumo, proliferam contratos existenciais, como de educação, energia elétrica e planos de saúde (STJ, REsp 1.330.919-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T, 2/8/2016), temos que lembrar que eles também figuram em relações intercivis como em contratos de locação ou compra e venda de imóvel para moradia. A necessidade de contratar – ínsita aos contratos existenciais – não se confunde com a vulnerabilidade das relações de consumo, porém, em comum, cuida-se de hipóteses em que a autonomia privada será conformada com mais intensidade aos princípios sociais contratuais.

Relativamente aos três incisos do art. 421-A, a autonomia privada viabiliza que, em contratos

paritários interempresariais e intercivis, os contratantes envidem uma *gestão de riscos*, precavendo-se contra eventuais vicissitudes ao longo do *iter* obrigacional, estabelecendo a equação econômica que fundamenta a corresponsabilidade do contrato. A Lei n.13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica) revigorou a autodeterminação em termos de primazia de soluções consensuais em detrimento da heteronomia judicial, valorizando a alocação de riscos. Seguindo a noção de *Enzo Roppo* do contrato como vestimenta das operações econômicas, o art. 421-A captura um redimensionamento do sentido de contrato, que não mais se exaure no negócio jurídico bilateral que lhe deu origem, convertendo-se em uma “atividade contratual”, realidade em permanente construção. Assim, é lícito às partes a delimitação consensual das esferas de responsabilidade para que possam se precaver contra eventuais vicissitudes. O contrato passa a ser tido como um instrumento jurídico posto à disposição das partes para a alocação de riscos economicamente previsíveis, para hoje e para o futuro. Com a gestão de riscos, as partes convertem a causa abstrata do contrato em uma causa concreta. Assim, mal ou bem gerido, o risco superveniente não ensejará intervenção externa sobre o que se convencionou. Diversamente da causa abstrata, consiste a causa concreta no objetivo prático visado pelas partes quando da celebração do negócio jurídico sendo este um fim a que se dirige dado negócio jurídico específico. Esse fim é imantado pelo que se pode denominar de função econômica do contrato, ou seja, quais os contributos econômicos que as partes razoavelmente podem esperar como advindos da relação negocial celebrada. A definição desse fim econômico prático que integra a causa concreta é correlata ao exercício da liberdade econômica.

Aliás, de acordo com o Enunciado 649 da IX Jornada de Direito Civil do CJP: O art. 421-A, inc. I, confere às partes a possibilidade de estabelecerem critérios para a redução da cláusula penal, desde que não seja afastada a incidência do art. 413.

Ao comentarmos o art. 478, trataremos do impacto da gestão de riscos sobre o fenômeno da alteração das circunstâncias por onerosidade excessiva. Contudo, já adiantamos que, ao facultar às partes negociantes a criação de pressupostos de revisão ou de resolução contratual (Inc. I) e determinar que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada (inc. II), o art. 421-A sinaliza que no âmbito dos contratos civis e empresariais, o artigo 478 do Código Civil se coloca como regra subsidiária, apenas aplicável nos casos em que não houver uma gestão de riscos ou para os eventos supervenientes que extrapolem a álea, ingressando no terreno da “imprevisibilidade”. Em sintonia, o Enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Comercial, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em março de 2013 enfatiza que: “em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual”.

Excepcione-se tão somente às hipóteses de dependência no contexto empresarial. Como já observado, mesmo no entorno das relações empresariais é possível a existência de discrepância de poder econômico e técnico entre as partes. É corriqueira a contratação pela técnica de adesão em contratos de franquia ou *shopping center*. Assim, possibilitar a inserção de cláusulas com critérios objetivos de revisão ou resolução do contrato pode intensificar eventual desequilíbrio entre as partes contratantes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O CC/02 tem como três grandes paradigmas a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Destacamos aqui a eticidade, podendo ser conceituada como uma forma de comportamento desejável em determinado contexto espacial e temporal. A boa-fé objetiva é uma das formas de explicitação da diretriz da eticidade, atuando como parâmetro

objetivo para direcionar os contratantes na aferição das condutas honestas e leais que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. A boa-fé objetiva é uma boa-fé normativa e, por abranger a tutela de legítimas expectativas de confiança, poder-se-ia mesmo se cogitar de uma superpo-

sição, considerando-se a boa-fé como “confiança objetivada”, no qual a confiança não se reduz a um estado de fato, porém crença efetiva em que o proceder recíproco não lesará as legítimas expectativas de confiança quanto ao agir, antes, durante ou depois do exaurimento das obrigações negociais. Cuida-se de verdadeiro *standard* jurídico, ou regra de comportamento. Por meio deste princípio, o comportamento das partes negociais deve estar de acordo com determinados padrões sociais de lisura e correção, de modo a visualizar no outro contratante um idêntico titular de direitos fundamentais, e não um antagonista. Percebe-se então uma atuação refletida, refletindo no outro, o parceiro. Em conclusão, a boa-fé é um arquétipo, no qual cada contratante ajusta a sua conduta a um determinado modelo objetivo de comportamento. A conduta esperada é a devida. Ao contrário do que se cogita a um primeiro olhar, a boa-fé fortalece a autonomia privada, pois estabiliza expectativas de comportamento, o que fortalece a segurança jurídica. A boa-fé, sob o pálio da confiança legítima, é fundamento para a força obrigatória dos contratos, ao lado do valor jurídico da promessa. Consequentemente, o negócio jurídico se solidifica como espaço de cooperação e respeito.

Portanto, a boa-fé atua, simultaneamente, como (I) modelo jurídico pois dela decorrem distintas figuras e manifestações, é ainda um (II) modelo de comportamento, pelo qual as partes na relação obrigacional ajustam suas condutas àquilo que comumente acontece em certo campo do tráfego jurídico e, finalmente atua como (III) princípio e cláusula geral, indicando um estado ideal de coisas, com alto grau de vagueza semântica, exigindo critérios de concretização por parte da doutrina e dos tribunais.

Não se confunde com a tradicional boa-fé subjetiva, um estado psicológico em que alguém possui a crença de ser titular de um direito que, em verdade, só existe na aparência. Na boa-fé psicológica o indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. Apesar de não ser um princípio, a boa-fé subjetiva é considerada pelo legislador em várias passagens, ilustrativamente, nos artigos 1.201, 1.214 e 1.219 e 1.561, do CC/02. A boa-fé subjetiva é uma “boa-fé Fato”, estado anímico de desconhecimento de violação de situações jurídicas alheias, não sindicável por

natureza. Isto é, com base em dados empíricos se presume a boa-fé subjetiva, para se confiar na plausibilidade de uma determinada situação. Enfim, a tutela da aparência em prol de quem tem crença de respeitar um direito não é um princípio ou regra, porém elemento do suporte fático de uma regra. Por isto a boa-fé subjetiva é casuística e possui aplicação restrita. Na maior parte dos casos é irrelevante: ninguém se furta ao cumprimento de regras alegando *animus* ou ignorância de deveres. Mais recentemente, a boa-fé subjetiva restou materializada no Art. 3., V, da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19). Na Declaração de direitos da liberdade econômica, se diz que é direito de toda pessoa, natural ou jurídica, “gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica”. Uma presunção legal é uma regra cujo conteúdo estabelece efeitos quando da presença de determinada situação. Este é o senso comum, pois quem alega a má-fé assume o ônus quanto à sua prova, através de elementos fáticos

De toda sorte, as modalidades objetiva e subjetiva da boa-fé não são excludentes, nem necessariamente cumulativas. Um contratante pode estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva). A distinção é fundamental, pois a boa-fé objetiva é examinada externamente. Investiga-se a correção da conduta do indivíduo, independentemente de sua convicção. Enquanto isso, à boa-fé subjetiva corresponde à má-fé. O agir humano despido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Assim como no qual no direito penal, irrelevante é a cogitação do agente. Citamos o famoso exemplo do caso do cantor Zeca Pagodinho, que rompeu contrato em andamento com a empresa A e se vinculou à empresa B, sua concorrente. Some-se a isto a utilização de slogan, em sua nova propaganda, que fazia menção, de forma depreciativa, ainda que sutil, à outra marca de cerveja, mediante os dizeres “fui provar outro sabor, eu sei, mas não largo meu amor, voltei.” Embora tenha alegado que não sabia do seu compromisso de exclusividade com a empresa” (eventual presença de boa-fé subjetiva), houve flagrante quebra do princípio da boa-fé objetiva (TJSP, AP. Cível n 9112793-79.2007.8.26.000, Rel. Des, Mônaco da Silva).

A boa-fé objetiva tem três principais pressupostos. O primeiro, refere-se a uma relação

jurídica que ligue duas pessoas, sobre as quais recaí deveres especiais mútuos de conduta. O segundo, liga-se aos padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*. Por fim, o terceiro, relaciona-se à reunião de condições suficientes para criar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado. O princípio da boa-fé correlaciona-se com a promoção do valor constitucional do solidarismo, pois há interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão. Ressalte-se que a boa-fé não pode ser tratada de forma intuicionista, pois não é “sentimento jurídico”, segundo um “critério de equidade”. A boa-fé distingue-se das noções de equidade e bons costumes. O princípio da boa-fé é justificado sistematicamente, sendo capaz de enunciar comportamentos concretos. Já a equidade não se baseia em regras técnicas e instrumentais, recorrendo a “sentimentos jurídicos”, tratando-se de um princípio que permite ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito da ideia de justiça. Observa-se que requisitos da boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervêm na relação jurídica concreta. Enquanto isso, os bons costumes referem-se a algo situado fora do direito e limitado à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, eles não prescrevem comportamentos, mas proscrevem condutas ofensivas à moral média. Logo, nem toda violação à boa-fé é contrária aos bons costumes, mas a recíproca não é verdadeira, pois toda conduta imoral representa uma ofensa à boa-fé. A análise da boa-fé no caso concreto deve afastar todo e qualquer aspecto subjetivo. Perquirem-se os aspectos objetivos, indagando-se: qual seria a conduta confiável e leal conforme os padrões culturais incidentes no tempo e no lugar, tendo em vista as peculiaridades das partes envolvidas e do objeto daquele contrato? Com base nessa contextualização, examina-se se os contratantes observaram ou não o padrão esperado. Assim, a boa-fé objetiva norteia o conteúdo geral da colaboração intersubjetiva.

Didaticamente, a boa-fé tem sido sistematizada em três setores operativos que que elucidam sua multifuncionalidade: a) função interpretativa; b) função de controle; e c) função integrativa. No plano hermenêutico da otimização do

comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113, do CC/02 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado perseguirá o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. Remetemos o leitor aos comentários dos artigos 112 e 113 para um exame aprofundado dos momentos interpretativo e integrativo do negócio jurídico, com os importantes impactos advindos da vigência da LLE (Lei n. 13.874/19).

Quanto à função de controle ou função de limite do exercício de direitos subjetivos, o art. 187, do CC/02, dispõe que comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, enquadrando-se na figura do abuso de direito. O princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica. A cláusula geral do abuso do direito, amplia os limites da ilicitude, servindo a boa-fé como termômetro para mensurar a partir de que ponto situações subjetivas formalmente lícitas – acordos com regras – estão sendo exercitadas de forma materialmente ilícita, violando princípios. Esta comparação entre a estrutura do direito e a sua funcionalidade conforma a autonomia privada a boa-fé objetiva. O exercício disfuncional de situações subjetivas enseja a construção de várias teorias que materializam o abuso do direito nos últimos vinte anos: adimplemento substancial, supressio, *venire contra factum proprium*, o dever de mitigar o próprio prejuízo, são ilustrações de como a ilicitude não mais se limite a ilegalidade ou a violação formal de regras, porém à contrariedade de um comportamento aos limites éticos do ordenamento jurídico. A matéria é pormenorizadamente examinada no artigo 187 do Código Civil.

O artigo 422, expõe a função integrativa da boa-fé. O princípio direciona a interpretação do negócio jurídico, assim como é uma fonte geradora de deveres jurídicos para as partes (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018). Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante e após a execução deste, o princípio da boa-fé. Neste ponto, observam-se os deveres de proteção, cooperação e informação – deveres anexos ou laterais –, propiciando a realização