

Recebido: 25/07/2024

Aprovado: 14/08/2024

# CRÍTICA AOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COMO CATEGORIA AUTÔNOMA NO CÓDIGO CIVIL

*A CRITIQUE ON BUSINESS CONTRACTS AS AN  
AUTONOMOUS CATEGORY IN THE CIVIL CODE*

*Eduardo Nunes de Souza<sup>1</sup>*

*Marcelo Mattos Fernandes<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Unificação do direito obrigacional no Brasil: da implementação ao retrocesso. 2. Incoerências e riscos da categoria normativa dos “contratos empresariais”. Conclusão: preocupações com o futuro. Referências.

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo busca desenvolver uma crítica à inserção dos chamados “contratos empresariais” no Código Civil brasileiro como categoria autônoma em relação aos demais contratos não consumeristas, tal como prevista pela reforma promovida pela Lei da Liberdade Econômica e por outras propostas legislativas. Para tanto, o artigo passa em revista, inicialmente, o longo processo histórico de unificação do direito das obrigações brasileiro, passando-se, em seguida, aos problemas criados com a inovação normativa da nova categoria contratual, potencialmente incompatível com os valores do sistema jurídico brasileiro e, em particular, com as diversas cláusulas gerais inauguradas pelo próprio Código Civil de 2002.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos empresariais. Contratos civis. Lei da Liberdade Econômica. Código Civil de 2002. Reforma legislativa. Cláusulas gerais.

**ABSTRACT:** This article seeks to develop a critique of the inclusion of so-called “business contracts” in the Brazilian Civil Code as an autonomous category vis-à-vis other non-consumer contracts, in the terms of the reform promoted by the Economic Freedom Law and other legislative proposals. To this end, we initially analyze the long historical process of unification of Brazilian obligatory law, then moving on to the problems created by such a normative innovation, which proves to be potentially incompatible with the values of the Brazilian legal system and, in particular, with the general clauses created by the 2002 Brazilian Civil Code itself.

**KEYWORDS:** Business contracts. Civil contracts. Economic Freedom Act. Civil Code of 2002. Legislative reform. General clauses.

## INTRODUÇÃO

No estudo das categorias jurídicas de direito privado, é fundamental que se interprete a sua pertinência e a sua função considerando-se a sua historicidade e relatividade.<sup>3</sup> Embora menos difundida no âmbito do direito empresarial contemporâneo, essa premissa metodológica mostra-se igualmente adequada ao estudo dos seus institutos. Aliás, como lecionava Tulio Ascarelli, o próprio direito comercial representa uma “categoria histórica” (Ascarelli, 1947, p. 22).<sup>4</sup> Nesse sentido, também o reconhecimento de figuras como aquelas que se tem buscado denominar “contratos empresariais” demanda que a investigação seja tomada em perspectiva histórica, considerando o contexto jurídico, político, social e econômico do ordenamento em que os conceitos sob estudo são aplicados.

Desde ao menos o século XII, antes mesmo do desenvolvimento de conceitos modernos como o de negócio jurídico, os estudiosos já se debruçavam sobre os desafios decorrentes da introdução ao ordenamento de normas originadas no ambiente negocial (Ascarelli, 1999, p. 238-239). Saltando para o Brasil do século XXI, a unificação da disciplina das obrigações civis e comerciais optada pelo nosso Código Civil de 2002 motivou severas críticas por parte de abalizada doutrina nacional, além de permanecer gerando reações legislativas por parte dos defensores de uma disciplina legal especial para regular os negócios comerciais. Dando prova de que a produção do Direito é um processo social (Hespanha, 2012, p. 27-29), o interregno de quase um milênio não se mostrou suficiente sequer para apaziguar o viés legiferante do debate.

Passadas duas décadas de vigência do Código, a escolha do legislador brasileiro por unificar o direito das obrigações demonstrou ser a opção que mais adere às escolhas de fundo da Constituição Federal de 1988. Sem ignorar que o fenômeno jurídico está em constante mutação, parece razoável sustentar que, no momento atual e à luz da legalidade constitucional,<sup>5</sup> não se justifica a demanda de uma normativa específica para os contratos empresariais

3 Como alerta Perlingieri, “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos e técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais” (Perlingieri, 2008, p. 141). Prossegue o autor: “Uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, pelas suas Constituições. [...] É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade” (p. 137).

4 O autor ensina que “o direito, e portanto também o direito comercial, não pode ser compreendido fora da história e a sua especialidade não pode ser posta em relação com exigências técnicas imutáveis, mas com o desenvolvimento histórico da nossa experiência jurídica, que vem gradativamente afirmando – por isso primeiramente em campos determinados – novos princípios, depois suscetíveis de aplicações mais gerais, justamente porque o direito não obedece no seu desenvolvimento a preordenadas simetrias sistemáticas, mas à necessidade e à consciência dos homens, cujas relações regula [...]” (Ascarelli, 1999, p. 242).

5 Na perspectiva civil-constitucional, as categorias jurídicas não se podem apartar do contexto sociocultural onde se inserem: “todo conceito é plasmado pelos valores do contexto do qual se origina. Não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos e em todos os lugares” (Tepedino; Konder, 2020, p. 3).

no direito brasileiro. Andou bem, portanto, o codificador ao substituir as normas especiais do Código Comercial pelo regime de direito obrigacional comum por ele instituído, sob a orientação das cláusulas gerais da boa-fé e da função social.<sup>6</sup> A despeito disso, disposições e projetos de lei dos últimos anos parecem pretender retroceder nessa ainda recente escolha legislativa, em lugar de concentrar esforços, como seria preferível, em aperfeiçoar seus instrumentos de aplicação. É o que se passa a expor.

## 1. UNIFICAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL NO BRASIL: DA IMPLEMENTAÇÃO AO RETROCESSO

No Brasil do século XIX, explicando a opção do Código Comercial de 1850, Carvalho de Mendonça lecionava que o direito comercial seria “a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares” (Mendonça, 1937, p. 16). Isso porque, enquanto o art. 4º do Código Comercial, escorado nas teorias estatutária e subjetiva, reputava comerciante quem estivesse “matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e [fizesse] da mercancia profissão habitual”,<sup>7</sup> o art. 19 do Regulamento 737 adotava a teoria objetiva para definir atos e tipos contratuais objetivamente tratados como negócios mercantis. Seguindo o exemplo de países como a Espanha e a França, o Código Comercial de 1850 permaneceu por quase sete décadas como a única lei codificada que trazia normas relativas ao direito das obrigações no direito brasileiro.<sup>8</sup> Havia nítida defasagem entre a formalização das regras de direito comercial e as normas tradicionais de direito civil, que só vieram a ser codificadas em 1916,<sup>9</sup> apesar de a necessidade de organização de uma lei civil nacional ter sido prevista já pela Constituição Imperial de 1824 (art. 178, XVIII).

6 Espécie de “norma aberta”, como os princípios, os conceitos indeterminados e as diretivas (normas-objetivo), o termo “cláusula geral” advém do direito alemão (*Generalklausel*). Cf. Perlingieri, 2008, p. 231-280; Rodotà, 2024, p. 14 ss.

7 O art. 4º do Código Comercial de 1850 inspirou-se tanto no art. 1º do *Code de Commerce français de 1807* (“*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*”), como no art. 1º do *Código de Comercio espanhol de 1829* (“*Se reputan em derecho comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el Comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupacion habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundado em el su estado político*”).

8 “O direito das obrigações comercializa-se”, a tal ponto que, nos países em que “o Código Civil é posterior ao Comercial, é no Civil e não no Comercial que encontramos aqueles princípios que determinam os atos propriamente comerciais” (Ascarelli, 1999, p. 241).

9 Segundo Teixeira de Freitas, a previsão de disposições gerais referentes aos contratos mercantis no Título V do Código Comercial “foram só motivadas pela pobreza do nosso Direito Civil Pátrio [...], e não porque – para os contratos em geral – hajam, ou devam haver, disposições excepcionais no Direito Comercial” (Freitas, 1879, p. 522). Em sentido diverso, Waldemar Ferreira pondera que, “em que pese ao genial civilista, não foi mercê da pobreza do Direito Civil pátrio, mas pela circunstância de ser um só o Direito obrigacional – o que, de resto, ele mesmo doutrinara, ao propor, em 1867, que se unificasse o Direito Privado, reunindo-o num Código das Obrigações e Contratos - que o Código Comercial submeteu ao regime do Direito Civil as obrigações e contratos mercantis”, embora conclua em igual sentido que “domina este [o direito civil], portanto, todo o âmbito contratual” (Ferreira, 1962, p. 6).

Quando foi contratado pelo Governo Imperial brasileiro para a elaboração do primeiro projeto de Código Civil nacional, Teixeira de Freitas já defendia que

não há tipo para essa arbitrária separação de Leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência (Freitas, 1879, s.p.).<sup>10</sup>

Como é sabido, o eminente jurista fora encarregado pelo governo imperial de elaborar um anteprojeto de Código Civil, mas, em 1867, propôs a sua conversão em um anteprojeto de Código de Direito Privado (Bulgarelli, 1999, p. 41).

A despeito da antiguidade da crítica à normativa apartada das relações comerciais, por ocasião da edição do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, a opção legislativa foi a de não se filiar à unificação do direito obrigacional. Até o final do século XX, assim, nosso ordenamento conviveu com um regime dúplice de normas aplicáveis às obrigações comerciais. De fato, estabelecia o art. 121 do Código Comercial que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. No entanto, para além da previsão de critérios de hermenêutica e de integração contratual e de regras processuais especificamente aplicáveis à disciplina dos contratos comerciais, o Código Comercial previa poucas regras adicionais que efetivamente distinguissem os dois regimes – a exemplo da impossibilidade de anular a compra e venda mercantil por lesão.

Essa escassez de distinções práticas entre os dois regimes acabou acarretando, por longo tempo, o arrefecimento do debate da unificação na doutrina comercialista – não porque, frise-se, predominasse uma preferência pela bipartição, mas, ao contrário, justamente porque se constatava não

---

10 Como ensina a doutrina, “antes do civilista brasileiro só se encontravam críticas a essa dicotomia feitas por dois juristas italianos. Eram eles Montanelli, professor da Universidade de Pisa, que, em 1847, em livro de conteúdo acentuadamente metafísico – *Introduzione Filosofica allo Studio del Diritto Commerciale positivo* –, havia combatido a divisão do direito privado em dois códigos, e Pisanelli que, mais tarde, assim também procedera em seu *Commentario del Codice di Procedura Civile*” (Alves, 2008, p. 366-367).

haver, na prática, contrastes significativos entre os regimes.<sup>11</sup> Grande parte da doutrina civilista, a seu turno, seguiu frisando a necessidade de se superar a dicotomia legislativa. O Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, perfilhava a tese da unificação, tal como o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1961, da lavra de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “a normativa destacada atentava contra o princípio da igualdade, sendo inconveniente a dualidade de legislações sobre o mesmo fato” (Pereira, 2024, p. 17).<sup>12</sup>

Atendendo a essa concepção, o codificador de 2002 promoveu a unificação do direito das obrigações, ao mesmo tempo em que passou a tratar em seu próprio texto da organização da atividade empresária, revogando a primeira parte do Código Comercial de 1850. Como já pontuou a doutrina, seguiu “uma tendência histórica dos ordenamentos mais importantes do mundo” (Müssnich, 2014, p. 44). Passou, ainda, a adotar a nomenclatura “direito de empresa” para se referir ao direito comercial, coerentemente com o novo paradigma,<sup>13</sup> que superou o modelo dos atos de comércio.<sup>14</sup> Não obstante as justas críticas que o Código Civil de 2002 recebeu, por advir de um projeto muito anterior à Constituição Federal de 1988 e ter como paradigma leis estrangeiras antigas, como o BGB de 1896, o *Codice* de 1942 e o Código português de 1966 (Tepedino, 2001; e, nessa esteira, Souza, 2024, item 1), sua normativa merece elogio não apenas no que tange à unificação do direito obrigacional mas também, e sobretudo, por ter promovido tal unificação sob o prisma solidarista, compatível com o projeto constitucional (Moraes, 2010, item 5).

De fato, as profundas transformações sociais e políticas ao longo do século XX, captadas pela nossa Carta Magna, impactaram na noção de soberania da autonomia da vontade tributária do liberalismo. Para além do

11 Para Waldírio Bulgarelli, “a distinção, na prática, entre os contratos civis e mercantis perdeu muito da sua importância inicial, com a unificação da Justiça [...]”, remanescendo necessidade de distinção não por questões materiais, mas diante das “diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos” (Bulgarelli, 1999, p. 41, p. 43). Fabio Comparato opinava “que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos”, mas “um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis”, de modo que “[a] duplicidade legislativa aparece, tão só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global” (Comparato, 1981, p. 251). Waldemar Ferreira apontava que “[n]ão se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma” (Ferreira, 1962, pp. 6-7). Segundo o autor, “muito maiores e íntimos são os pontos de coincidência dos contratos comerciais com os contratos civis do que suas divergências: é a mesma a teoria geral dos dois contratos” (p. 5). A opinião geral era a de que “regem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do direito civil” (Martins, 1993, p. 6).

12 O autor ainda pondera que “a redução dos princípios de direito privado a uma unidade orgânica obedece a um imperativo científico, e de conveniência prática, mormente enquanto se atém às regras de aplicação geral” (p. 18).

13 No qual “o foco da disciplina mercantil vai se deslocando do ato (de comércio) para a atividade comercial” (Ascarelli, 1999, p. 239 ss.).

14 “Pela primeira vez, uma codificação brasileira passa a disciplinar as regras básicas da atividade negocial, desde o conceito de empresário ao de sociedade. Destarte, a revogação da primeira parte do Código Comercial, de 1º de julho de 1850, com a introdução do Direito de Empresa, no novo Código Civil, é um avanço que merece destaque especial, isto porque torna o comerciante um empresário voltado para as atividades econômicas em face dos tempos modernos” (Reis, 2002, p. 15).

desenvolvimento de leis especiais voltadas a proteger contratantes específicos, como os consumidores, observa-se uma mudança de tendência também nas relações civis ditas paritárias, que passam a ser vistas como espaços suscetíveis da incidência valorativa constitucional – e, portanto, igualmente carentes de eventual proteção de partes vulneráveis.<sup>15</sup> Nessa perspectiva, inspirado em normas como o § 242 do BGB, o Código Civil de 2002 optou por positivar os chamados “novos princípios contratuais”, como as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos (Azevedo, 1998, p. 116). Tais princípios passaram a assumir papel central em matéria contratual, aplicando-se indistintamente a todas as relações privadas e concedendo ao regime legal uma atualidade duradoura. Assim, “socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização” (Reale, 2005, p. 46).

Não tardaria, porém, para que certo setor da doutrina privatista voltasse a sustentar a suposta conveniência na separação do regime das obrigações empresariais, tese que tem encontrado crescente popularização e influenciado o trabalho legislativo dos últimos anos. Com efeito, algumas das principais reações à unificação do direito obrigacional encontram-se em discussão no Congresso Nacional há mais de uma década. Desde 2011, na Câmara dos Deputados, e desde 2013, no Senado Federal, tramitam projetos de lei para instituir um novo (ou para reformar o) Código Comercial – sendo o de iniciativa do Senado aquele que observou maior desenvolvimento na sua tramitação. Este, o PLS n. 487, de 2013, apresentado por Renan Calheiros, foi submetido, em 2014, à análise de uma primeira comissão temporária, que apenas em 2017 apresentou um plano de trabalho. A partir de 2018,

foram realizadas 14 audiências públicas sobre o tema. Em novembro, Chaves apresentou seu relatório, que foi aprovado e enviado ao Plenário. No entanto, o Plenário do Senado não conseguiu aprová-lo antes do encerramento da legislatura. Por isso, nova comissão temporária foi criada em setembro de 2019 e o projeto, devolvido a ela (AGÊNCIA SENADO, s.d.).

Desde então, não houve novidades em seus trâmites.

Sem dúvidas, a reação em que se traduz o PLS n. 487/2013 não serviria apenas para retroceder nas opções legislativas do Código Civil de 2002. Com 1.103 artigos, o projeto se propunha não só a usurpar matérias reguladas na codificação civil, mas também a reger outras disciplinas,

---

<sup>15</sup> Sobre o ponto, permita-se remeter a Souza, 2019, item 1. Nesse cenário, “passa-se a admitir que as relações contratuais produzem efeitos para além do contrato, pois possuem não apenas relevância *inter partes* como também social” (Targa; Riemenschneider, 2022, p. 3).

como prenuncia seu art. 1º (que menciona “o direito societário, o direito contratual empresarial, o direito cambial, o direito do agronegócio, o direito comercial marítimo e o direito processual empresarial”). A proposta partia da concepção, francamente microssistemática,<sup>16</sup> de que seria possível afastar aprioristicamente a incidência de outras normas do sistema, exceto aquelas entendidas como próprias do direito comercial, descritas em seu Livro I, ou em caso de inconstitucionalidade.<sup>17</sup>

Em relação aos contratos empresariais, o PLS n. 487/2013 os denominava “*negócios jurídicos empresariais*” (Livro IV, Título Único), criando uma teoria geral e conceituação própria e regras especiais de validade e interpretação, em prestígio ao que chamou de “essência da declaração”, aferida “pelos objetivos visados pelo empresário” e “pela função econômica do negócio jurídico empresarial” (artigo 166). Listava, além disso, quais seriam os “princípios aplicáveis aos contratos empresariais” (Livro I, Seção III) e propunha modificações radicais em institutos que, a despeito disso, seguiriam previstos na codificação civil, como a criação de uma indenização punitiva para o descumprimento do dever de boa-fé, a previsão de direito de retificação ou de ratificação de contratos nulos e a autorização irrestrita para cumulação de perdas e danos com cláusulas penais.<sup>18</sup>

Não por acaso, críticas severas são destinadas aos mencionados projetos de lei (Azevedo; França, 2013, p. 32-37; Verçosa; Sztajn, 2013, p. 13-22).<sup>19</sup> Como anota Francisco Müssnich, “os Projetos de Código Comercial estão longe de atender às necessidades da sociedade brasileira, representando verdadeiro retrocesso” (Müssnich, 2014, p. 46). Mas ainda mais grave do que a inconsistência de ordem técnica é o aspecto valorativo revelado por essa tendência. Quase invariavelmente, a distinção entre contratos civis e empresariais e a tese da necessidade de um regime jurídico próprio para estes últimos traduzem a tentativa de preservar as relações empresariais, em

16 Sobre o risco do pensamento microssistemático para a unidade e coerência do sistema jurídico, permita-se remeter a Souza, 2022, p. 16 ss.

17 “Art. 4º. São normas do direito comercial: I – os princípios e regras da Constituição Federal aplicáveis; II – as regras prescritas por este Código, pela lei, tratados e convenções; III – os princípios expressamente enunciados neste Código ou na lei comercial; IV – as regras prescritas pelos decretos, instruções e regulamentos editados pelas autoridades competentes; V – as de autorregulação; e VI – as consuetudinárias Parágrafo único. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra” (Brasil, 2011, s.p.).

18 Ilustrativamente: “Redividir o direito das obrigações é um retrocesso sem precedente na história do Direito. Como se isso não bastasse, o PL 487/2013, ao querer se meter no campo do direito das obrigações, maltrata completamente a teoria das nulidades ao dispor, por exemplo, no art. 157, que “[o] negócio jurídico empresarial nulo pode ser confirmado, por retificação ou ratificação, a qualquer tempo, mesmo que já iniciada a ação de nulidade”. Além disso, observe-se o que o art. 393 do PL 487/2013 e o art. 282 do PL 1572/2011 determinam ser ‘devida indenização por perdas e danos, ainda que estipulada cláusula penal’. Tal proposta também é descabida. É sabido que a função básica da cláusula penal é pré-fixar as perdas e danos, e, por isso mesmo, é que a indenização suplementar somente é devida caso exista previsão contratual expressa (art. 416, parágrafo único, do Código Civil de 2002); é provável que os Projetos tenham querido se referir à multa meramente punitiva, cuja qualificação como cláusula penal já vem sendo discutida, mas não é o que está dito ali” (Müssnich, 2014, p. 44).

19 Também criticando as propostas, porém em sentido favorável a uma nova codificação comercial, ver Lobo, 2016, p. 167-186.



maior ou menor medida, da incidência daquele mesmo quadro de valores que, por determinação constitucional, deveria ser comum a todas as relações privadas, e que encontra eco no regime unificado do Código Civil de 2002. Basta lembrar, ilustrativamente, do outro Projeto de Código Comercial (PL n. 1.572/2011), cujo art. 8º propunha que nenhum princípio expresso ou implícito do ordenamento pudesse ser invocado para alterar o regime jurídico ali previsto.

Na mesma toada, foi editada em 30 de abril de 2019 a Medida Provisória n. 881/2019, que, “da noite para o dia, modificou institutos basilares do direito civil brasileiro, cuja regulamentação no Código Civil fora debatida por especialistas no Congresso por mais de trinta anos” (Konder; Oliveira, 2020, p. 13). Posteriormente, a medida foi convertida na Lei n. 13.874/2019, alcunhada de “Lei da Liberdade Econômica”, após modificações introduzidas pelo Congresso Federal. Alegadamente sob a orientação ideológica de estabelecer “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” (art. 1º), a normativa alterou diversos dispositivos do Código Civil de 2002, tais como os arts. 113 e 421, com o intuito de restringir ou delimitar a aplicação das cláusulas gerais da boa-fé e da função social.<sup>20</sup>

Segundo a Exposição de Motivos Interministerial (Guaranys; Moro; França, 2019), datada de 11 de abril de 2019, que fundamentou a justificação do Sumário Executivo da Medida Provisória convertida na Lei da Liberdade Econômica, a norma fundou-se em concepção não científica de liberdade econômica, resgatando a noção surgida no liberalismo europeu em oposição ao absolutismo, “atualizada” em prol do combate de uma “*percepção*” de que o empresariado brasileiro estaria tolhido em sua liberdade de exercer atividades econômicas em razão da atuação estatal.<sup>21</sup> A empreitada apenas se compreende à luz do momento político do país e do Congresso, particularmente permeável a uma agenda pretensamente neoliberal e propício para que assumisse protagonismo na estipulação dessas diretrizes o mesmo setor doutrinário

20 As críticas ao diploma em si, inclusive quanto ao seu pretendido aspecto simbólico e à inconcebível tentativa de impedir a incidência dos princípios constitucionais por meio de lei ordinária, são bastante conhecidas (algumas delas encontram-se reunidas em: Souza, 2020). Quanto à reforma do art. 113, Gustavo Tepedino qualifica-a como “verdadeiramente inquietante”, pois a doutrina e a jurisprudência já haviam demarcado os padrões de comportamento da boa-fé objetiva, com “razoável segurança jurídica construída pela argumentação, persuasão e fundamentação de decisões elaboradas ao longo do tempo, na densificação daquela cláusula geral”; quanto à reforma do art. 421, aduz: “tem-se um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizados pela Constituição da República, e incorporados ao Código Civil, para a intervenção judicial [...]. Se há exageros em sua aplicação, é preciso mobilizar a sociedade para verdadeira mudança cultural, que certamente não será levada a cabo pelos aludidos dispositivos” (Tepedino, 2019).

21 Como consta da referida Exposição de Motivos: “2. 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. 3. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda”.

que, por anos, propôs, em maior ou menor grau, um isolamento valorativo das relações empresariais em relação à ordem jurídica constitucional.<sup>22</sup>

Como se vê, as reações legislativas à unificação do direito das obrigações retornam à criação de uma categoria autônoma de contratos ditos empresariais, sujeitos a um regime jurídico diverso daquele aplicável aos contratos regidos pelo Código Civil. Diversamente dos projetos de um novo Código Comercial, porém, a Lei da Liberdade Econômica logrou êxito em efetivamente introduzir ao nosso Código Civil, pela primeira vez, uma distinção literal entre “*contratos civis e contratos empresariais*” (art. 421-A), no âmbito dos quais se pretendeu restringir o escopo de aplicação da boa-fé e da função social. Embora a redação do dispositivo não pareça ter surtido grande repercussão (Konder; Oliveira, 2020, *passim*), na medida em que previu exatamente a mesma (se é que a expressão se aplica) consequência jurídica para as duas categorias,<sup>23</sup> a expressa menção aos “contratos empresariais”, em oposição aos “contratos civis”, evidencia a premência de se discutir a adequação dessa dicotomia, espelho do reavivamento de uma superada cisão do direito privado.

## 2. INCOERÊNCIAS E RISCOS DA CATEGORIA NORMATIVA DOS “CONTRATOS EMPRESARIAIS”

Analisada exclusivamente sob o aspecto estrutural, a categoria dos chamados “contratos empresariais”, cujo sentido não chega a ser definido pelo legislador da Lei da Liberdade Econômica, parece traduzir simplesmente a circunstância, singela e autoevidente, de se cuidar de negócios firmados entre pessoas (naturais ou jurídicas) empresárias. Trata-se de noção exclusivamente estruturalista e gravemente insuficiente para qualquer delimitação conceitual útil. Tomando-se por empréstimo um exemplo do mercado financeiro, assim como existem investidores qualificados que, embora contratem como pessoas naturais, objetivam escopo de lucro e possuem atuação profissional,<sup>24</sup> também existem, ao contrário, sociedades empresárias que recebem tratamento

22 “Do ponto de vista do direito privado, dificilmente se poderá assegurar a liberdade econômica mediante imposição legislativa. Só o genuíno respeito à liberdade com solidariedade e igualdade para todos promoverá a verdadeira liberdade” (Direitos de liberdade econômica e o direito civil, *cit.*). E arremata: “Que a pauta econômica não se limite à bravata legislativa, transformando-se em medidas concretas do Poder Executivo” (Tepedino, 2019, p. 13).

23 “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: [...] III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada” (Brasil, 2020, s.p.).

24 Para restringir o acesso de investidores a determinados tipos de investimentos, por exemplo, a Resolução da CVM n. 30/2021 (alterada pela Resolução CVM 162/2022) classifica como “investidores qualificados” as pessoas naturais “que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio” ou “que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios” (Brasil, 2021, s.p.).

distinto em certas relações por força de certas fragilidades observadas no caso concreto, como os microempresários individuais<sup>25</sup> ou as sociedades que se qualificam como consumidoras. Não por acaso, Pietro Perlingieri critica a excessiva utilização do perfil estrutural na análise das categorias, convocando o intérprete a estudar as *fattispecie* sob nova perspectiva, preferindo sempre a substância à forma, o perfil dinâmico ao exclusivamente descritivo, a sua função socioeconômica à rígida estrutura (Perlingieri, 2008, p. 117-118; e, na doutrina brasileira, Souza, 2019, item 1).

Buscando distingui-los dos contratos civis, a doutrina comercialista indica que os contratos empresariais se caracterizam por cumprirem uma função econômica.<sup>26</sup> Afirma-se, em geral, que, “ao lado da função social do contrato e de sua utilização como ferramenta de justiça distributiva, deve se estar atento à função econômica dos contratos”, a qual, em se tratando de relação empresarial, desestimularia interferências judiciais ou legislativas, na medida em que

o afastamento da vontade manifestada no contrato empresarial, por exemplo, com base em aspecto funcional que se distancie de sua função econômica, repercutirá de forma intensa na cadeia econômica, o que exige do intérprete considerar os efeitos econômicos inerentes aos contratos entre empresas (Ribeiro, 2021, p. 190-192).

Portanto, embora sem negar que os contratos civis também possam cumprir função econômica, parte da doutrina comercialista argumenta que o escopo de lucro delimitaria previamente qual seria a vontade comum dos contratantes em negócios empresariais. Nesse sentido, essa corrente mostrou-se elogiosa à intenção da Lei da Liberdade Econômica de restringir

---

25 Ilustrativamente: “Para específicos e determinados fins, pode haver a equiparação de microempreendedores individuais e empresários individuais como pessoa jurídica, ocorrendo mera ficção jurídica para tentar estabelecer uma mínima distinção entre as atividades empresariais exercidas e os atos não empresariais realizados, porém, para o efeito da concessão da gratuidade de justiça, a simples atribuição de CNPJ ou inscrição em órgãos estaduais e municipais não transforma as pessoas físicas/naturais que estão por trás dessas categorias em sociedades, tampouco em pessoas jurídicas propriamente ditas” (STJ, REsp. 1.899.342/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 26.4.2022).

26 Na doutrina tradicional, Waldemar Ferreira aduzia que os contratos comerciais seriam identificados pela profissionalidade das partes: “Subordinados os contratos civis e os contratos comerciais aos mesmos princípios, [...] [t]em-se dado como critério certo para a distinção o da profissionalidade de um, se não dos dois contratantes, erigindo-se como norma que todo contrato celebrado por comerciante no exercício de sua profissão mercantil é comercial” (Ferreira, 1962, p. 10).

a interferência judicial nos contratos por meio da utilização das cláusulas abertas.<sup>27</sup>

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina civilista amplamente majoritária opõe-se à distinção entre contratos civis e empresariais, compreendendo que o sistema unificado estipulado pelo Código Civil de 2002 para o direito obrigacional atende à cultura jurídica hodierna no país e, mais do que isso, que também cumpre um relevante papel de efetivação do solidarismo constitucional nas relações privadas – fortemente marcadas, em sua tradição, por um viés liberal clássico datado da época em que as esferas civil e comercial se encontravam separadas.<sup>28</sup>

Como se sabe, em matéria contratual, esse papel foi cumprido pelo codificador de 2002 particularmente por meio da técnica legislativa das cláusulas gerais,<sup>29</sup> das quais a boa-fé objetiva e a função social do contrato são os exemplos mais conhecidos.<sup>30</sup> Caracterizada pela abertura de conteúdo, a grande utilidade proporcionada por essa espécie normativa é a de permitir a constante atualização do ordenamento positivo diante de uma sociedade cada vez mais complexa e cambiante, ao munir o julgador de diretrizes que possam ser adaptadas às características de cada caso concreto (Rodotà, 2024, p. 14 ss.). E, como também é notório, uma das possíveis consequências da incidência das mencionadas cláusulas gerais em relações contratuais é a possibilidade de intervenção heterônoma (leia-se, revisão judicial) dos

27 “A interferência judicial nos contratos, especialmente pelo uso de conceitos abertos, como é o caso daquele de função social, afasta o fator de previsibilidade e gera instabilidade jurídica de maneira tão mais acentuada quanto maior a possibilidade de extensão dos efeitos a outros que não participaram das ações judiciais e quanto maior o incentivo à proposta de novas demandas como decorrência dos precedentes criados. [...] Deste modo, o *enforcement* contratual parece-me merecer uma análise particular no que diz respeito aos contratos privados. Nesse sentido, uma recente alteração promovida no Código Civil brasileiro acompanha essa linha de pensamento. A alteração ao teor do artigo 421 [...] incluiu um parágrafo único ao dispositivo [...]. A alteração legislativa parece corroborar para a conclusão de que além da elevação dos custos de transação, a interferência judicial pode provocar externalidades negativas, como já mencionado, quando os efeitos forem suportados indiretamente por terceiros que venham a participar de futuras negociações, já que a imposição de ônus vai interferir, provavelmente, no preço praticado no mercado” (Ribeiro, 2021, p. 188-189).

28 Reproduzindo lições de Vera Fradera, Gerson Branco, Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, registra a doutrina que a Lei da Liberdade Econômica “parece ser praticamente uma unanimidade na doutrina nacional, como um modelo contraproducente de legislação”. Isso porque, prosseguem as autoras, “as disposições do Código Civil de 2002 são fruto do amadurecimento jurisprudencial e doutrinário brasileiros, bem como da influência do direito comparado, que constituíram uma legislação privada em conformidade com o culturalismo da sociedade brasileira contemporânea, já distante do então Código Civil de 1916 e seu sistema fortemente marcado pelo liberalismo” (Targa; Riemenschneider, 2022, p. 11).

29 A opção do Código Civil de 2002 de centrar as regras de hermenêutica contratual nas cláusulas gerais coaduna-se com o dinamismo próprio das relações empresariais, traduzindo-se no que Gustavo Tepedino classifica como a “técnica legislativa própria da era tecnológica”, na medida em que “a iniciativa privada caminha em velocidade frenética, tornando impossível disciplinar a atividade econômica senão mediante o recurso a princípios e cláusulas gerais” (Tepedino, 2015a, p. 7).

30 A boa-fé, em particular, é referida pelos comercialistas como princípio afeto ao dinamismo comercial, possuindo previsão como critério de hermenêutica, em sua aceção subjetiva, desde o Código Comercial de 1850. Judith Martins-Costa, fazendo referência a Bento de Faria e Claudio Scognamiglio, lembra manifestações de autores comercialistas brasileiros e italianos que a tratavam como “critério hermenêutico meramente subsidiário e incidente apenas em face de ambiguidades ou de obscuridades no texto contratual” (Martins-Costa, 2015, p. 9-10). As lições da época apresentavam a boa-fé apenas ligada à sua aceção subjetiva, apesar da expressa referência legal ao instituto como critério hermenêutico (Alves, 1999, p. 194). No entanto, a boa-fé em sua aceção objetiva apenas seria introduzida a partir do Código de Defesa de Consumidor, em 1990, sendo sua incidência estendida às demais relações contratuais apenas pelo Código Civil de 2002.

contratos, nos casos em que isso se fizer necessário para a tutela de interesses juridicamente relevantes de partes em posição de vulnerabilidade na relação.

É justamente contra a intervenção judicial sobre o conteúdo do contrato que se volta o movimento doutrinário que sustenta um novo tratamento autônomo dos contratos empresariais, cujas pretensões se encontram materializadas na alteração promovida pela Lei da Liberdade Econômica sobre o Código Civil. O exemplo mais eloquente se extrai do *caput* do art. 421-A do Código Civil (inserido pela lei), justamente a disposição que menciona a distinção entre contratos civis e empresariais. A norma afirma, essencialmente, uma suposta “presunção relativa” de simetria e paridade nesses contratos. Ora, como nunca houve, no sistema do Código Civil de 2002, uma tendência contrária – isto é, de se considerar que relações regidas pelo Código fossem, em princípio, assimétricas ou não paritárias –, a norma em nada inovou no sistema jurídico (Konder; Oliveira, 2020, p. 19). Sua *ratio*, porém, parece ser fundamentalmente simbólica: se se presumem a simetria e a paridade – parece sugerir a norma –, não haveria razão, via de regra, para a revisão contratual, pois não haveria vulnerabilidade a ser suprida para qualquer das partes. Como se ainda não estivesse clara o bastante, essa conclusão foi consagrada pela mesma Lei da Liberdade Econômica ao inserir, no parágrafo único do art. 421, um duvidoso (para dizer o mínimo) “princípio da intervenção mínima” e de “excepcionalidade da revisão contratual”.<sup>31</sup>

A “percepção” que a referida lei pretendia combater, portanto, é a de um risco à atividade econômica supostamente criado por normas que, seja pela abertura de conteúdo, seja pelos valores solidários que informam, levariam a uma intensa intervenção judicial: cláusulas gerais como boa-fé e função social. Essa lógica, porém, revela, na verdade, um profundo desconhecimento sobre a operatividade e a própria razão de ser da técnica legislativa das cláusulas gerais. Evidentemente, a doutrina civilista não põe em dúvida que os contratos firmados no ambiente empresarial costumam ser profundamente diferentes daqueles celebrados, por exemplo, entre duas pessoas naturais não empresárias, sendo caracterizados por interesses específicos e até mesmo por distintas espécies de vulnerabilidade de suas partes (Azevedo, 2005, p. 356).<sup>32</sup> Por isso mesmo, esclarece-se que as cláusulas gerais traduzem *standards* de aplicação variável, cabendo ao julgador dar concretude ao seu significado no caso concreto, a depender do contexto em que se insere a relação (Azevedo, 1999, p. 40-44).

31 Sobre o ponto, vejam-se os estudos reunidos na Parte II da obra: Souza; Guedes; Oliva, 2023.

32 E, mais recentemente: “O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial e até matemática. Desse modo, à aquisição de cada direito corresponde o custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporado ao preço da operação. O ambiente comercial, portanto, é palco de interesses diversos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, os quais se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam tutela protetiva, própria da esfera consumerista” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 498-499).

A utilidade em contar com diretrizes valorativas informadas por cláusulas gerais está justamente em se exigir que o julgador avalie, no caso concreto, se e em qual medida alguma das partes demanda proteção específica por parte do ordenamento ao ponto de justificar uma intervenção heterônoma sobre o programa contratual ou a sua execução. Vale dizer: as cláusulas gerais prestam-se justamente a evitar uma intervenção excessiva, ajustando o nível de interferência judicial sobre o contrato à exata medida do necessário para suprir desigualdades contrárias àquelas diretrizes valorativas.<sup>33</sup>

Logicamente, a questão ingressa também na discussão, bastante antiga, sobre segurança jurídica e as supostas ameaças que normas de conteúdo aberto poderiam provocar sobre ela (Rodotà, 2024, p. 22 ss. e respectivas notas de tradução). Esse debate jamais poderia ser solucionado nesta sede, mesmo porque aqueles que acreditam que normas mais analíticas são capazes de garantir previsibilidade e segurança<sup>34</sup> dificilmente estariam dispostos a abrir mão desse posicionamento. No entanto, vale ponderar, ainda que se considerasse que nosso Judiciário sofresse de uma tendência a intervir ilegitimamente sobre contratos privados sob o Código Civil de 2002 (repita-se, entendimento no mínimo questionável), seria de se indagar se a simples produção de novas leis é capaz de conter uma tal cultura judicial.<sup>35</sup>

O problema em se criarem categorias normativas como a dos contratos civis e empresariais reside na construção de figuras abstratas que, concebendo um modelo-padrão para esses dois tipos de relações, permite e mesmo incentiva o julgador a deixar de perquirir as particularidades de cada contrato em concreto e de cada uma das partes que concretamente contrataram. O recurso a essas categorias pela lei faz supor que exista “o” contrato civil, “o” contrato empresarial, quando na verdade cada relação contratual deveria ser entendida como singular e dependente da individuação de soluções adequadas a uma miríade de características concretas. Ao que parece, para o julgador que entenda ser necessário intervir sobre um contrato em concreto, continuam existindo muitos argumentos valorativos no sistema para justificar essa intervenção, ao mesmo tempo em que, quando o julgador entender que não é necessária qualquer interferência, apenas então fará remissão às novas normas que têm sido inseridas no Código Civil, como aquelas que afirmam

---

33 Assim, por exemplo, a aplicação da boa-fé em relações empresariais de forma alguma significa uma indevida intromissão estatal na autonomia das partes, mas justamente conforma “a aplicação da boa-fé a exigências idênticas para ambos os contratantes de atuação honesta e leal, o que, a toda evidência, não enseja risco para as pretensões econômicas perseguidas, tampouco desestimula, em qual quer medida, a celebração de negócios e o avanço econômico” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 500).

34 Ao contrário, na realidade, a hermenêutica centrada nas cláusulas gerais “contribuiu para garantir segurança jurídica aos negócios, afastando pretensões que eventualmente seriam extraídas de redações dúbias de cláusulas contratuais abertas, comportamentos lícitos que, na prática, conferissem mais poder a uma das partes do que se pretendeu outorgar ou, ainda, condutas desleais que contribuíssem para o enfraquecimento de vínculo contratual” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 510).

35 Nesse sentido, afirma-se que “não há como se combater decisões judiciais errôneas com alteração legislativa, mesmo porque não se pode coibir, com a reforma normativa, que as novas disposições sejam também mal aplicadas” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 510).

ser a revisão “excepcional” (art. 421, p.u. e incisos do art. 421-A). Afinal de contas, em rigor, a revisão contratual não é nem regra, nem exceção: trata-se de um remédio adequado a situações concretas específicas de desequilíbrio.<sup>36</sup>

Nesse cenário, as reações legiferantes à unificação do direito obrigacional não criaram novas condições para o reconhecimento dos contratos empresariais como categoria autônoma. Ao contrário, as modificações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica foram criticadas com razão pela doutrina civilista, sobretudo por se configurarem inócuas na prática, na medida em que não atendem ao propósito de impedir o controle de utilidade social que também incide sobre as relações patrimoniais, à luz dos valores constitucionais.<sup>37</sup>

A noção de que os princípios especiais de direito comercial não influenciariam as demais especialidades e vice-versa não é aceita por quem compreende a historicidade não só do Direito, mas do próprio direito comercial.<sup>38</sup> Essa tradição não provém do acaso, mas sim das influências jurídicas, culturais, sociais, políticas e econômicas observadas na evolução do direito privado nacional. Em perspectiva civil-constitucional, repele-se a noção de que a ordem jurídica poderia ser cindida em sistemas normativos que não se comunicam entre si.<sup>39</sup> Ao contrário, sob pena de se pôr em risco a unidade do ordenamento jurídico, a interpretação das múltiplas fontes normativas há de partir, em perspectiva sistemática, da tábua axiológica constitucional.<sup>40</sup> Disso decorre que mesmo as disciplinas influenciadas por

36 Afinal, “os interesses individualizados, deduzidos no contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses” (Perlingieri, 2008, p. 374). Na doutrina nacional, permita-se remeter a Souza, 2019, p. 30 ss.

37 “A tentativa de conferir concretude em abstrato à boa-fé, para além de dogmaticamente criticável, pode, ainda, diminuir o espectro de sua aplicação. Dado o sem-número de situações concretas que podem se configurar e a impossibilidade de se antecipar o conteúdo que a boa-fé deve assumir em cada uma delas, sua delimitação pode não agasalhar, na prática, a maior parte da casuística. [...] Mais uma vez, o intuito do legislador parece ter sido manter o contrato incólume de valoração que não aquela conferida pelas próprias partes. Procurou-se afastar do fundamento da liberdade de contratar a função social, deixando-a somente como limite externo a não ser transposto. No entanto, a função social do contrato deita suas raízes na Constituição da República e a exclusão da locução ‘em razão’ não tem o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato em razão da hierarquia superior da norma constitucional” (Tepedino; Cavalcanti, 2020, p. 500-501).

38 Sobretudo em países como o Brasil, em que a codificação civil é bem posterior à codificação comercial, a regra é “encontrar no código civil princípios que, no terreno geral do direito comparado, são, à vista do seu menor formalismo, considerados como tipicamente comercialísticos e, ao contrário, no código comercial, princípios que, no mesmo terreno, soa considerados como civilísticos” (Ascarelli, 1947, p. 37-42).

39 Nesse aspecto, Gustavo Tepedino alerta que “a classificação didática dos diversos ramos do direito não exclui o tratamento interpretativo unitário de todas as disciplinas jurídicas, especialmente no caso de matérias afins, que se sobrepõem inevitavelmente no direito obrigacional”. Isso porque, prossegue em suas lições, “a unidade do direito decorre não de suposta dogmática monolítica do direito obrigacional e empresarial, mas da dinâmica funcional do sistema jurídico, articulado em ordenamento complexo sob a regência de Texto Constitucional rígido” (Tepedino, 2015a, p. 6).

40 “Sendo, ao contrário, o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e, daí sua complexidade que, só alcançará unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade. Disto decorre o equívoco, apontado por Pietro Perlingieri, de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção legislativa e jurisdicional; ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagraríamos microsistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (Tepedino, 2009, p. 11).

uma pluralidade de fontes normativas também devem ser interpretadas sob o viés da unidade do ordenamento, em que a Constituição Federal se situa em posição de hierarquia.<sup>41</sup>

Não se pode ignorar que, mesmo regulando contratos ditos paritários e usualmente empresariais, existem em nosso sistema exemplos antigos de normas que reconhecem e tutelam a vulnerabilidade concreta dos contratantes. Ilustrativamente, pense-se na Lei n. 6.729/1979, chamada “Lei Ferrari”, que dispõe sobre as regras e as disposições contratuais que deverão constar de qualquer concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Outro exemplo é a Lei n. 13.966/2019, que disciplinou as normas atinentes ao sistema de franquia empresarial, revogando a Lei n. 8.955/1994. Mesmo esclarecendo que não incidem regras consumeristas e trabalhistas na relação entre franqueadora e franquia,<sup>42</sup> a dita lei estabelece cláusulas e documentos que deverão ter previsão obrigatória nas relações de franquia, incluindo a previsão de normas regulando os direitos e deveres de concorrência dos franqueados, a aplicação de penalidades contratuais por inadimplementos, o prazo de vigência do contrato e as condições de renovação, entre outras.<sup>43</sup>

Como se vê, sequer as leis especiais que regulamentam determinados contratos interempresariais firmados com escopo de lucro adotam a concepção ultrapassada, aparentemente resgatada pela Lei da Liberdade Econômica, que visa a uma autonomia meramente estrutural ou formal dos contratantes, sem atentar a que a autonomia não se pode reputar efetivamente tutelada se não representar uma liberdade substancial, concretamente aferida.<sup>44</sup> Todas as contratações, mesmo quando firmadas no ambiente empresarial, entre partes paritárias e com atuação profissional em prol de escopo de lucro, precisam ser analisadas também à luz da perspectiva dúplice de ambos os centros de interesse, com atenção a vulnerabilidades que sejam identificadas no caso concreto.

As escolhas de fundo do ordenamento sugerem a desnecessidade de uma disciplina legislativa dúplice para contratos civis e empresariais. Sem

41 “Do ponto de vista da teoria da interpretação, mostra-se imprescindível que a pluralidade de fontes normativas não acarrete a ruptura do sistema, disperso em lógicas setoriais, em detrimento da unidade essencial ao próprio conceito de ordenamento. Nessa perspectiva, há de se criticar a preferência linguística pela expressão microsistema para designar núcleos normativos que, a despeito de suas características estatutárias e multidisciplinares, não podem ser interpretados de maneira autônoma, apartado dos valores comuns ao sistema jurídico, o qual, embora aberto e plural, mostra-se necessariamente unitário, no âmbito do qual a Constituição da República se situa em posição hierárquica superior e prevalente” (Tepedino, 2015b, p. 6-7).

42 Cf. o art. 1º da Lei n. 13,966/2019: “Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento” (Brasil, 2019, s.p.).

43 Cf., por exemplo, o art. 2º da Lei n. 8.955/1994.

44 O argumento foi previamente desenvolvido em Souza, 2019, *passim*.



ignorar que os contratos celebrados no âmbito de relações negociais também possuem a função de regular os interesses econômicos dos contratantes, caberá ao intérprete analisar o caso concreto para concluir se a aplicação dos princípios contratuais e das regras de hermenêutica deverá sofrer algum tipo de temperamento, tendo em vista a abordagem funcional do contrato celebrado no âmbito empresarial e a concreta aferição de vulnerabilidade na relação contratual sob análise, independentemente de ser esta vista como uma contratação de natureza cível ou empresarial – distinção que, em rigor, é mais quantitativa do que qualitativa, e obnubila, na sua indolente enunciação abstrata, uma sucessão infinita de tipos e graus de paridade e de vulnerabilidade entre partes.

## CONCLUSÃO

Em 24 de agosto de 2023, por ocasião da segunda década de entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Senado Federal oficializou a criação de uma comissão de juristas para atualização da nossa codificação.<sup>45</sup> Entre as inúmeras críticas que recebeu, já amplamente documentadas em doutrina, o anteprojeto daí decorrente, ora em tramitação perante o Congresso Nacional, pretende consagrar definitivamente o tratamento apartado dos chamados “contratos empresariais” no Código Civil, conferindo-lhes, desta vez, regras distintas daquelas previstas para os assim denominados “contratos civis” e agravando, portanto, a clivagem entre as duas categorias. Mais ainda, ao converter o atual art. 421-A em um inédito art. 421-C,<sup>46</sup> o anteprojeto pretende blindar ainda mais os contratos empresariais de uma análise valorativa à luz de cada relação em concreto.

Tomem-se como exemplos apenas dois pontos da nova disposição. Por um lado, a análise excessivamente abstrata desses contratos é agravada,

45 AGÊNCIA SENADO. *Comissão de juristas vai atualizar Código Civil para revolução digital*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital), último acesso em 14.6.2024.

46 De acordo com a versão final do Anteprojeto, tal como concebido pela comissão de juristas que o elaborou, o dispositivo contaria com a seguinte redação: “Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. §1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise: I - os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem receber o tratamento específico que consta de leis especiais, assim como os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades; II - a boa-fé empresarial mede-se, também, pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm, quanto à natureza do negócio celebrado e quanto ao comportamento leal esperado de cada parte; III - na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato, o juiz valer-se-á dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual; IV - são lícitas em geral as cláusulas de não concorrência pós-contratual, desde que não violem a ordem econômica e sejam coerentemente limitadas no espaço e no tempo, por razoáveis e fundadas cláusulas contratuais; V - a atipicidade natural dos contratos empresariais; VI - o sigilo empresarial deve ser preservado. §2º Nos contratos empresariais, quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes, não se aplicará o disposto neste artigo” (Brasil, 2024, s.p.).

pois o inciso I do §1º cogita, entre os contratos empresariais, de “tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos”, nos quais seria justificável um tratamento específico de leis especiais. Em vez de se aferir se há disparidade ou assimetria em concreto, e qual é a disparidade ou a assimetria, condena-se a análise a certos tipos abstratos, presumindo-se os demais paritários e simétricos. Em outras palavras, em lugar de se avaliar a desigualdade a partir das partes contratantes, olha-se apenas para modelos estruturais de contratos. Como segundo exemplo, o inciso II do §1º cogita de uma suposta “boa-fé empresarial”, determinada pela expectativa comum dos agentes do mercado em geral. Mais uma vez, esvazia-se com isso a utilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva, que é justamente a de analisar as expectativas e comportamentos concretos das partes, sendo certo que, para as práticas costumeiras do mercado, a remissão aos usos e costumes já seria suficiente. Vale dizer: troca-se a análise concreta por parâmetros vagos e abstratos.

Assiste-se, em suma, à inserção de duas graves contradições no Código Civil: o mesmo Código que promoveu a unificação do direito privado na experiência brasileira passaria a cogitar dos contratos empresariais como categoria autônoma; e o mesmo Código que consagrou cláusulas gerais importantíssimas para o ordenamento jurídico brasileiro, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, passaria, caso a reforma viesse a ser aprovada, a prever normas que, em uma espécie de malfadado meio do caminho entre a cláusula geral e a disposição analítica, tentam esvaziar o conteúdo daquelas cláusulas gerais e a própria razão de ser da sua previsão legal.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Novo Código Comercial deve ser votado em comissão no primeiro semestre*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/](http://www12.senado.leg.br/). Acesso em: 14 jun. 2024.

ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. *Rivista Roma e America*, Modena, n. 7, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. A unificação do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira da; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, [s.l.], n. 114, abr./jun. 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 832, fev. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, 1999.

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 o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, abr. 1998.

AZEVEDO, Erasmo Valladolid; FRANÇA, Novaes. O “antiprojeto” de novo Código Comercial. *Revista Jurídica Consulex*, [s.l.], ano XVII, n. 400, set./2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM n. 30, de 11 de maio de 2021. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente e revoga a Instrução CVM nº 539, de 13 de novembro de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021.

BRASIL. Lei 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2002.

BRASIL. Lei 13.966 de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011*. Institui o Código Comercial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 4 set. 2024.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 8.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Additamentos ao Código do Commercio*. [S.l.]: [s.n.], 1879, v. I.

GUARANYS, Marcelo Pacheco dos; MORO, Sergio Fernando; FRANÇA, Renato de Lima. *Exposição de Motivos Interministerial (“EMI”) n. 00083/2019 ME AGU MJSP*, datada de 11 de abril de 2019.

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020.

LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, abr.-jun. 2016.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MÜSSNICH, Francisco. A quem interessa um novo Código Comercial? *Revista RI*, [s.l.], fev. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2005.

REIS, Clayton. *Inovações ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função social do contrato empresarial: função econômica e perspectivas. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [s.l.], t. LXXI, n. 279, jan./abr. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 14, n. 1, 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. A chamada tutela post mortem dos direitos da personalidade: entre dilemas teóricos e alegações de defasagem legislativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1065, 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 8, n. 2, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 41, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro*. Migalhas, [s.l.], 16 abr. 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; OLIVA, Milena Donato (coord.). *O Código Civil após a Lei da Liberdade Econômica: estudos na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

TARGA, Maria Luiza Baillo; RIEMENSCHNEIDER, Patricia Strauss. Função hermenêutica do princípio da boa-fé objetiva: interpretação dos contratos nas relações civis e de consumo. *Civilistica.com*, [s.l.], ano 11, n. 3, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 3, jan./mar. 2015a.

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 5, jul./set. 2015b.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos de liberdade econômica e o direito civil. *Portal OABRJ*, [s.l.], 19 ago. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, v. III, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Fundamentos do direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 3, parte I.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. O projeto de novo Código Comercial e a (ir)responsabilidade do legislador. *Revista de Direito Empresarial*, [s.l.], 2013.