



Pablo Galvão Marano

**Relativização da presunção de
paridade dos contratos civis**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro,
abril de 2023



Pablo Galvão Marano

**Relativização da presunção de
paridade dos contratos civis**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Prof. Carlos Nelson de Paula Konder
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Pablo Waldemar Rentería
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ana de Oliveira Frazão
Universidade de Brasília

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2023.

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Pablo Galvão Marano

Graduou-se em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2009. Pós-graduado em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Especialista em direito societário e mercado de capitais pelo Law Program da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Mediação Empresarial pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Ex-professor substituto do Departamento de Direito Civil da UFRJ, nos anos de 2014-2016. Advogado.

Ficha Catalográfica

Marano, Pablo Galvão

Relativização da presunção de paridade dos contratos civis / Pablo Galvão Marano ; orientador: Carlos Nelson de Paula Konder. – 2023.

140 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2023.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Contratos civis. 3. Presunção de paridade. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

AGRADECIMENTOS

Concentrei os agradecimentos deste trabalho às pessoas que, efetivamente, tiveram um significado específico no curso desse trabalho: luzes.

Sendo assim, nestas primeiras linhas, agradeço e dedico este trabalho à minha amada companheira (no mais amplo significado que a expressão admite), Cléo. Convivendo comigo diariamente, em períodos prolongados que as novas estruturas de trabalho domiciliar (o designado *home office*) impõem, enquanto se desenrolava o presente estudo e, também, o próprio curso do mestrado, a Cléo, com sua gentil e solidária forma de ser, emprestando empatia em todo o convívio mantido comigo, serviu como um farol para me auxiliar a enxergar caminhos e soluções, mesmo nos momentos mais escuros. Prefiro pensar que teria conseguido, mesmo sem ela, mas não consigo imaginar como. Também não consigo vislumbrar como poderia ter conseguido resultado melhor ou semelhante, sem contar com seu permanente acolhimento. Nunca em minha vida o significado da palavra *amor* ganhou contornos tão nítidos e claros, embora eu ainda entenda que esse parágrafo seja totalmente insatisfatório para expressar a minha gratidão e afeto. Cléo, unir-me a você para a formação de uma família (no sentido que escolhemos empregar a ela) foi a mais acertada decisão de minha vida. A conclusão desse trabalho, que extrai o melhor que eu pude dar de mim, é fruto do seu amor. Sem ele, muitos dos méritos que esse texto monográfico possa ter não estariam presentes. A palavra *gratidão* também parece insuficiente para expressar as luzes que você representou em meus caminhos.

Dedico, também, espaço destacado à minha mãe. A obviedade do significado do amor materno poderia tornar este trecho um pouco clichê. Pretendendo dele me esquivar, ajustando o foco do agradecimento não à mãe que a *Tia Sonia* é, mas à amiga que ela significa. A maior delas, capaz de promover gentileza e acolhimento ao filho-amigo nos momentos que ele mais precisou. Sem julgamentos e munida de um espírito quase revolucionário, minha mãe calibrou muitas de suas certezas, alterou concepções enraizadas em uma sociedade conservadora e ofereceu carinho em todos os momentos que precisei, ainda que essa necessidade fosse apenas me expressar, expressar dores e angústias. Distantes alguns bairros, estabelecemos conexões quase terapêuticas, por meio de ligações telefônicas diárias, nas quais minha mãe ouviu atentamente – e, mais uma vez, com acolhimento – minhas mais

perturbadoras inquietações. Esta não é tarefa fácil, sobretudo para uma mãe devotada à maternidade que alterou seu propósito de vida, passando a se dedicar somente a oferecer oportunidade aos filhos para serem cidadãos honestos, honrados e com maiores oportunidades de obter qualidade de vida por si próprios, bem além das oportunidades que ela mesma teve. Este ato, em meu sentir heroico, não é pouca coisa. Abdicar das próprias felicidades, prazeres e realizações em benefício de outro, ainda que seus filhos, não deve mesmo ser tarefa fácil. Sendo, assim, mãe, obrigado por dedicar sua vida para me dar oportunidades de prosperar no que eu quisesse ser. Este trabalho é resultado de sua devoção e de todos os sacrifícios que somente poucas pessoas sabem que você fez e em ainda menor número são capazes de fazer. Eu sou uma das pessoas que reconhece sua devoção e sacrifícios. E consegui, minha querida mãe-amiga, concluir esta etapa de um dos meus maiores sonhos. Espero que esteja à altura do que merece, pois você foi em minha vida luz, força e, também, caminhos.

Preciso dedicar, também, um espaço destacado a meu orientador, Carlos Nelson Konder. Ao planejar esses agradecimentos, minha mente sempre incluiu a sua imagem ao lado das pessoas mais importantes da minha vida. Senti-me, em certos momentos, desencorajado a escrever o que o leitor terá acesso a seguir, temendo parecer bajulador, ou mesmo inoportuno, inadequado. Após refletir um pouco mais, pensei que o ônus de tal imputação seria bem menos importante que manifestar, ao menos aqui, o que ele significou para mim. Konder foi o melhor professor que tive na minha vida (e, aqui, incluo os professores de ensino primário, secundário, graduação e todas as pós-graduações que cursei). Solicitei e tive o privilégio de ser aceito por ele como seu orientando em duas oportunidades, nesta e em outra, há cerca de 10 anos atrás. Em ambas, aprendi, pelo exemplo dele, o que é ser, de fato, um professor, um mestre. Sua dedicação aos alunos, seu esmero para o atingimento da excelência e seu indubitável dom de ensinar sempre foram objeto de profunda admiração que eu nutria por ele. Porém, desta vez e nos momentos mais agudos desse trabalho, meu querido professor revelou-me atributos muito maiores que todos os demais que acabo de mencionar: solidariedade, sensibilidade, empatia e humanidade com que trata seus alunos. O acolhimento que me ofereceu veio de onde eu sequer poderia imaginar. Se se tornassem públicos os gestos de amor e solidariedade por um outro ser humano, como aqueles que dedicou a mim, este parágrafo ganharia cores mais nítidas e, certamente, o leitor afastaria qualquer

sensação de pieguismo que, porventura, esteja tendo. Deixarei de citar fatos e me concentrarei, aqui, em agradecer a mais valiosa lição que o professor Carlos Nelson Konder me deu, lição esta que ultrapassa as fronteiras do direito e de qualquer pretensa ciência: olhar para os alunos com humanidade. Obrigado, professor, por esse último (o mais importante de todos) ensinamento. Quero ser um professor, daqui em diante, mais atento aos meus alunos como seres humanos, em suas amplas complexidades, e não como somente estudantes de um conhecimento específico.

Agradeço àqueles que nos deixaram, reflexo da finitude da existência humana, mas que na construção da minha história exerceram papel significativo para que eu aqui chegasse. Parece-me, como um dia disse o finado compositor João Nogueira, a par da morte da cantora Clara Nunes, ser mais fácil entender a morte que a vida. Por isso, em vida, passei a tentar compreender a partida de meu finado pai biológico. Suas escolhas, sua relação comigo e sua forma de amar foram reflexões que gravitaram em torno do meu ser, desde sua morte. Curioso observar que seu falecimento significou a total reconciliação entre nós, significou, talvez, a paz existencial que eu tanto busquei enquanto estava presente, de corpo e de alma, não sem turbulências e sofrimentos no processo de pacificação. Com sua partida, entendi, finalmente, que à sua maneira, observada a complexidade de sua experiência humana nesta vida, você ofereceu suas contribuições a quem eu sou e a tudo aquilo que eu atribuí o valor de conquista. À sua maneira você me amou, hoje sei, e eu vou seguir te amando e agradecido por tudo aquilo que você pode e soube fazer por mim. Estamos em paz, você e eu.

Em seguida, guardo lugar especial a meu pai afetivo, meu *dindo* Celso, que se esforçou para ser meu pai, meu amigo, meu incentivador e, enquanto pôde, financiador dos meus estudos, ainda que às custas de seu próprio bem-estar financeiro. Sua partida, decorrente de uma pandemia que vai sendo superada, deixa em mim uma constante busca das razões para o fim, já que tantos de nós permanecemos aqui, após a tragédia. Agarro-me a seu legado e seus ensinamentos de amor, que, segundo seu exemplo, não ficam restritos aos laços de sangue, tom da pele, religião ou ideologia política. Seu afeto foi dirigido a tudo e a todos que dele precisaram e, no meu caso especial, a migração da posição de *dindo* para *pai*, desprovida essa mudança de qualquer vínculo sanguíneo, é o seu legado e dele não quero me afastar, jamais.

Completando a minha tríplice sustentação existencial em vínculos afetivos com homens (gênero masculino) mais velhos (diz o ditado popular que “*Freud explica*”), um agradecimento a meu avô, Dirceu. Se meus *pais* foram pais valiosos, cada um à sua maneira, *vovô* Dirceu foi pai e avô. Em trabalhos acadêmicos anteriores já tive a oportunidade de registrar meu agradecimento a ele, mas nesta oportunidade é momento, apenas, de expressar que todos aqueles ensinamentos, quando nos sentávamos à mesa de sua cozinha e debatíamos história, sonhos, mundo, ideologias, injustiças, fé, política e tantos outros aspectos da sociedade, da civilização e do ser humano, ainda permeiam e orientam os meus valores e condutas. Esses ensinamentos me trouxeram até aqui. Espero que minha trajetória e o ser humano que me tornei estejam à altura do que você imaginava para mim e de seu esforço para me oferecer oportunidades de ser o que sou hoje.

Agradeço aos demais membros da família, todos eles que, cada um a seu jeito, contribuíram para este trabalho e para a minha formação como estudante e como indivíduo, reservando espaço destacado à minha amada *maninha*, Fernanda, que nunca deixou a distância de mais de 12.000km nos afastar, superando minhas constantes negligências dos últimos meses, quando repetidamente expliquei minha ausência (ainda que virtual) em “*razão dos estudos do mestrado*”. Dedico este trabalho ao meu pequeno e mais novo sobrinho/afilhado, Ben. Sua simples existência transformou meu afeto e brotou de mim amor, muito amor, por esse pequenino!

Obrigado, também, à *Dinda* Vera, meus primos-irmãos, Vini (o *Maina*) e Pedro; meus sobrinhos Pedrinho, Tom e Bruninho (este último, meu amado afilhado, que teve sonogados diversos momentos com seu *dindo* no último ano. Peço desculpas e prometo recompensá-lo nos próximos passos). Agradeço também à minha prima Tati e demais membros da família Galvão. Ainda no seio familiar, agradeço aos membros da família Marano, meu tio Ricardo (que de mim se aproximou mais, no vácuo deixado pelo falecimento dos meus pais) e meus primos Bruno e Lucas. À Nani, minha segunda mãe, e minhas afilhadas, Nandinha e Kiki, amores do dindo!

Devo agradecer também à minha sogra, Inês, que tanto cuidou de meu filhote de quatro patas, Malthus, oferecendo-me tempo para estudos e, também, para descanso e lazer. Tanto amor vem da Inês – e somente amor -, em seus pequenos e grandes gestos! Uma verdadeira lição. Ao lado dela, agradeço a meu sogro, Roberto, por me oferecer carinho e um espaço de acolhimento e paz, em sua casa,

que se confunde e mistura à “natureza intocada”. Itamonte-MG e seu lar se tornaram meu refúgio favorito, um local de convalescimento, quando as dores da vida urbana cotidiana se tornavam doídas ao extremo. Um ambiente onde me senti sempre protegido e sereno, quando todo o resto parecia me encurralar. Lá, com Roberto, encontrei os momentos de maior paz dos últimos anos e de maior conexão com tudo que é, efetivamente, importante para mim.

Agradeço a todos os amigos que, nos últimos dois anos, insistiram em conservar nossa amizade, a despeito de todos os momentos conturbados. Pelo que representaram nos últimos tempos, merecem destaque dois deles: meu querido parceiro de música e troca de ideias e ideais mais profundos, Rodrigo Neves, para mim o *Rodriguinho*. Este amigo, tão diferente e tão igual, sempre foi o meu “abrigo” para o diálogo e para as trocas de pensamentos sem temor de julgamentos. Lugar especial no meu coração foi conquistado por “meu amigo, meu amigo Ted”, para quem compus a minha canção favorita e com quem divido não só o gosto pela música, mas também as inquietações humanas e sociais. Dividimos formações e experiências de vida muito distintas e, nessas trocas, sempre muito gentis e baseadas mais na escuta que na voz, acredito que estejamos crescendo como seres humanos, na mesma medida de nossa amizade. Obrigado, gringo mais carioca do planeta!

Também agradeço a todos os amigos da turma do mestrado, em especial, meu amigo Pedro Gueiros, minha mais constante (quase exclusiva) dupla nos trabalhos acadêmicos e parceiro de reflexões das mais variadas. Quanto aprendizado trocamos, de vida e de estudos! Agradeço também aos queridíssimos amigos do Marano Advogados, Gabriela Riente, Lucas de Oliveira e David Alves. Não há palavras para agradecer o suporte – e a paciência – nos momentos de ausência prolongada. Aos amigos de infância, Duduzão, Duduzinho, Fafildo, Fernandinho e “PV”. Aos amigos “irmãos Gavioli”, Renan “Arruda” e Rafael “Esponja”. Também agradeço aos amigos de longuíssima data que, cada um a seu estilo, também me ajudaram e incentivaram na caminhada, em especial Daniel Bucar, querido comigo desde sempre, e Ian Bussinger, parceiro de trocas de ideias nos mais diversificados temas. Todos esses amigos também foram luzes. À profissional Carla Linhares, que me ajudou, com acolhimento e eficiência, a superar obstáculos que, em alguns momentos, pareciam intransponíveis.

Por último, meu filho, Malthus. Ainda há muita resistência na sociedade em conceber um canino como membro de uma família. Para mim, família é o que reconhecemos como tal. Sendo assim, não há quem possa me convencer que meu “pitchulico” não é filho meu, pois o amor que de mim transborda por ele foi fonte constante de força para seguir, de lutar e de alcançar os meus objetivos e propósitos, mesmo nos momentos mais duros. Quem há de dizer que meu pequeno Malthus não ostenta a posição de um filho, se é nele e em seu bem-estar que penso a todo tempo e por quem não tendo a medir qualquer esforço para ver feliz? Nos momentos de escuridão, meu pequeno, você também foi luz. Obrigado.

RESUMO

MARANO, Pablo Galvão. Relativização da presunção de paridade nos contratos civis. 2023. 140 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2023.

A Lei 13.874/2019, ao introduzir o artigo 421-A ao Código Civil, trouxe renovada oportunidade de debate sobre a presunção de paridade dos contratos civis (aqui, contemplados os contratos interempresariais), nas hipóteses em que haja “a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Assim, o presente estudo se dedica a investigar os parâmetros interpretativos aptos a afastar a presunção de paridade. Propõe-se, portanto, olhar mais atento às circunstâncias que gravitam em torno das contratações, a partir da perspectiva dos poderes negociais ostentados pelas partes da relação jurídica. A partir dos parâmetros propostos, acredita-se ser possível a superação das técnicas de interpretação que, embora reconheçam à paridade dos contratos civis apenas uma presunção, pouca atenção dedicam à efetiva investigação dos poderes negociais envolvidos.

Palavras-chave: Contratos civis. Presunção de paridade.

ABSTRACT

MARANO, Pablo Galvão. Relativization of the presumption of parity in civil contracts. 2023. 140 p. Dissertation (Professional Master's Degree in Contemporary Civil Law and Legal Practice) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2023.

The Law 13.874/2019, by introducing article 421-A to the Civil Code, brought a renewed opportunity for debate on the presumption of parity in civil contracts (here, intercompany contracts are included), in cases where there is “the presence of concrete elements justify the rebuttal of that presumption”. Thus, the present study is dedicated to investigating the interpretive parameters able to rule out the presumption of parity. Therefore, it is proposed to take a closer look at the circumstances that revolve around hiring, from the perspective of the negotiating powers held by the parties to the legal relationship. Based on the proposed parameters, it is believed to be possible to overcome the interpretation techniques that, although they recognize the parity of civil contracts as just a presumption, pay little attention to the effective investigation of the negotiating powers involved.

Keywords: Civil contracts. Presumption of parity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A DISPARIDADE DE PODERES NEGOCIAIS EM CONTRATOS CIVIS.....	18
1.1. A experiência brasileira e a qualificação dualista dos contratos	18
1.2. A insuficiência da qualificação dualista: entre o intervencionismo intenso e a ampla liberdade de contratar, os contratos na terra <i>di mezzo</i>	24
1.3. A fenda aberta pela Lei da Liberdade Econômica: mirou o que viu; acertou o que não viu	37
1.4. A justiça contratual como valor do ordenamento: o equilíbrio contratual em contratos presumidamente paritários	41
2. CONTRATOS CIVIS NÃO PARITÁRIOS E A SUA QUALIFICAÇÃO.....	52
2.1. Os contratos civis não paritários no contexto da superação do voluntarismo.....	52
2.2. Papel da autonomia negocial na qualificação dos contratos civis não paritários.....	66
2.3. Contratos de adesão não consumeristas e os contratos civis negociados não paritários: necessárias distinções	73
3. PARÂMETROS PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE PARIDADE DOS CONTRATOS CIVIS	84
3.1. A necessidade de edificação de parâmetros interpretativos para afastamento de tal presunção	84
3.2. Proposta de parâmetros para afastamento da presunção de paridade dos contratos civis	92
3.2.1. Dependência econômica	95
3.2.2. Mercados monopolizados ou oligopolizados	107
3.2.3. Práticas contratuais homogêneas no segmento de mercado do agente de poderes negociais prevalentes	117
CONCLUSÃO.....	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esse trabalho acadêmico já pairava em minha cabeça antes mesmo de entrar no curso do mestrado. Em minha experiência profissional de mais de 10 anos com contratos, desde logo, me causou inquietação as assimetrias de poder negocial que, com maior frequência que se possa imaginar, se articulavam em torno do negócio jurídico.

Ao aprofundar o estudo sobre os poderes negociais, sobretudo durante o curso do mestrado, concluí que o tema ainda se encontra enraizado em clássicas construções doutrinárias, tendentes a construir um amplo espaço de liberdade para os contratos civis (em especial os interempresariais), sem que se reserve ambiente para investigação dos efetivos poderes negociais em jogo. Ou seja, a doutrina, ainda bastante ancorada a certos entendimentos alçados à qualidade de dogmas do direito privado, parece ter disponibilizado espaço bastante reduzido, quase inexistente, para ponderar se os poderes negociais descalibrados nas tratativas de contratos qualificados como civis merecem a mesma proteção emergente da liberdade de contratar daqueles efetivamente paritários.

Somando-se às construções doutrinárias clássicas, as teorias econômicas, seja da Escola de Chicago ou de outras que se dedicam a analisar trocas de riquezas sob o prisma da *eficiência*, ganharam filiação e espaço em escolas de direito no Brasil. Sem desmerecer tais teorias, é bem de ver que o raciocínio jurídico que aspira uma hermenêutica centrada na eficiência, em detrimento da promoção dos demais valores articulados no vértice normativo do ordenamento, a Constituição, merece reflexão cautelosa, talvez, um novo olhar.

Parece, com efeito, que poucas vozes discordam que a desigualdade de riquezas e social é um problema fundamental do Brasil. Deste modo, na perspectiva proposta nesse estudo, é relevante que a análise de institutos jurídicos, métodos e teorias sejam ponderados, constante e criticamente, promovendo-se a interação entre todos os valores do nosso ordenamento, em especial aqueles que se alocam no vértice normativo de nosso sistema, a Constituição da República. Assim, com especial atenção às circunstâncias, ao contexto em que se inserem e à realidade social de nosso tempo, é preciso jogar luzes nas assimetrias existentes em solo brasileiro, as quais também se manifestam e se revelam no âmbito da estruturação de negócios jurídicos, dos contratos, e não somente os de consumo, mas também os civis. É a

proposta deste trabalho, pois, que o direito projete olhar mais sensível e atento às desigualdades de poderes (no caso desse estudo, poderes negociais), oferecendo tutela adequada às situações jurídicas em que as assimetrias se manifestem, o que de resto reforçará a proteção à liberdade de contratar, quando o contrato resultar de uma atividade contratual efetivamente balanceada, no que diz respeito às forças de barganha ostentadas pelas partes.

Parece ilustrativa a perspectiva dos contratos de locação celebrados entre shoppings centers e lojistas, considerando a distinção que costuma conduzir a categorização destes últimos: lojas âncoras e lojas satélites. Em regra, enquanto os primeiros gozam de força negocial compatível, calibrada, em relação àquela detida pela contraparte, no segundo caso o mesmo nem sempre fica evidenciado, embora ambas as contratações sejam qualificadas como civis. O exemplo parece clamar por um olhar mais sensível aos poderes negociais em jogo, a partir do reconhecimento de que, mesmo no âmbito de contratos civis (e, portanto, presumidamente paritárias), mesmo se tratando do mesmo tipo contratual e, ainda, da mesma contraparte (no caso, o shopping center) há situações em que a paridade de forças para determinar o regulamento do contrato não está presente, evidenciando contrastes que, eventualmente, podem transbordar para um programa contratual desequilibrado.

Diante deste cenário, a Lei 13.874/2019¹, ao introduzir o artigo 421-A ao Código Civil², trouxe renovada oportunidade de debate sobre a presunção de

¹ A referida lei, designada como Lei da Liberdade Econômica, parece não produzir relevantes efeitos práticos, como tem observado a doutrina. Por todos, reportamo-nos a Anderson Schreiber, com a observação de que “A lei 13.874/2019 é, de novo, um exemplo, a começar pelo seu próprio nome: uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica revela já em seu título um propósito um pouco mais panfletário do que aquele que se deveria esperar de uma lei ordinária”. SCHREIBER, Anderson. *Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 08.12.2021>. Acesso em: 19.05.2022. Todavia, a norma sinaliza um crescente movimento legislativo, impulsionado por parcela da doutrina ressentida pela falta de tratamento específico para os contratos interempresariais, em que sua tutela observe regras e princípios próprios para os agentes econômicos. Sobre tal perspectiva, recomenda-se a leitura de FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, e, especificamente, sobre a Lei da Liberdade Econômica, YAMASHITA, Hugo Tubone. *Revisão de contratos empresariais na Lei da Liberdade Econômica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/hugo-yamashita-revisao-contratos-lei-liberdade-economica>>. Acesso em 25/08/2021.

² Artigo 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

paridade dos contratos civis (incluindo os contratos interempresariais), nas hipóteses em que haja “a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. O comando legal deve atrair maior atenção dos operadores do direito para edificar parâmetros interpretativos seguros e objetivos para o afastamento da presunção de paridade, atraindo, por consequência, tutela diferenciada nas hipóteses em que haja disparidade de poderes negociais. Como observa Gustavo Tepedino, “A análise dos institutos fundamentais do direito civil impõe, como premissa metodológica indispensável, a reflexão acerca dos critérios interpretativos que devem nortear o intérprete na contínua reconstrução das categorias de direito privado, examinando-se, a partir daí, as inovações legislativas”.³

Ainda que a doutrina, bem antes do advento do mencionado artigo 421-A do Código Civil, atribuisse à paridade dos contratos civis apenas a qualidade de presunção, é bem de ver que, na experiência brasileira, pouca – ou nenhuma – efetiva investigação dos poderes negociais detidos pelas partes contratantes costuma ser dedicada pelo intérprete, de sorte que a mencionada *presunção* finda por, na prática, se tornar regra inderrogável, atraindo, por consequência, a celebração de muitos contratos iníquos, que afrontam a ordem jurídica e os valores norteadores de nosso ordenamento jurídico.

É bem de ver que a paridade presumida dos contratos foi questionada com contundência apenas nas relações de consumo, o que culminou com a edificação da tutela diferenciada para as relações assim qualificadas, ou em raros tipos contratuais civis específicos, sem que um olhar mais atento aos poderes negociais fosse lançado sobre as relações jurídicas contratualizadas cíveis, independentemente do tipo contratual avençado.

O presente trabalho tem a finalidade, portanto, de propor parâmetros interpretativos, de caráter objetivo, aptos a afastar a presunção de paridade dos contratos civis na presença de um deles. Nesse sentido, não se pretende questionar a presunção de paridade dos contratos civis em si, mas sim propor parâmetros que, em sua presença na relação concretamente considerada, seja afastada a presunção

jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que [...] (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

³ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 141.

legal, oportunizando ao intérprete um olhar mais minudente e cuidadoso para o equilíbrio do contrato.

Para esse mister, este estudo parte da análise crítica do contexto brasileiro tendente a compartimentalizar as relações contratualizadas em somente duas categorias, quais sejam, os contratos de consumo, presumidamente assimétricos, e os contratos civis, presumidamente paritários, o que nos parece se tratar de equívoco metodológico que confere tutela indistinta a uma grande quantidade de contratações que, a despeito de se qualificarem como contratos civis, não apresentam simetria de poderes negociais.

Em seguida, são analisados alguns institutos e figuras jurídicas, como os princípios do equilíbrio contratual e da autonomia negocial, bem como as noções de paridade (ou ausência dela) e de contratos de adesão, propondo-se uma reflexão sobre esta correlação habitualmente realizada por doutrina e jurisprudência.

Por fim, apresentam-se os parâmetros interpretativos propostos por esse trabalho, para que, em sua presença, a regra geral seja invertida, ao efeito de que a presunção de paridade seja afastada. Como será abordado neste estudo, o afastamento da presunção não deve significar reconhecimento de abusividade. Ao contrário, o afastamento da presunção de paridade tem como efeito obrigar o intérprete do caso concreto a investigar os efetivos poderes negociais dos contratantes, de modo que o afastamento da presunção se realiza em momento anterior ao controle de conteúdo do contrato, ou seja, a avaliação do merecimento de tutela do negócio.

Assim, o primeiro capítulo se dedica ao estudo do contexto brasileiro, a partir de abordagem crítica da classificação dualista que se consolidou na doutrina e na jurisprudência, propondo-se maior reflexão sobre a (in)suficiência da classificação bipartida entre contratos de consumo e contratos civis. Ainda neste capítulo é abordada a oportunidade trazida pela Lei da Liberdade Econômica, a partir do artigo 421-A do Código Civil, que, paradoxalmente aos objetivos expressamente declarados, coloca em xeque as técnicas interpretativas que vêm sendo aplicadas em relação aos contratos civis, sem análise efetiva dos poderes negociais em jogo. Por fim, é abordado o princípio do equilíbrio contratual, como fundamento jurídico para o estudo em tela.

Em seguida, o segundo capítulo realiza análise dos contratos civis, a partir da superação do voluntarismo que, nos espaços dogmáticos clássicos, nortearam a

hermenêutica em relação aos contratos, sobretudo e ainda hoje, os civis. Consequentemente, é abordada também a evolução da autonomia privada, realizando-se cotejo entre as noções contemporâneas de autonomia negocial e a relevância dessa concepção para o estudo da paridade negocial presumida. Na sequência, é proposta revisão crítica sobre os conceitos e premissas que gravitam em torno dos contratos de adesão, propondo-se um novo olhar acerca da vinculação, até então tida como indissolúvel, entre contratos de adesão e a paridade negocial. Propõe-se assim a desvinculação desses conceitos, a partir de uma observação mais atenta ao contexto contemporâneo e o uso dos contratos de adesão nas relações não consumeristas, em especial aquelas comumente designadas como interempresariais, o que permite identificar contratos de adesão em que inexiste assimetrias de poderes negociais, na mesma medida que permite a observação de contratos negociados assimétricos.

Finalmente, no terceiro capítulo, são inicialmente apresentadas as razões que impulsionaram o presente estudo, no sentido de que sejam apresentados os fundamentos que justificam a necessidade de edificação de parâmetros para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis, abordando-se, inclusive, a experiência italiana, a partir da teoria denominada *il terzo contratto*. A seguir, são propostos três parâmetros para o afastamento da presunção estudada nesse trabalho, bem como as suas respectivas regras de aplicação na perspectiva apresentada.

Portanto, este trabalho se propõe, a partir da construção de parâmetros para afastamento da presunção de paridade, a edificar instrumentos aptos a superar o tratamento inadequado de contratos civis em que há disparidade de poderes negociais, à medida que, exprimindo valores do ordenamento, oferecerá salutar diferenciação: aos contratos civis efetivamente negociados, em igualdade de poderes, será conferida maior proteção ao programa contratual, em prestígio aos princípios da autonomia negocial e da força obrigatória; já no caso daqueles em que se evidenciar a disparidade de poderes negociais, a partir de parâmetros objetivos, será afastada a presunção de paridade e, por consequência, será conferida tutela diferenciada a tal relação, a partir de uma investigação mais atenta do intérprete ao conteúdo da avença.

1. A DISPARIDADE DE PODERES NEGOCIAIS EM CONTRATOS CIVIS

1.1.A experiência brasileira e a qualificação dualista dos contratos

Na ordem jurídica vigente no Brasil, a partir da unificação do direito obrigacional pelo Código Civil⁴, doutrina e jurisprudência classificam, do ponto de vista subjetivo, os contratos em duas categorias, quais sejam, os contratos civis (celebrados entre não profissionais; ou entre profissionais, comumente designados como contratos empresariais ou interempresariais) e os contratos de consumo (celebrados entre consumidor, de um lado, e profissional, de outro)⁵. Enquanto aqueles são presumidamente paritários, estes são interpretados favoravelmente ao consumidor, sendo presumida a sua vulnerabilidade.

Como consequência, em prestígio à paridade presumida, nos contratos civis prevalece entendimento que autoriza aplicação revigorada dos princípios clássicos dos contratos, em especial, a autonomia privada e a força obrigatória da avença, sem maior investigação sobre a efetiva paridade negocial entre as partes e, ao fim e ao cabo, do próprio equilíbrio do programa contratual. De mais a mais, a revisão dos contratos civis é dificultosa, quer pela timidez do Poder Judiciário⁶, quer pelo invólucro construído em torno do programa contratual, o qual brota da mencionada presunção de paridade⁷.

Até os dias atuais, diversamente do que se passou no estudo da figura da pessoa jurídica como consumidora, pouca atenção parece dedicada às situações jurídicas

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento *In Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. volume 3, Editorial, Jan-Mar 2015, *passim*.

⁵ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.89.

⁶ A timidez do Poder Judiciário em relação a revisão dos contratos pode ser constatada, a título exemplificativo, em substancial obra dedicada ao estudo da aplicação dos princípios contemporâneos dos contratos (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio do contrato) no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O estudo demonstra a timidez na aplicação de princípios como fundamento para a revisão dos contratos. TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019.

⁷ Nesse sentido, confira-se o teor do Parágrafo Único, do artigo 421, do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.874, de 2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica (aqui e adiante, designaremos, simplesmente, LLE): “*Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.*”

em que o contrato se qualifica, de fato, como civil – ou seja, não sendo tutelado pelo direito do consumidor -, mas ostenta disparidade de poderes negociais⁸.

Na tradição civilista brasileira, na mesma esteira dos demais países de família romano-germânica⁹, persiste ainda certo apego às categorizações de institutos jurídicos e às classificações no processo de qualificação, o que, em larga medida, revela-se como fonte de tratamento inadequado de certas situações jurídicas que, não se acomodando perfeitamente a dada categoria, são enquadrados a partir de esforço hermenêutico que menos contribui à uma adequada tutela e mais se revela um vexo de categorização em si. Nesse sentido, adverte Pietro Perlingieri: “É necessário pôr freio na tendência ao conceitualismo como hábito mental, comum tanto na doutrina quanto nas decisões jurisprudenciais, evitando o excesso das abstrações e das generalizações”.¹⁰

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, anterior à entrada em vigor do Código Civil, iniciou-se amplo debate doutrinário acerca do conceito de consumidor e da qualificação dos contratos de consumo¹¹. Afinal, a legislação consumerista, em seu artigo 2º¹², efetivamente, abriu fenda para o oportuno debate sobre quem é e quem não é consumidor, notadamente no que diz respeito aos profissionais, em especial, às sociedades empresárias. Nesse exato sentido, Cláudia

⁸ Excepcionalmente, a doutrina tangencia o tema, notadamente ao investigar os chamados contratos de adesão em relações civis e empresariais, merecendo referência o estudo feito por Deborah Pereira Pinto dos Santos, em sua dissertação de mestrado. DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

⁹ Segundo Pietro Perlingieri, “É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e a sua historicidade [...] É necessário desvincular-se dos apertos de um sistema historicamente superado, dar maior espaço aos institutos mais presentes na realidade atual e reservar menor atenção àqueles já ultrapassados”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.81.

¹¹ “Inevitável a referência à discussão acerca da caracterização da pessoa jurídica como consumidora, para efeitos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor [...] o empresário ou a sociedade empresária, uma vez subsumidos à categoria de consumidor, estariam sujeitos ao código especial e à lógica específica do sistema consumerista, corporificada naquele diploma”. FORGIANI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 29.

¹² CDC, art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Lima Marques expressa a preocupação nuclear emergente do advento do Código de Defesa do Consumidor:

“Assim, o grande desafio do intérprete do CDC, como Código que regula uma relação entre privados, é saber diferenciar e saber ‘ver’ quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado.”¹³

Os desafios parecem ter sua origem no próprio texto legal, à medida que o Código de Defesa do Consumidor, diversamente do que se passou na Alemanha e na França, não excluiu de sua tutela os contratos celebrados por profissionais¹⁴, admitindo que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”¹⁵, centrando-se o debate no conceito de *destinatário final* contido na norma consumerista¹⁶. Assim, emergiu a dúvida que deu azo às controvérsias doutrinárias, à medida que o código consumerista não esclarece se o sujeito que adquire um bem ou serviço para utilizá-lo em sua profissão também seria considerado destinatário final e, portanto, consumidor¹⁷.

Assim, doutrina dividiu-se em duas correntes iniciais: finalistas e maximalistas. Em conceituação sintética¹⁸, a teoria finalista pode ser definida de maneira mais restrita, em que o consumidor seria a pessoa que se enquadra como destinatário final, assim entendido o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, independentemente de ser pessoa física ou jurídica¹⁹, não se enquadrando como consumidora quando adquirir produtos ou serviços utilizados em sua atividade

¹³ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.89.

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.93.

¹⁵ CDC, art. 2º.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 29.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.93.

¹⁸ O presente estudo não pretende aprofundar o debate sobre as teorias emergentes da doutrina consumeristas, à medida que fugiriam do objetivo nuclear deste trabalho.

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.93.

profissional, não podendo ser usuária intermediária²⁰. Já a teoria maximalista, em apertada síntese, sustenta uma aplicação ampliada da definição contida no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, em que o consumidor seria o destinatário fático do produto, independentemente de seus atributos individuais (profissional ou não profissional)²¹, de modo que o diploma consumerista funcionaria como novo regulamento geral do mercado brasileiro.²²

Tendo, inicialmente, prevalecido a teoria finalista, após o advento do Código Civil a doutrina consumerista, com apoio dos tribunais superiores, concebeu a teoria do finalismo aprofundado, para qual nos casos que envolvem pequenos profissionais que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, conclui-se por seu enquadramento como consumidor, desde que evidenciada a sua vulnerabilidade²³.

Portanto, após longo período de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se afirmar ter prevalecido a aplicação da teoria finalista aprofundada, a qual teria superado as doutrinas finalista e maximalista. Todavia, tal perspectiva ampliou a noção de consumidor – em relação à teoria finalista, até então prevalecente – e desconsiderou a aptidão do próprio Código Civil e da teoria geral dos contratos para lidar com contratações entre profissionais, em que há assimetria de poderes negociais.

Observa-se, pois, a consolidação de perspectiva dualizada entre contratos civis e de consumo²⁴ e, ao lado desta, o alargamento do conceito de consumidor²⁵, que

²⁰ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 29.

²¹ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.95.

²² FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 29.

²³ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.97.

²⁴ Há, ainda, a corrente que contempla a categoria de contratos empresariais, cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. No entanto, como será explicitado mais adiante, neste estudo adota-se a perspectiva de que contratos interempresariais se qualificam no âmbito dos contratos civis.

²⁵ Paulo Lôbo, embora concorde com tal concepção, em contraste com a posição adotada nesse estudo, reconhece o alargamento do conceito de consumidor: “*tem havido certo elastério do conceito no STJ, no sentido de distinguir entre os produtos e serviços que se destinam a integrar a atividade final da empresa, como seu elemento ou insumo, e os que se destinam meramente às suas atividades intermediárias*”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.32.

parece revelar certo descuido com as situações jurídicas em que, a despeito de nenhum dos agentes na relação jurídica se enquadrar – efetivamente - como consumidora e, portanto, qualificar-se a contratação como civil e presumidamente paritária, existiria entre elas assimetria de poderes negociais.

Importante abrir-se breve parêntese, nesse ponto, acerca da opção metodológica adotada nesse estudo, no sentido de rejeitar a formação de microssistemas²⁶, tendente a promover fraturas na unidade do ordenamento jurídico²⁷. A esse respeito, Pietro Perlingieri adverte:

Não pode, portanto, ser favorecida a ‘tendência das regras de cada categoria de se organizarem em conjuntos normativos, que, em relação à globalidade do direito positivo, se apresentam como sistemas parciais (os institutos, as matérias, as divisões)’. Qualquer instituto, matéria, etc., é sempre e somente o resultado hermenêutico de todo o direito positivo. A interpretação ou é sistemática (a trezentos e sessenta graus) ou não é interpretação. Os chamados sistemas parciais são, no mais das vezes, o resultado de uma primeira, provisória, abordagem, diante da qual o intérprete não pode se ater, especialmente, na presença de valores fundamentais destinados a funcionalizar cada ‘instituto’ e à luz dos quais é mister exprimir valorações de validade e de legitimidade.²⁸

Assim, há quem sustente a existência de um direito geral, a partir do Código Civil, e dois direitos especiais, quais sejam, o direito da empresa e o direito do

²⁶ Na perspectiva de Natalino Irti, ao abordar a descodificação do direito civil, o fenômeno se relaciona ao surgimento, a partir da segunda metade do século XX, de diplomas setoriais, especiais, cuja a disciplina é reservada a tratar de um tema específico, sem aspirar tratamento geral, sóis como ocorre com os Códigos Civis. Cf. IRTI, Natalino. L’età dela decodificazione. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, V.1., p. 418. Já Cláudia Lima Marques entende o microssistema – ao tratar especificamente do código consumerista - como “sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado”. Cf. BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.57. Nada obstante, Pietro Perlingieri adverte que a existência de leis especiais, setoriais, cujo tratamento é conferido em atenção às específicas peculiaridades de certas matérias, não implica na concepção de microssistemas, assim entendidos como unidades normativas isoladas, à medida que “a multiplicidade das regras e dos princípios, o seu diverso grau de relevância normativa, a complexidade da sociedade não requerem um ordenamento jurídico com estrutura polissistêmica, em que as disposições assumem significados segundo o sistema ou subsistema ao qual pertencem. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209.

²⁷ Conforme lição de Pietro Perlingieri, não é possível romper-se a unidade do ordenamento, concebendo-o como um conjunto de microssistemas do mesmo nível ou nível diverso. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 211.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210.

consumidor²⁹. O presente estudo refuta tal concepção, em tributo à unidade do sistema jurídico brasileiro e à unificação do direito obrigacional a partir do Código Civil, ao efeito de que a tutela de todo e qualquer contrato é conferida, *prima facie*, pela teoria geral dos contratos, cabendo às leis especiais o tratamento específico a certas situações jurídicas, como é o caso dos contratos de consumo, sem rupturas, em tal processo hermenêutico, com a teoria geral dos contratos. Conforme esclarecem Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, ao analisar as numerosas leis especiais, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a concepção de microssistemas promoveria fissura na unidade do ordenamento:

Tais leis não devem, contudo, ser concebidas como microssistemas autônomos, doutrina que representaria grave fragmentação da unidade do ordenamento jurídico. Tal cenário, além de politicamente indesejável, não parece possa ser admitido diante da realidade constitucional. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.³⁰

Na mesma ordem de ideias, rejeita-se também, neste trabalho, o entendimento pela necessidade de um microssistema do direito empresarial, discussão essa que a própria Lei da Liberdade Econômica parece ter contribuído para a superação³¹, à medida que o direito obrigacional, com suas bases ancoradas no Código Civil, está apto a tutelar adequadamente situações jurídicas com perfis diversificados, seja uma relação civil *stricto sensu* (entre não profissionais) ou interempresarial; seja uma relação civil com ou sem assimetria de poderes negociais. Nesse sentido é o entendimento de Gustavo Tepedino:

Isto porque 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 [...] Afinal, 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

²⁹ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.89.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

³¹ Aprofundaremos esse entendimento no item 1.3., infra.

rígido [...] Nesse cenário, com o propósito de estabelecer padrões hermenêuticos coerentes, assume relevância a distinção estabelecida pelo constituinte, fundamentada não mais em aspectos estruturais e estáticos, mas em critérios funcionais e dinâmicos, que aparta as relações existenciais das patrimoniais. Nestas últimas privilegia-se, sem ruptura do sistema, o legítimo escopo econômico dos titulares, justificando-se assim o tratamento igualitário das partes nos contratos empresariais, em que há simetria de informações entre os contratantes. Não há aqui fuga do sistema mas reconhecimento da legitimidade da autonomia privada no âmbito do mesmo sistema jurídico que agrega e concilia valores sociais e existenciais [...] Na legalidade constitucional, as peculiaridades dos contratos empresariais encontram plena justificação axiológica, sendo inconcebível, por exemplo, a leitura dos princípios acima mencionados associados à pretensa vulnerabilidade em relações paritárias. Tais singularidades, contudo, compatíveis com a pluralidade das fontes normativas e diversidade de cenários econômicos, não afastam a unidade do ordenamento e a necessidade de se rejeitar a fragmentação do sistema jurídico – e de sua tábua de valores – em que se manifesta a identidade cultural da sociedade.³²

O caminho traçado pela experiência brasileira não parece se afigurar o mais adequado, à medida que, a partir do alargamento do conceito de consumidor, intencionalmente ou não, findou por qualificar situações jurídicas que, a rigor, não seriam de consumo, na tutela do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, doutrina e jurisprudência centraram a análise na dualidade de categorias, quais sejam, contratos de consumo de um lado e contratos civis de outro, a despeito da adoção de processo de qualificação de contratos civis mais atento às peculiaridades que a situação jurídica impunha, na perspectiva dos poderes negociais em jogo.

É o que passamos a analisar.

1.2.A insuficiência da qualificação dualista: entre o intervencionismo intenso e a ampla liberdade de contratar, os contratos na terra *di mezzo*

O apego às categorizações, em especial no processo de qualificação dos contratos, encontra-se em crise, sendo exigido do intérprete atividade hermenêutica funcionalizada, que não se limita apenas à análise estrutural do negócio jurídico,

³² TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento *In Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. volume 3, Editorial, Jan-Mar 2015.

mas também demanda uma perspectiva funcionalizada da situação jurídica contratualizada³³. Nesse sentido é a posição de Carlos Nelson Konder:

A funcionalização da autonomia privada apresenta, além de sua acepção mais conceitual e valorativa – sua proteção pelo ordenamento está subordinada à finalidade perseguida por meio de seu exercício – um viés mais concreto e técnico. Ela significa, nesse segundo sentido, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil estrutural, por considerá-lo o mais adequado para individuar os interesses que as partes buscam realizar e tutelar.

Logo se percebe a afinidade entre as transformações operadas no processo de qualificação e a funcionalização, no sentido de superar o mero exame da presença ou ausência de certos elementos estruturais. Com a identificação da função a ser desempenhada pelo negócio, a determinação das normas aplicáveis, assim como o merecimento ou não de sua tutela por parte do ordenamento, tornam-se mais claros e condizentes com os preceitos constitucionais.³⁴

Conforme abordado no item antecedente, a opção metodológica que pretende qualificar os contratos em perspectiva dualista, entre contratos civis e de consumo, somada ao alargamento do conceito de consumidor, a partir da prevalência da teoria finalista aprofundada, parece ter resultado no tratamento questionável de diversas situações jurídicas contratualizadas que, a rigor, se enquadrariam na tutela dos contratos civis (e, por isso, presumidamente paritários), mas que são qualificados como contratos de consumo, a partir, justamente, da aplicação da teoria que amplia o conceito do consumidor, o que parece indicar opção doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial tendente a oferecer tutela mais atenta às discrepâncias de poderes negociais, o que a teoria consumerista primitiva parecia não realizar adequadamente. O reconhecimento das discrepâncias nos poderes negociais é bem-vindo; a trilha para se conferir tutela diferenciada para essas situações jurídicas é que ora se coloca em exame.

É que, na perspectiva dualizada e na concepção da teoria finalista, restavam contratações – sobretudo entre profissionais – tuteladas como contratos presumidamente paritários, já que a figura do consumidor, a partir da mencionada teoria, não contemplava certas situações jurídicas, a despeito dos notáveis

³³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 79.

³⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 32.

contrastes de poderes negociais, notadamente (mas não exclusivamente nesta hipótese) quando se identificava a existência de grandes conglomerados em um dos polos da relação contratual. Daí porque a teoria finalista aprofundada parece ter sido concebida – entre outras razões que se possa cogitar - para jogar luzes a tais situações jurídicas, atraindo para estas a tutela consumerista. Contudo, este trabalho propõe o questionamento dessa posição doutrinária e jurisprudencial, que não parece ter sido a opção mais acertada, seja pelas razões que a impulsionaram, seja pelos efeitos trazidos a partir de sua aplicação.

Evidenciam-se, a partir de tal contexto, duas questões metodológicas sobre as quais o presente estudo se debruça. A primeira diz respeito ao já mencionado apego pela categorização, em perspectiva exclusivamente (ou quase exclusivamente) estrutural, sem maior espaço para um processo de qualificação funcionalizado. Tal noção conduziu doutrina e jurisprudência a enxergarem tão somente duas opções de qualificação dos contratos, quais sejam, de consumo ou civis, em que nos primeiros presume-se a vulnerabilidade do consumidor e, no segundo caso, assume-se a relação jurídica como simétrica, dedicando-se pouca ou nenhuma atenção aos poderes existentes na atividade contratual, em especial em sua etapa pré-contratual.

Observando-se que, sob perspectiva estrutural, ao que tudo indica, o processo de qualificação resultava no enquadramento de certas contratações como cíveis – pois, a rigor, inexistia a figura de um consumidor -, mas com notórias assimetrias, o que, como se verá mais adiante, revelou-se fonte de contratos injustos, parece ter inquietado doutrina e jurisprudência. Assim, a ampliação do conceito de consumidor pode ter sido a opção metodológica encontrada para que, a partir da tutela do direito consumerista, maior espaço de intervenção estatal fosse autorizado para a correção de desequilíbrios, ainda que inexistisse, no pano de fundo, uma efetiva relação de consumo – e sim uma relação entre profissionais. Essa conclusão, a respeito das razões que impulsionaram a alteração no entendimento sobre o conceito do consumidor, pode ser extraída da própria exposição trazida por Cláudia Lima Marques, ao, expressamente, saudar a teoria do finalismo aprofundado, a partir de interpretação em que “casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente [...] em

se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade.”³⁵

De tal opção metodológica parece ter decorrido contradições e iniquidades de ordem prática. Isso porque ao qualificar, a partir do referido processo hermenêutico, como contratos de consumo situações em que relação consumerista no pano de fundo, de fato, não existia, objetivando, especialmente, mitigar os mais evidentes desequilíbrios de contratos iníquos, a teoria consumerista atraiu a reboque do processo de qualificação do contrato como consumerista toda a sorte de direitos e prerrogativas do consumidor³⁶ que a relação jurídica em tela não demandava. Dito de outro modo, a interpretação, nessa perspectiva, do conceito de consumidor atraiu para a tutela do CDC situações jurídicas que, em perspectiva funcional, não se acomodariam a essa classificação, já que se trataria de contratos civis, ainda que com assimetria de poderes negociais.

É nesse aspecto que se desembarca para a segunda questão metodológica. Com efeito, ao assentar a perspectiva dualizada de categorização dos contratos (entre civis e de consumo), nos casos em que o processo de qualificação resulte em contrato civil, mesmo a partir da perspectiva de um conceito de consumidor ampliado pela teoria consumerista prevalente, nenhum processo hermenêutico adicional é aplicado para a investigação, no caso concreto, dos poderes negociais envolvidos nas etapas pré-contratual e de conclusão do contrato.

Para a compreensão da perspectiva dualista, em que os contratos somente podem se qualificar como de consumo ou civil, é ilustrativo o entendimento exarado pela doutrina consumerista, no sentido que o Código de Defesa do Consumidor seria “um código para diferentes”, enquanto o Código Civil seria “um código para

³⁵ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.97

³⁶ Paula Forgioni, ao analisar as teorias consumeristas – finalista e maximalista – expõe essa exata noção, ao mencionar as seguintes questões de ordem prática: ônus da prova e foro competente para tramitação de ações judiciais. Cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.31. Em nosso sentir, esses não são os únicos direitos, poderes e faculdades atribuídos aos consumidores e que seriam, portanto, atribuídos ao profissional qualificado como consumidor em dada relação jurídica contratualizada, devendo-se considerar todos os institutos positivados na lei consumerista, a exemplo daqueles enunciados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

iguais”³⁷. Em outras palavras, “o Código Civil brasileiro de 2002 deseja ser, pois, um Código central e para iguais”.³⁸

Esta posição evidencia o questionamento trazido neste estudo, no sentido de parecer inadequada a concepção de que todos os contratos qualificados como civis são tutelados em uma perspectiva de paridade negocial, enquanto nos casos em que há disparidade de poderes o processo hermenêutico resulta na qualificação de contrato de consumo. A consolidação, portanto, da classificação dualista cristalizou na perspectiva do direito contratual somente duas opções no processo de qualificação, desprezando-se a investigação de poderes negociais nos contratos qualificados como civis.

Não se nega, com efeito, a relevância do reconhecimento da categoria de contratos de consumo, com presunção da vulnerabilidade do consumidor. O que, noutro prisma, esse estudo se propõe a questionar é a suficiência dessa classificação – somada aos contratos paritários – para adequadamente tutelar todas as contratações. A resposta parece ser negativa.

Isso porque a tutela conferida a partir da classificação bipartida entre contratos civis e contratos de consumo parece não ser suficiente para enquadrar todos os arranjos contratuais presentes no tráfego jurídico, sobretudo quando se consideram contratações celebradas entre profissionais nos dois polos, sem prejuízo de contratos entre não profissionais que, no caso concreto (embora mais raro), possam ostentar assimetrias de poderes negociais. Neste contexto, os contratos qualificados como não consumeristas foram endereçados ao plano da plena liberdade de contratar, com poucos limites externos e com tímida avaliação funcional, aproximando-se dos moldes do liberalismo oitocentista³⁹ e do voluntarismo⁴⁰, maximizando a quantidade de contratações desequilibradas, o que, ao fim,

³⁷ Essa posição é refletida, inclusive, como título de um item da Manual de Direito do Consumidor (v. Capítulo IV, item 3), de BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁸ BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.129.

³⁹ Para compreensão de tal modelo, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 333.

⁴⁰ O voluntarismo será aprofundado no Capítulo 2, infra.

acentuam as injustiças e desigualdades, contrariando o projeto constitucional vigente no Brasil⁴¹.

Observe-se que a opção metodológica mencionada é criticada mesmo por corrente doutrinária que sustenta a existência de categoria própria dos contratos interempresariais. Nesse sentido, tal doutrina reconhece a inadequação da tutela do direito consumidor aos contratos celebrados entre profissionais, ainda que, em sede conclusiva – ponto este que se afasta da linha metodológica adotada no presente trabalho – entenda pela necessidade de tutela pelo direito mercantil. É a lição de Paula Forgioni, ao se referir à inadequação da qualificação de contratos entre profissionais à tutela da proteção ao consumidor:

Isso não significa que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Todavia, essa proteção deverá se dar em conformidade com as regras e os princípios do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema. Desenvolve-se a repressão ao abuso da dependência econômica no campo do direito antitruste e do direito contratual empresarial.⁴²

O ponto de afastamento de nosso entendimento daquele acima apresentado reside, tão somente, na perspectiva de que contratos interempresariais constituam categoria própria, regida pelo direito empresarial e por uma teoria contratual empresarial. Em nosso entendimento, tais contratos, assim como qualquer contrato qualificado como civil, será regido pela teoria geral dos contratos e das obrigações, a partir do Código Civil, sendo-lhes dedicada tutela atenta às peculiaridades que distinguem a racionalidade econômica existente nas relações entre profissionais daquelas situações entre particulares não profissionais, sendo, pois, inequívoca a aptidão do diploma civil para oferecer tutela a tais contratações.

⁴¹ Paulo Lôbo é preciso ao correlacionar o modelo clássico dos contratos e o desprezo que tal conferia à assimetria de poderes negociais às desigualdades sociais, ainda que mencione especificamente os presumidamente vulneráveis: “*O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas também a justiça social [...] no plano contratual, atribuindo mais tutela jurídica ao contratante que o direito presume vulnerável [...] a justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso estalão constitucional: reduzir desigualdades sociais*”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.41

⁴² FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 32.

Com efeito, a partir da unificação do direito obrigacional pelo Código Civil, a teoria das obrigações, regulada a partir da referida codificação, atrai para si a tutela de toda e qualquer relação obrigacional. A partir desse contexto, emergiram correntes doutrinárias que reivindicavam a interpretação de certas categorias autônomas⁴³ – o que parece se imbricar na formação de microssistemas, já abordada -, ante uma suposta inaptidão da teoria geral para tutelar situações jurídicas de perfis variados, como seria o caso das relações interempresariais⁴⁴ e de consumo⁴⁵. Segundo tal concepção, os variados perfis cuja relação obrigacional pode se materializar impediriam um tratamento unificado, a partir do Código Civil.

Como consequência, tal linha doutrinária apega-se a certas categorias, há muito cristalizadas na experiência brasileira, com raízes na civilística clássica, fundada nos moldes liberais-voluntaristas⁴⁶, em especial no que diz respeito à categoria dos contratos interempresariais. É que, no âmbito do direito do consumidor, a atenção dedicada à edificação da tutela dos contratos de consumo permitiu superar-se a controvérsia sobre a incidência da teoria geral das obrigações, prevista no Código Civil, às relações de consumo, prevalecendo entendimento que reconhece a vocação

⁴³ Em crítica acerca da noção de formação de microssistemas, como sistemas autônomos do ordenamento, regidos por valores, princípios e regras próprias que, supostamente, seriam autônomas, independentes, das demais articuladas no ordenamento, Pietro Perlingieri observa que “*as relações entre princípios constitucionais e regras ordinárias estatais são, portanto, expressas não como relações entre sistemas normativos, mas como componentes do unitário ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado. Não se trata de complementaridade entre sistemas singulares, mas de uma coessencialidade estrutural que se resolve em uma integração completa, de forma que cada norma é norma de um mesmo e único sistema*”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 34. Para a autora, “*o problema é que a unificação do direito das obrigações trouxe consigo o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis. Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar em separado os dois grupos de contratos [...] essa postura causa embaraço ao estudo sistemático dos contratos comerciais; no campo do direito mercantil, é impossível construir teoria geral que explique princípios e institutos assim diversos.*”

⁴⁵ Embora não mencione expressamente, Cláudia Lima Marques, adotando a noção de microssistema trazida por Irti (IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. In TEPEPINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, V.1., p. 405), entende o CDC como tal, a partir da ideia de que “*ser Código significa ser um sistema, um todo construído e lógico, um conjunto de normas ordenado segundo princípios*” e, em seguida, conclui ser o “*CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente*”. BENJAMIN, Antônio Heman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P.57

⁴⁶ Este tema será aprofundado mais adiante, no item 2.1. infra.

da codificação para tutelar as relações consumeristas, sem que se afastassem as normas protetivas ao consumidor, emergentes do código consumerista, harmonizando-se as fontes legislativas, a partir do vetor axiológico do ordenamento, articulado a partir da Constituição da República e de seus valores imanentes, como quer Pietro Perlingieri⁴⁷.

Contudo, no âmbito das relações interempresariais, menos amadurecido parece estar o debate, à medida que ainda são recorrentes as vozes⁴⁸ que reivindicam uma teoria geral empresarial capaz de tutelar as relações mercantis de forma mais específica e, segundo tal concepção, mais atenta à racionalidade econômica, que seria o elemento central para a sentença de inaptidão da teoria geral das obrigações, trazida no Código Civil, para tutelar as relações interempresariais.

Contudo, diversamente de tal entendimento, é bem de ver que a teoria geral das obrigações é apta a tutelar situações jurídicas de perfis diversificados, havendo institutos jurídicos e cláusulas gerais que permitem seja conferida adequada tutela a cada uma das situações jurídicas concretamente consideradas, atenta às peculiaridades da relação⁴⁹. É, nesse sentido, a anotação de Gustavo Tepedino:

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209-221.

⁴⁸ Por todos, cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 37.: “a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos comerciais à sua ‘redescoberta’ como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista.” A mesma concepção se extrai de MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁹ “Por outro lado, o fenômeno da standardização contratual, predisposta pelo profissional, repropõe, de modo renovado, a centralidade dos contratos de empresa, considerados cada vez mais na ótica do usuário, como contratante a ser tutelado. A atenuação dos confins entre direito comercial, como direito da empresa, e direito civil, como direito do sujeito sem qualificações particulares, tende a se realizar em um processo de aparente prevalência das razões da empresa, que se resolve, na realidade, em uma tentativa substancial de respeitar as razões do consumidor na busca por um equilíbrio que favoreça tanto a produção quanto o consumo. Deste modo a disciplina do contrato, mesmo aquela de origem mercantil inspirada principalmente nas razões da empresa, participa na regulamentação do mercado. A indissolubilidade entre as noções de contrato e de mercado, entre a disciplina de um e de outro, hoje plenamente compartilhada, deve ainda produzir completamente os seus (benéficos) efeitos sobre a reconstrução normativa e teórica do instrumento contratual e sobre o papel da autonomia negocial no âmbito das fontes produtoras de regras. No novo contexto, torna-se árduo pensar que os atos negociais individuais e estranhos ao ciclo produtivo da empresa possam fugir a uma série de regras e princípios que, nascidos para a salvaguarda do consumidor, introduzem no sistema, globalmente considerado, uma mais adequada e razoável proteção de interesses. Proteção que o intérprete acabará inevitavelmente por estender aos contratos ditos de direito comum.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 387.

Vale refletir sobre a superação da consumida controvérsia acerca da autonomia do direito comercial e da unicidade do direito obrigacional. Isto porque 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. Verifica-se, a mais não poder, na jurisprudência e, notadamente, na utilização intensa dos princípios normativos pelo Superior Tribunal de Justiça, que as peculiaridades dos diversos ramos do direito não afastam a construção dogmática informada por valores comuns que tornam o direito empresarial integrado à teoria das obrigações.⁵⁰

Assim, conclui-se que as classificações – sob o aspecto subjetivo - comumente adotadas e consolidadas na dogmática civilista, como é o caso dos contratos interempresariais, de consumo e civis, tributam em favor da didática. Não devem, todavia, ser tomadas como absolutas e merecedoras de tutela estanque e impermeável das demais normas do sistema jurídico, somente porque, para fins didáticos, recebem etiquetas distintas, posição que resultaria no alvejamento da unidade do ordenamento⁵¹.

Observe-se que a própria controvérsia parece estar desgastada pela dinâmica das relações sociais contemporâneas⁵² e, também, pela própria inovação legislativa trazida pela Lei da Liberdade Econômica⁵³, ao reconhecer, expressamente, a tutela dos contratos interempresariais a partir da teoria geral das obrigações. Nesse sentido, Anderson Schreiber anota que “um dilema assim tão inglório reflita, na verdade, uma falsa encruzilhada. Como tem acontecido em tantas searas no Brasil de hoje, esse chamado embate do Direito Contratual Brasileiro me parece se verificar mais em um plano abstrato, puramente ideológico, que em uma efetiva diferença técnica ou científica na interpretação e aplicação das normas jurídicas que regem, entre nós, as relações contratuais.”⁵⁴

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento *In Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. volume 3, Editorial, Jan-Mar 2015, p. 6.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, remete-se o leitor à nota de rodapé 30.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 384.

⁵³ O tema será aprofundado mais adiante. Remete-se o leitor para o item 1.3, infra.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em 08.12.2021>. Acesso em: 19.05.2022.

De tal entendimento resulta que a posição abraçada por este trabalho reconhece chaves classificatórias diversificadas para os contratos, mas não as considera indissolúvelmente ligadas ao processo de qualificação dos contratos. Os rótulos e quadrantes doutrinários não devem ser tomados, pois, como critério apriorístico para fins de qualificação da situação jurídica, menos ainda como ponto de partida. Deste modo, nossa opção metodológica aponta para o reconhecimento da unidade do sistema e, no que diz respeito ao direito obrigacional, aí incluído o direito dos contratos, para o prestígio da teoria geral das obrigações, a partir do Código Civil, a qual está apta a oferecer tutela diversificada, de acordo com o perfil da situação jurídica, consentânea às peculiaridades que cada uma delas pode apresentar.

Tal posição não implica no abandono das chaves classificatórias, mas tão somente a relativização de sua clássica relevância, consumida pela dinâmica e práxis contemporâneas. Daí porque reconhecemos, neste trabalho, as chaves classificatórias clássicas – contratos interempresariais, de consumo e civis –, mas, para a abordagem do tema nuclear em estudo, propomos a reunião dos contratos interempresariais (entre profissionais) e dos civis *stricto sensu* (entre não profissionais) em uma única classificação – no caso, contratos civis *lato sensu* – haja vista que a tutela conferida a ambas situações, no que concerne à presunção de paridade e os parâmetros para seu afastamento, será, na maior das vezes, indistinta. Portanto, a presente monografia não despreza nem desconsidera as classificações clássicas, mas apenas lhes dedica a função que devem efetivamente desempenhar: os fins doutrinários, não tomados como dogma e nem como elemento apriorístico de qualificação das situações jurídicas.

Trata-se, portanto, de posições metodológicas que poderão variar conforme as particulares concepções do intérprete, as quais sempre estão sujeitas a reavaliações críticas, exigindo-se menos a adoção de determinada posição e mais a coerência da atividade hermenêutica ao método adotado e ao sistema jurídico vigente⁵⁵. Não se

⁵⁵ Nesse exato sentido é a advertência de Anderson Schreiber: “Aqui, é interessante observar como os extremos se tocam: em ambos os lados do suposto embate, há os discursos juridicamente insustentáveis, pois, ignorando os limites impostos pelas normas de direito positivo brasileiro (constitucionais ou não), acabam por confundir debates legítimos sobre metodologias de interpretação e aplicação do direito com o seu simples abandono em prol da defesa de uma ou outra ideologia. Tais discursos padecem, em ambos os lados, do mesmo vício fundamental: violam a legalidade democrática, na medida em que propõem metodologias (ou, ao menos, métodos) de interpretação e aplicação do direito que ignoram o dado normativo, preferindo substituir a norma jurídica pela ideia de justiça; cada qual pela sua própria, naturalmente”. SCHREIBER. Anderson.

crítica, em conclusão, a adoção desta ou daquela chave classificatória, mas sim o rigor que parte da doutrina pretende lhe conferir. Bem assenta Anderson Schreiber a respeito do embate metodológico entre a escola civil-constitucional e a da liberdade econômica:

Em suma, política à parte, não parece existir uma real dissonância no tocante ao que realmente constitui o cerne da discussão: a interpretação e aplicação do direito contratual. Podem existir, naturalmente, divergências ideológicas (por exemplo, quanto ao grau ideal de intervenção do Estado nas relações entre particulares), divergências que, além de legítimas e saudáveis, constituem o cerne do debate político há séculos, mas isso não é o mesmo que enxergar fraturas ou encruzilhadas no avanço do Direito Contratual Brasileiro. Tampouco é o caso, e com ainda menos razão, de uma nova *summa divisio* ou cisão, como aquela que propõem, consciente ou inconscientemente, os defensores de uma distinção ontológica ou normativa entre contratos civis e empresariais. A unificação do direito das obrigações foi uma das poucas inovações do Código Civil de 2002, exprimindo uma tendência global de eliminação de lógicas puramente setoriais em prol da unidade dos sistemas jurídicos. A construção de "guetos" jurídicos, embora possa parecer mais fácil e confortável para acomodar divergências de pensamento ou abordagem, resulta, não raro, em um aprofundamento de idiosincrasias que, a médio prazo, acaba por tornar impraticável a leitura sistemática e a reconexão de cada ramo do direito com uma ideia mínima de sistema - o que aprofunda a diferença de tratamentos e a imprevisibilidade de resultados, conduzindo à falta de isonomia que é, como já dito, aquilo que a ordem jurídica deve, mais que tudo, evitar.

Direito civil e direito empresarial não são regimes jurídicos apartados, governados por lógicas próprias. Integram-se na legalidade constitucional. No atual estado da experiência jurídica brasileira, não parece crível que alguém pretenda negar nem a força normativa da Constituição, nem a tutela que a própria Constituição reserva à livre iniciativa no campo contratual. Significa dizer que, sob os gritos de ordem e as insígnias tremulantes, pode haver menos desacordo do que parece entre os fatores da liberdade econômica e os defensores do chamado direito civil-constitucional. Talvez pela obviedade ululante de que não há uma liberdade econômica que possa se desenvolver fora do quadro normativo constitucional, do mesmo modo que não há uma leitura constitucional do Direito Contratual Brasileiro que possa ser indiferente à tutela da liberdade econômica.⁵⁶

Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 08.12.2021>. Acesso em: 19.05.2022.

⁵⁶ SCHREIBER. Anderson. *Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro.* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 08.12.2021>. Acesso em: 19.05.2022.

Traçadas as linhas que dividem os entendimentos metodológicos distintos acerca das chaves classificatórias, os quais, de resto, resultam de convicções pessoais do intérprete, exigindo-se desse apenas coerência com o método empregado, retoma-se a questão relativa à classificação bipartida, amplamente acolhida por doutrina e jurisprudência e ao alargamento do conceito de consumidor. Com efeito, a posição de Paula Forgioni linhas acima colacionada toca, precisamente, o ponto central da perspectiva questionada neste estudo, que fora cristalizada na jurisprudência brasileira, a partir da adoção da teoria finalista aprofundada: a proteção do profissional contratante que ostenta debilidade negocial frente à contraparte merecerá tutela diferenciada, que não deve ser oferecida pelo direito do consumidor, haja vista, de fato, não se tratar de relação de consumo.

Observe-se que o baralhamento das relações civis e consumeristas é refletida na experiência jurisprudencial, que exacerba a categorização dual rígida, descolando-se de análise mais cuidadosa dos poderes negociais concretamente detidos nas negociações do programa contratual. Considerando existir a possibilidade de profissionais figurarem como consumidores, a jurisprudência tem abraçado a classificação bipartida, aplicando soluções aos casos concretos nos moldes de “tudo ou nada”. Isto é, na presença de profissionais em ambos os polos contratantes, somente dois caminhos são conhecidos na experiência brasileira: a tutela é conferida pelo direito do consumidor, o que encoraja os julgadores a intervir no programa contratual pactuado, por vezes em medida demasiada; ou qualifica-se o contrato como civil e, portanto, presumidamente paritário, fazendo nascer o já mencionado invólucro impermeável, que impede julgadores de intervir na arquitetura do programa contratual desenhada pelas partes, ainda que afronte valores do sistema jurídico brasileiro, com fundamento na mínima intervenção no programa contratual, sem maior investigação acerca dos poderes negociais existentes na formação do contrato. Não há, com efeito, zona intermediária ou coluna do meio⁵⁷. São fartos os exemplos na experiência jurisprudencial brasileira nesse sentido. Confira-se:

⁵⁷ Esta é a arguta observação de Carlos Alberto Garbi: “Quando se unificou o direito privado nas codificações, o que ocorreu no Brasil com o Código Civil de 2002, o regime geral dos contratos (empresariais ou não) também foi unificado. Destacou-se desse regime geral a contratação nas relações de consumo, o que polarizou o direito contratual em duas categorias bem definidas. Sucede que a afeição do jurista à categorização do direito o levou a perder a percepção para outras realidades

Não envolvendo relação de consumo, o contrato objeto do pedido de revisão, mas, sim, revelando-se paritário, convém que se submetam as partes aos termos do acordo celebrado, não decorrendo da variação cambial verificada base para a revisão do negócio entabulado.⁵⁸

No mesmo sentido é a decisão que qualifica contrato entre atleta futebolístico – ainda que notório – e uma “gigante”⁵⁹ fornecedora de materiais esportivos como contrato civil paritário, sem qualquer investigação sobre poderes negociais em jogo na estruturação do programa contratual:

Não há, pois, relação de consumo a comandar a incidência do CDC, não se podendo reconhecer figurar o atleta, cujos direitos de imagem foram cedidos à Nike, ou mesmo a pessoa jurídica encarregada de patrocinar os seus interesses, como consumidores, na forma do art. 2º da Lei 8.078/90 [...] Parte-se, assim, da premissa de que o contrato é paritário.⁶⁰

Observa-se, portanto, decisões judiciais que, na perspectiva dualista para qualificação de situações jurídicas contratualizadas, utilizam a relação de consumo como ponto de partida. Caso esta seja afastada, ruma-se, sem caminhos alternativos, para a trilha da presunção de paridade e, por consequência, mínima intervenção no programa contratual, sem se investigar os poderes negociais existentes na formação do contrato. Ou bem o contrato é de consumo, ou é paritário. Este contexto expõe o tratamento - questionado neste estudo - que vem sendo conferido a diversas contratações civis (sejam elas interempresariais ou não), que se proliferam exponencialmente a partir do contexto contemporâneo de concentração de renda, de formação de grandes conglomerados (fenômeno cada dia mais evidente) com

não compreendias nos modelos conhecidos, o que se refletiu no paradigma do direito contratual orientador da tutela adequada. Esses dois polos definidos no direito contratual não alcançam, seguramente, todas as categoriais contratuais que, em razão das suas especificidades, não se ajustam a esse dualismo”. GARBI, Carlos Alberto. *Il Terzo Contratto – surge uma nova categoria de contratos empresariais?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais>>. Acesso em: 08.09.2021.

⁵⁸ STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp n. 1.518.605-MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 07.04.2016

⁵⁹ Pesquisa recente revela que a referida fornecedora figura como a segunda maior do mundo, em percentual de distribuição entre clubes de futebol da primeira divisão dos 20 países mais relevantes para a modalidade. <<https://sportinsider.com.br/marcas-esportivas-ligas-mais-valiosas>>. Acesso em 21.12.2022.

⁶⁰ STJ, Terceira Turma, AgInt no AgREsp n. 1.518.604-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.04.2016.

poderes negociais prevalentes e a exigência de que agentes do mercado de pequeno e médio porte contratem bens e serviços de ampla complexidade tecnológica ou de necessidade imperiosa, em que os elementos que compõem a autonomia negocial (escolher com quem contrata, o que contrata e como contrata⁶¹) são mitigados⁶².

Como se vê, a experiência jurídica brasileira confere tratamento dualizado aos contratos, a partir da unificação do direito obrigacional, sobretudo quando há profissional em um dos polos: o contrato é qualificado como de consumo e, portanto, sujeita-se à tutela do direito do consumidor; ou o contrato é qualificado como civil e, por consequência, presumidamente paritário. Notadamente no segundo caso, não se verifica investigação dos poderes negociais em jogo, atraindo-se efeitos homogeneizados a todos os contratos civis, indistintamente. O retrato jurisprudencial reflete essa metodologia que traz como consequência um tratamento questionável a um importante número de contratações em que o balanceamento de poderes negociais é descalibrado, propiciando terreno fértil à celebração de contratos injustos, tendentes, inclusive, a propiciar maior concentração de renda (problema histórico brasileiro que também é vivenciado no âmbito empresarial) e ampliação da dependência econômica entre profissionais⁶³.

1.3.A fenda aberta pela Lei da Liberdade Econômica: mirou o que viu; acertou o que não viu

Conforme demonstrado linhas acima, o apego às categorias contratuais dualizadas sob o prisma subjetivo parece não oferecer tutela adequada a uma

⁶¹ Segundo Ana Frazão, “a livre iniciativa tem como um de seus principais desdobramentos a liberdade de contratar, que assegura ao sujeito a faculdade de escolher as partes, o momento e o conteúdo da avença.” FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 456.

⁶² Segundo Carlos Alberto Garbi, “esses dois polos definidos no direito contratual não alcançam, seguramente, todas as categorias contratuais que, em razão das suas especificidades, não se ajustam a esse dualismo”. GARBI, Carlos Alberto. *Os contratos paritários na Teoria Geral dos Contratos - Uma visão crítica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/335834/os-contratos-paritarios-na-teoria-geral-dos-contratos---uma-visao-critica>>. Acesso em: 08.09.2021.

⁶³ Esta noção é abordada por Paulo Lôbo. Para aprofundamento, cf. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

importante quantidade de contratações celebradas, sobretudo, entre empresários⁶⁴, em que, a despeito da presunção de paridade prevista na lei positivada, há desproporcionalidade das forças negociais detidas por cada um dos contratantes.

Deste modo, com o advento do artigo 421-A do Código Civil⁶⁵, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica, é oferecida à doutrina renovada oportunidade de examinar com mais cuidado as disparidades de poderes negociais. É que a norma em questão reconhece, expressamente, a existência de contratos qualificados como civis em que há assimetria de poderes negociais. A regra, portanto, reconhece expressamente a existência de contratos que não se qualificam como de consumo, mas que ostentam disparidade de poderes negociais entre as partes contratantes.

Com efeito, o comando legal menciona que os contratos serão considerados paritários “até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Dessa maneira, é inequívoco que a norma, em uma só cartada, promoveu duas contribuições ao tema em exame.

É bem de ver que a Lei da Liberdade Econômica, a toda evidência, aspirou reformar o ordenamento, a partir de perspectiva econômica liberal, e, no que diz respeito ao direito dos contratos, pretendeu reforçar a aplicação de seus princípios clássicos, quais sejam, a força obrigatória, a relatividade dos efeitos e a autonomia negocial, bem como esvaziar a intervenção estatal, por meio do judiciário, no programa contratual⁶⁶. São, com efeito, exemplificativos alguns dos direitos enunciados no artigo 3º da referida Lei, em especial aqueles estabelecidos nos incisos V e VIII⁶⁷, por meio dos quais pretendeu-se reforçar os espaços de

⁶⁴ Neste estudo, designaremos como empresário qualquer pessoa, física ou jurídica, que exerça profissionalmente uma atividade econômica, em consonância com o artigo 966, CC: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

⁶⁵ CC, 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 [...]

⁶⁶ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social *In* SALOMÃO, Luis Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas e FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pgs.89-120.

⁶⁷ Lei 13.874/2019, art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

autonomia privada, ainda que de maneira atabalhoada. Sendo, de fato, merecedora de críticas que lhe foram dirigidas⁶⁸, é irrefutável que a inovação legislativa buscou ampliar os espaços de autonomia dos particulares na autorregulamentação de seus interesses, ao mesmo passo que buscou, com alterações promovidas na teoria geral das obrigações, frear a intervenção judicial no contrato, como o fez com a nova redação do artigo 421, parágrafo único⁶⁹, e com o novo artigo 421-A, incisos II e III⁷⁰.

A despeito de tal constatação, a Lei da Liberdade Econômica reúne o mérito, ainda que contraditório às suas aspirações intrínsecas, de promover as duas contribuições mencionada linhas acima.

A primeira é a superação da controvérsia acerca da tutela de contratos interempresariais pelo Código Civil, à medida que expressamente menciona os contratos empresariais, arrefecendo, assim, o ímpeto de parcela da doutrina que demandava um código comercial com uma teoria geral própria para contratos entre profissionais.

Ao promover diversas mudanças no Código Civil, expressamente mencionando os contratos empresariais⁷¹, a Lei da Liberdade Econômica reconheceu a aptidão do

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.

[...]

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

⁶⁸ Para aprofundamento, cf. SALOMÃO, Luis Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas e FRAZÃO, Ana. *Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁶⁹ CC, Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

⁷⁰ 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:

[...]

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

⁷¹ A Lei da Liberdade Econômica faz referência a contratos empresariais, sendo certo que anteriormente não havia no Código Civil qualquer referência a tal categoria.

direito obrigacional, unificado a partir do Código Civil, para tutelar os contratos interempresariais, os quais estão compreendidos na categoria mais ampla designada contratos civis. Ainda que, por via metodológica distinta daquela adotada nesse trabalho, utilize expressões que indicam duas categorias de contratos civis, que seriam os contratos empresariais e os civis *stricto sensu*, como o fez no já mencionado artigo 421-A, a Lei da Liberdade Econômica promoveu alterações no Código Civil, para oferecer tutela tanto às contratações civis *stricto sensu* quanto às interempresariais.

Deste modo, as inovações impostas ao Código Civil pela referida Lei da Liberdade Econômica tendem a pôr fim à antiga controvérsia, inaugurada após a promulgação do próprio diploma civil de 2002, por corrente doutrinária que reivindicava um tratamento especial, formado a partir de microsistema empresarial, para os contratos interempresariais. Essa posição, inclusive, escorou o Projeto de Lei nº 487/2013⁷², que tem como objeto a edição de um novo Código Comercial, o qual estabelecerá uma teoria geral dos contratos empresariais, o que, decerto, promoverá fissura na unidade do ordenamento, caracterizando-se como equívoco metodológico⁷³ que, de resto, despreza a unificação do direito obrigacional a partir do Código Civil e a aptidão deste para tutelar as relações interempresariais⁷⁴. Ao que tudo indica, as inovações promovidas no Código Civil tornaram, pois, obsoletas as últimas resistências à unificação do direito obrigacional.

A segunda contribuição oferecida pela Lei da Liberdade Econômica é de grande relevância para o desenvolvimento do presente trabalho, sendo objeto nuclear deste estudo: o reconhecimento da existência de contratos que, embora não se

⁷² O Projeto de Lei nº 487/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros (MDB/AL), que visa instituir um Novo Código Comercial, ainda se encontra sob tramitação no Senado, junto à Comissão Temporária para Reforma do Código Comercial.

⁷³ Nesta perspectiva, cf. SIMÃO, José Fernando e KAIRALLA, Marcello. *A desnecessidade de uma teoria geral da obrigação empresarial e os equívocos do projeto de Código Comercial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/MigalhasContratuais/136.MI315377.61044-A+desnecessidade+de+uma+teoria+geral+da+obrigacao+empresarial+e+os>>. Acesso em: 22.11.2022

⁷⁴ O equívoco metodológico pode ser ilustrado pelo artigo 4º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 487/2013, que assim dispõe: “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.” Evidencia-se, assim, a pretensão de que um novo código comercial se funde em valores e princípios próprios, em um invólucro impermeável aos demais valores e princípios que informam o ordenamento.

qualifiquem como de consumo, ostentam assimetrias de poderes negociais entre as partes. Deste modo, a inovação legislativa abriu importante fenda para o debate doutrinário acerca dos parâmetros interpretativos exigidos para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis.

O mérito da inovação promovida no Código Civil é o reconhecimento de que, mesmo na seara dos contratos interempresariais, podem existir assimetrias de poderes negociais, o que, ao fim e ao cabo, contribui para a celebração de contratos injustos. Assim, ao pretender prestigiar a presunção de paridade – que, de resto, jamais fora questionada por doutrina ou jurisprudência -, o novel artigo 421-A do diploma civil reconhece, expressamente, a possibilidade de que tal presunção seja afastada na presença de “elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”.

Curiosamente, a Lei da Liberdade Econômica, que em diversos dispositivos pretendeu murar o programa contratual da intervenção judicial, esquivou-se de enunciar quais seriam os elementos concretos, ou, ao menos, quais seriam os parâmetros para sua identificação, que justificariam o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis. Assim, a referida Lei convida a doutrina a edificar os parâmetros interpretativos para oferecer maior concretude à norma e, assim, construir-se elementos seguros para justificar eventual afastamento da presunção de paridade. A contradição da Lei da Liberdade Econômica reside no fato de que caberá, ao fim, ao próprio Poder Judiciário – que tanto se pretendeu afastar dos contratos civis por meio de tal Lei -, cancelar as doutrinas que se ocuparão da matéria.

Desejável, nesse contexto, que o intérprete, a partir de tal mudança no diploma civil, maior atenção dedique aos poderes negociais em jogo nos contratos civis, reconhecendo que eventual assimetria não deve ser resolvida a partir do alargamento do conceito de consumidor, mas sim por meio dos próprios institutos jurídicos da teoria contratual, informados pelos valores constitucionais e pelos princípios setoriais do direito dos contratos, como o equilíbrio contratual, com especial atenção aos parâmetros exigíveis para afastamento da presunção de paridade dos contratos, os quais este estudo se dedica a propor. Porém, antes do enfrentamento dessa tarefa específica, é relevante um cuidadoso olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual.

1.4.A justiça contratual como valor do ordenamento: o equilíbrio contratual em contratos presumidamente paritários

O equilíbrio contratual merece atenção para os propósitos desse trabalho, à medida que tal princípio oferece justificção para o afastamento da presunção de paridade dos contratos. Sendo a ordem contratual regida pelos valores de índole constitucional, a solidariedade social – além da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial⁷⁵ -, que no direito dos contratos se dirige à imposição da justiça contratual – conforme será aprofundado a seguir -, justifica a possibilidade de afastamento da presunção de paridade, ao efeito de que seja assegurada a celebração de contratos justos e, quando não, que estes sejam revisados.⁷⁶ Daí a relevância do estudo do princípio do equilíbrio contratual para o presente estudo.

Dito de outro modo, o estudo do equilíbrio contratual ganha relevo para o presente trabalho, à medida que, sendo um princípio setorial do direito dos contratos e, como decorre de sua própria qualidade de princípio – que será aprofundada a seguir –, realiza valores constitucionais, o reconhecimento pelo ordenamento de eventual assimetria de poderes negociais e o conseqüente afastamento da presunção de paridade sequer dependeria de norma infraconstitucional⁷⁷, decorrendo, ao revés, da própria axiologia constitucional⁷⁸. Assim, não se desprezando a conveniência da norma contida no novo artigo 421-A do Código Civil, é bem de ver que o princípio

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

⁷⁶ O presente trabalho não se ocupará da análise dos efeitos concretos do afastamento da presunção de paridade, centrando a análise nos elementos justificadores do afastamento da presunção de paridade. Contudo, a toda evidência, é possível reconhecer que o afastamento da referida presunção teria como efeito imediato a possibilidade de revisão dos contratos descalibrados economicamente, em razão, justamente, da disparidade de poderes negociais.

⁷⁷ Pietro Perlingieri observa, inclusive, a hierarquia axiológica superior que as normas, princípios e valores de índole constitucional ostentam, esclarecendo que “a centralidade de uma norma não é dada pelo seu ‘maior grau de completude’, mas pelo seu papel no sistema”. Prossegue o autor italiano, observando que a perda da centralidade da codificação se relaciona, justamente, com a edificação de um ordenamento complexo e hierarquicamente articulado, cujo vetor normativo-axiológico se aloca na Constituição da República. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 217-219.

⁷⁸ Como bem assenta Pietro Pierlingieri, ao se ocupar do processo hermenêutico na unidade do ordenamento, “não é possível a interpretação sistemática realizada tão-somente no âmbito das normas ordinárias que pode conduzir à individuação da totalidade do conteúdo da norma ordinária; esta não pode ser interpretada sem ser inserida no sistema visto na sua totalidade, e, portanto, sobretudo à luz da legalidade constitucional.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220.

do equilíbrio contratual já imporia à tutela diferenciada aos contratos civis, independentemente de norma infraconstitucional expressa, decorrendo daí a relevância do estudo do referido princípio contratual. Essa perspectiva, portanto, prestigia a posição que entende a função do princípio do equilíbrio contratual não limitada a justificar institutos jurídicos positivados no Código, mas, paralelamente, o princípio em tela também funciona como fundamento e justificação axiológica para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis com assimetria de poderes negociais.

Com efeito, pode-se definir os princípios como normas que impõem a máxima realização de um valor constitucional. Atualmente, reconhece-se seu caráter normativo e status privilegiado no sistema jurídico, servindo, pois, o princípio como instrumento de veiculação de valores atendidos em diferentes graus de intensidade e por diferentes soluções (dependentes das circunstâncias fáticas). Nas palavras de Pietro Perlingieri:

O princípio é norma que impõe a máxima realização de um valor. Sua característica é a não definibilidade em abstrato das *fattispecie* às quais é aplicável: ele é sempre aplicável a uma nova *fattispecie*, não compreendida em outras normas, quando a valoração da nova *fattispecie* recebe sentido somente mediante a realização daquele valor que o princípio afirma. O princípio afirma-se com uma única intensidade (se pode ser mais ou menos livres, iguais, protegidos, etc) e não com uma única solução (se pode ser livres, iguais ou protegidos em vários modos, submetendo-se a várias regras, escolhendo diversas soluções, conciliando ou sacrificando alguns e não outros interesses, etc.). Nesse sentido, o princípio é norma aberta a uma multiplicidade de soluções.⁷⁹

Os princípios diferem das regras, na medida em que, enquanto os primeiros carregam um valor do ordenamento e sua aplicação é realizada no caso concreto, em diferentes intensidades, as últimas contêm um comando, uma regra (propriamente dita), para cumprimento geral e abstrato. Assim, a definição de uma norma como princípio variará de acordo com a escolha do intérprete. Tal escolha, a rigor, decorre da valoração que o próprio intérprete confere sobre a importância da norma em face de outras integrantes do sistema jurídico, tratando-se, portanto, de uma avaliação individual.

Todavia, tem-se como premissa de que uma norma, para adquirir status de princípio, deve realizar um valor do sistema, notadamente constitucional. Nesse

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: ESI, 2003, p. 9 *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.42.

exato sentido, Anderson Schreiber ilustra as escolhas interpretativas a partir de interessantes provocações, como no exemplo trazido sobre o princípio da relatividade dos efeitos do contrato:

[a relatividade] não parece ostentar verdadeira qualidade de princípio, uma vez que não impõe a máxima realização de um valor, mas reflete, simplesmente, uma característica estrutural do contrato.⁸⁰

Ainda no que diz respeito à qualificação de uma norma como princípio, é importante reconhecer a existência de princípios setoriais, o que, em nenhuma medida, importa em entendimento de que nosso ordenamento comporte microssistemas. Nada obstante, nem sempre o princípio exprime mandamentos para todo o sistema jurídico. Com efeito, um princípio, para sê-lo, não precisa, necessariamente, caracterizar-se como mandamento nuclear de todo o sistema jurídico, existindo normas (princípios) destinadas a realizar valores constitucionais em áreas específicas.

Nessa esteira, serão considerados princípios setoriais aquelas normas que impõem a máxima realização de um valor constitucional em determinado setor jurídico, de maneira que os princípios setoriais se escoram em outros de maior generalidade (conectando os valores comuns que exprimem). Deste modo, o sistema jurídico admite a existência de princípios setoriais, como, por exemplo, é o caso daqueles aplicáveis especificamente ao direito dos contratos.

A constitucionalização do direito civil impôs ao ordenamento a releitura dos institutos clássicos do direito privado, redesenhando os seus contornos e a sua tutela jurídica⁸¹. Como adverte Pietro Perlingieri, é “dever do jurista, e especialmente do civilista, reler todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.45.

⁸¹ Pietro Perlingieri aborda, com profundidade, a necessidade de revisitação dos conceitos jurídicos, reconhecendo-os como produto histórico de determinadas sociedades, de maneira que assumem diferentes funções, ao longo das experiências históricas, ainda que resguardem eventuais etiquetas e chaves classificatórias. Nesse sentido, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

sociedade contemporânea.”⁸² Reconhece-se, nessa linha, a historicidade e a relatividade dos antigos dogmas do direito civil⁸³, reconhecendo-se a prevalência das normas e valores de índole constitucional, que gozam de hierarquia superior na tábua axiológica, inaugurada a partir da Constituição da República de 1988.

No âmbito do direito dos contratos, os chamados novos princípios contratuais impuseram nova dinâmica à aplicação de seus princípios clássicos⁸⁴. Assim, a autonomia privada, a força obrigatória e a relatividade dos efeitos do contrato suportaram conformações, por meio da interação com os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Todavia, enquanto a boa-fé e a função social foram recepcionadas por doutrina e jurisprudência, de modo que há substancial definição sobre sua tutela, o equilíbrio contratual foi tratado com certo desprezo em alguns casos e descuido em outros, sendo rejeitado, inclusive, por parte da doutrina.

Pode-se deduzir que tal cenário decorre de dois fatores. O primeiro, por não ter sido o princípio do equilíbrio contratual positivado no Código Civil, diversamente do que se passou com a boa-fé objetiva e com a função social do contrato. Tal peculiaridade despertou posição doutrinária que, inclusive, rejeita a qualidade de princípio ao equilíbrio contratual.

O segundo decorre do próprio conteúdo do equilíbrio contratual. Com efeito, este princípio é tendente a remodelar um dos mais caros valores para o direito contratual, no modelo liberal-burguês oitocentista: a intangibilidade da vontade dos particulares. Não por outra razão, já se afirmou que o princípio do equilíbrio contratual é a “praça de guerra” do direito contratual:

⁸² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

⁸³ Como bem observa o autor italiano, “é necessário desvincular-se dos apertos de um sistema historicamente superado, dar maior espaço aos institutos mais presentes na realidade atual e reservar menor atenção àqueles já ultrapassados”. E prossegue a lição: “As categorias (direito subjetivo, direito potestativo, interesse legítimo, negócio bilateral, procedimento, *fattispecie*) devem contribuir para o conhecimento, e não representar rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada, a ponto de parecer substancialmente diversa. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-139

⁸⁴ Nesse sentido, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*; LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.54; TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 1-5; e NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

“O princípio do equilíbrio das prestações não admite composição ou meio-termo; é zona de conflito, verdadeira praça de guerra entre a ideologia liberal e o solidarismo constitucional aplicado às relações privadas. Por isso mesmo, esse “novo” direito dos contratos – ainda hoje, mais anunciado que vivido, mais aguardado que em construção – deveria ter o princípio do equilíbrio das prestações como seu ponto de partida, seu pilar fundamental”.⁸⁵

De tal contexto, a experiência brasileira revela certo distanciamento da doutrina em relação ao estudo do tema⁸⁶, sendo ilustrativa a análise de manuais de direito civil que, ao tratar dos princípios contratuais, dedica espaço bem inferior ao equilíbrio contratual, quando confrontado a outros princípios. Quando muito, os manuais repisam institutos jurídicos positivados no Código Civil (como a lesão, estado de perigo e onerosidade excessiva)⁸⁷. Já a jurisprudência brasileira se revela bastante tímida em relação à aplicação do princípio⁸⁸, utilizando, geralmente, o princípio somente para reforçar a aplicação de institutos já positivados em normas infraconstitucionais. Com efeito, não se deve desprezar tal função ao princípio, mas limitá-lo a tal efeito reduziria substancialmente a sua aptidão, afastando-se da própria noção de princípio.

A respeito da utilização do princípio do equilíbrio contratual somente para oferecer sustentação a regras já positivadas no ordenamento reside uma das mais relevantes divergências doutrinárias acerca da matéria. Mesmo para muitos dos doutrinadores que reconhecem a qualidade de princípio para o equilíbrio contratual, ao tratar de seu conteúdo e tutela, se limitam a utilizá-lo para justificação dos institutos previstos na legislação infraconstitucional.

Tal perspectiva esvazia a qualidade de princípio do equilíbrio contratual, à medida que o relega à função de embasar institutos já positivados, o que, de resto,

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão *In Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

⁸⁶ Observa-se nos manuais de direito civil, o menor espaço ocupado pelo princípio do equilíbrio contratual – quando mencionado – e o menor rigor para delimitar seus fundamentos e parâmetros interpretativos.

⁸⁷ Cf., nesse sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

⁸⁸ Para estudo da aplicação dos princípios sociais dos contratos – entre eles, o equilíbrio contratual – na experiência jurisprudencial, remete-se a TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019.

se revelaria uma função circular e diminuta. Como bem observa Anderson Schreiber, “ou é princípio ou não é”⁸⁹. Assim, o equilíbrio contratual ainda pode ser considerado mal explorado pela jurisprudência e, no ambiente doutrinário, abordado de forma apressada e/ou superficial⁹⁰, carecendo de maiores debates: seus fundamentos, parâmetros interpretativos, e efeitos. Como consequência, ainda há dificuldade de conceituação e diversas posições sobre o conceito de equilíbrio contratual, carecendo o princípio de parâmetros interpretativos melhor definidos. Nesse sentido, são bastante diversas as definições trazidas em doutrina, evidenciando a carência de um maior consenso doutrinário sobre o conceito do equilíbrio contratual.

Com efeito, há quem identifique o princípio em análise com a justiça contratual, pelo qual “busca-se preservar a equação e o justo equilíbrio contratual. Afinal, em um país que tem a justiça social como meta, o contrato, para ser obrigatório, precisa, antes de tudo, ser justo”⁹¹. Há autores que definem este princípio como instrumento de proteção dos vulneráveis, consectário da igualdade substancial, de modo que “o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável [...] a disciplina procura criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das prestações.”⁹² Há, ainda, que conjugue o princípio do equilíbrio com outros princípios sociais do contrato, sem realizar uma efetiva distinção ou conceituação do equilíbrio contratual, afirmando que tal princípio “[tem por] objetivo preservar

⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, pg.38.

⁹⁰ Não se desconsideram estudos profundos e de valiosa contribuição para o direito brasileiro, como é o caso de Anderson Schreiber. Ao lado dele, identificam-se outros autores que se dedicaram ao tema, como Rodrigo Toscano e Gerson Branco. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018; SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão *In Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013; BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos *In* MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, 257 - 287.

⁹¹ POTTER, Nelly. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 21.

⁹² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

a equivalência entre as prestações como desdobramento consequencial, a um só tempo, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva”⁹³.

Não obstante o valor das formulações acima, que contribuem para o debate e estudo do equilíbrio contratual no Brasil, merece destaque a posição de Anderson Schreiber, que aprofundou o estudo em relação a tal princípio, oferecendo parâmetros interpretativos mais claros e identificando os efeitos decorrentes de sua aplicação. Nesse sentido, para o doutrinador, o princípio do equilíbrio contratual é definido “como meio de assegurar que o merecimento de tutela dos contratos restará permanentemente condicionado à verificação de que seu objeto afigura-se equilibrado”⁹⁴.

Adotando-se tal definição, extraem-se algumas premissas interpretativas do equilíbrio contratual⁹⁵. Primeiramente, o princípio não se ocupa de redistribuição de riquezas, ao efeito de que não deve o intérprete realocar as transferências patrimoniais, conforme seus próprios padrões de justiça, não sendo instrumento para redução de desigualdades sociais, conforme critérios arbitrários do intérprete.

Em segundo lugar, o equilíbrio contratual não se projeta para assegurar, apenas, um equilíbrio objetivo das prestações⁹⁶, devendo ser avaliado todo o programa contratual (conjunto de direitos, faculdades, ônus, poderes, sujeições, obrigações, etc.), de modo que este, unitariamente considerado, deve ser equilibrado economicamente. Não se trata, somente, de avaliar as prestações em sentido estrito.

Outra premissa, diz respeito à incidência do princípio, o qual é aplicável a todo e qualquer contrato, à medida que admitir, por exemplo, que o princípio não seria aplicável a relações interempresariais significaria retomar um espaço de imunidade no exercício da liberdade contratual, fundado no liberal-voluntarismo (conflitando com a Constituição e a unidade do ordenamento). Nesse sentido, Cristiano Chaves

⁹³ Marco Aurélio Bezerra de Melo. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49.

⁹⁵ As premissas podem ser extraídas, a partir da leitura de SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52-56.

⁹⁶ Em sentido diverso: “No estudo restrito do equilíbrio contratual, prevalece a equivalência material, jungida pela igualdade de encargos e benefícios nas prestações correlatas”. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. P. 213.

de Farias e Nelson Rosenvald observam que “sua incidência não se restringirá à contratação por adesão ou às cláusulas contratuais gerais [...] mesmo em contratos paritários, precedidos de negociação entre as partes, haverá recurso ao equilíbrio contratual”⁹⁷.

Como quarta premissa, o equilíbrio do contrato é avaliado por meio da proporcionalidade, de sorte que realiza um controle objetivo do balanceamento econômico do contrato, sendo o controle de proporcionalidade realizado à luz dos princípios constitucionais (i) da solidariedade (rejeitando o sacrifício de uma parte em medida desproporcional ao benefício do outro) e da (ii) igualdade substancial (que impede o arbítrio, ao impor desiguais sacrifícios às partes).

Pela quinta premissa tem-se que o equilíbrio contratual não incide somente em hipóteses de falha na vontade negocial. Assim, não está adstrito o princípio às hipóteses em que a autonomia negocial esbarrou em alguma invalidade estrutural, como se passa nos casos de estado de perigo e lesão, positivados no Código Civil. A eficácia do princípio considera o desequilíbrio objetivo, independentemente de falha na vontade contratual.

Como sexta e última premissa, segundo Anderson Schreiber⁹⁸, o equilíbrio contratual não se presta a corrigir vulnerabilidades, de maneira que não se deve amesquinhar o princípio somente às hipóteses de disparidade de poderes entre contratantes, existindo instrumentos próprios no ordenamento para a correção de vulnerabilidades.

O presente trabalho não refuta a última premissa, acima sintetizada. Contudo, há que se obtemperá-la, no sentido de ser reconhecer que, se em uma das vias, o princípio do equilíbrio contratual assegura o equilíbrio objetivo do contrato, em outra ele oferece amparo aos institutos jurídicos positivados – função essa que não é, como já exposto, exclusiva dos princípios, mas ainda assim presente. Mais que isso, em nossa perspectiva, o princípio, de fato, “não fornece qualquer critério de distinção entre contratantes”⁹⁹, porém, por outro prisma, ele legitima, como veículo

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. P. 213.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53.

de valores constitucionais – na qualidade de princípio que é -, que a ordem jurídica reconheça situações jurídicas de assimetria. Portanto, na perspectiva desse estudo, o equilíbrio contratual não funcionará para “reequilibrar posições subjetivas”¹⁰⁰, mas sim para legitimar que o ordenamento reconheça tais desequilíbrios nos poderes negociais, devendo a correção destes, aí sim, derivar da aplicação de outros institutos. Tal função se assemelharia à incidência do referido princípio, como fundamento de outros institutos, como ocorre, por exemplo, com a onerosidade excessiva. Ou seja, não sendo esta sua única função, o equilíbrio contratual não se despe dela, contudo. Entendimento diverso traria como consequência a impossibilidade de afastamento da presunção de paridade dos contratos civis, na hipótese de supressão do artigo 421-A do Código Civil, em caso de nova reforma legislativa.

Para além disso, a partir do princípio do equilíbrio contratual, a possibilidade de afastamento da presunção de paridade reforça suas fundações nos valores constitucionais, ao efeito de permitir que, nas hipóteses em que se promover o afastamento da presunção de paridade, revigorada aplicação do princípio do equilíbrio contratual incidirá sobre o programa contratual concretamente considerado, sóis como se passa com demais princípios sociais do contrato.

Por tudo quanto exposto a respeito do princípio do equilíbrio contratual até aqui, é fundamental o abandono da avaliação dos institutos somente com base em seu perfil estrutural, sendo necessária a avaliação de sua função, para verificação do merecimento de tutela da situação jurídica subjetiva. Nesse sentido, o consenso formal (ausência de vício de vontade), se é suficiente para a validade (estrutural) do contrato, não basta para conferir o merecimento de tutela pelo ordenamento. Nesta ordem de ideias, além de formalmente lícito, o contrato deve ser objetivamente equilibrado, o que impõe o abandono da análise exclusivamente voluntarista das situações jurídicas, centrada, exclusivamente, na validade da vontade, passando-se à observação dos efeitos e função das mesmas. Nesse sentido, Aline Terra, Carlos Konder e Gisela Sampaio observam o seguinte:

Observa-se na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos [...] No modelo liberal clássico, o

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

Direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justeza material dos arranjos de interesses.¹⁰¹ (grifamos)

Tal mudança de perspectiva é relevante para o presente estudo, à medida que, a partir dela a “autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes”¹⁰². Sendo, pois, os institutos jurídicos funcionalizados¹⁰³, de modo a promover valores constitucionalmente assegurados, o merecimento de tutela dos atos de autonomia, especificamente no que diz respeito aos contratos, além de atenderem à função social, devem ser objetivamente equilibrados. Supera-se, por fim, a concepção de que a liberdade contratual admitiria que somente as partes poderiam realizar análise do equilíbrio econômico do contrato.¹⁰⁴

Portanto, o equilíbrio contratual, enquanto princípio, embora não esgote suas funções na justificação de institutos jurídicos, oferece fundamento axiológico para o afastamento da presunção de paridade, nos termos admitidos no novel artigo 421-A do Código Civil, em consonância com o projeto constitucional de 1988, em especial a solidariedade social que, no direito dos contratos, impõe a justiça contratual como norte hermenêutico.

¹⁰¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019, p. 1.

¹⁰² TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019, p. 2.

¹⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰⁴ VILELLA, João Batista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. In TEPELINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.3, p. 780.

2. CONTRATOS CIVIS NÃO PARITÁRIOS E A SUA QUALIFICAÇÃO

2.1. Os contratos civis não paritários no contexto da superação do voluntarismo

Quando se considera a realidade social, refletida no âmbito dos contratos, é possível identificar duas situações distintas, na perspectiva dos poderes negociais em jogo: contratos paritários e contratos não paritários¹⁰⁵. Enquanto nos primeiros as partes detêm poderes negociais equivalentes, na segunda categoria há assimetria desses poderes.

O reconhecimento da existência de negócios jurídicos com contrastes de poderes negociais ostentados pelos participantes da relação jurídica permitiu, não somente a edificação de tutela especial aos vulneráveis em geral, mas também do consumidor, do aderente e, no âmbito dos contratos negociados, da possibilidade de afastamento da presunção de paridade¹⁰⁶.

Excluindo-se da presente análise as relações de consumo¹⁰⁷, na seara dos contratos civis costuma-se imbricar as noções de assimetria de poderes negociais com os contratos de adesão¹⁰⁸, sobretudo quando se tem em ambos os polos da

¹⁰⁵ Nesse sentido Vincenzo Roppo observa que uma nova teoria contratual (contemporânea) deve estar atenta às variadas formas de assimetria de poderes negociais, o que reivindica maior intervenção do legislador (tradução livre): “*o elemento unificador dos contratos cujos regimes definem o novo paradigma contratual não podem se identificar, de forma restrita, em uma rígida estratificação socio-econômica das partes contratantes; deve buscar-se, melhor, um elemento mais geral [...] é o elemento que, em uma linguagem mais moderna, denomina-se, hoje, assimetria de poderes contratuais [...] Há assimetria de poderes contratuais entre consumidores e profissionais, mas não somente. Incluem-se relações que não correspondem a esse binômio [...] contrapondo uma parte dotada de um determinado poder contratual a outra parte dotada de poder contratual menor. Em razão de tal assimetria - onde quer que se manifeste - o legislador introduz, para proteger a parte que dela padece, as regras que foram mencionadas como constitutivas do novo paradigma contratual.*” ROPPO, Vincenzo. *El contrato del dos mil*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 64. Pode-se cogitar, com efeito, que a norma do artigo 421-A do Código Civil, ao reconhecer a existência de contratos civis não paritários, se enquadre na concepção trazida pelo autor italiano.

¹⁰⁶ Enzo Roppo observa que “*a evolução do instituto contratual registra, outrossim, fenômenos muito relevantes, que refletem verdades e próprias restrições da liberdade contratual, limitações substanciais do autônomo poder de decidir e desenvolver, sob a forma de contrato, as iniciativas econômicas sugeridas pela conveniência de mercado*”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2009, p. 311.

¹⁰⁷ Seja consentido remeter ao item 1.1., supra.

¹⁰⁸ Nesse sentido, cf. DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado

relação profissionais. Deste modo, o conceito de contratos não paritários civis sempre esteve atrelado à categoria dos contratos de adesão, talvez a partir de uma (questionável) percepção de que as expressões “negociado” e “assimétrico” seriam inconciliáveis.

Assim, é importante reconhecer, para os propósitos deste trabalho, que a calibragem de poderes negociais não está atrelada, indissoluvelmente, às categoriais postas na lei positiva. Dito de outro modo, como será aprofundado mais adiante, nem sempre o contrato de adesão não consumerista reflete disparidade de poderes negociais, assim como nem todo contrato negociado (ou melhor seria dizer, de *não adesão*) resultará de uma negociação de partes em igualdade de poderes.

Nesse sentido, é bem de ver que a doutrina ainda atrela a noção de contrato de adesão à disparidade de poderes negociais¹⁰⁹, sem dedicar maior atenção às novas relações de poderes negociais presentes no tráfego jurídico, as quais se revelam mais dinâmicas que aquela experimentada há alguns decênios, quando a noção de disparidade de poderes negociais, efetivamente, se identificava com os contratos de adesão. Se é bem verdade que os contratos de adesão, em regra (que não deve ser tomada como absoluta, à medida que comporta exceções), revelam a mais acentuada e facilmente identificável manifestação de assimetria de poderes negociais, já não repousa somente sobre essa categoria a disparidade de poderes mencionada, revelando-se, hodiernamente, mais frequente a existência de contratos negociados que, a despeito da existência de negociações sobre o conteúdo dos elementos do negócio jurídico e das cláusulas do instrumento contratual, revelam a

do Rio de Janeiro, 2015, p. 41. Na mesma linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao definir contratos adesão, parecem opor esta classificação ao conceito de contratos paritários, o que permite concluir que, a partir desse entendimento que identifica a ausência de paridade nas figuras dos contratos de adesão, os contratos negociados seriam sempre paritários: “*De fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação (take it or leave it). A qualificação de um contrato como paritário ou de adesão dependerá, portanto, da perquirição se o conteúdo das cláusulas pode ser atribuído a ambas as partes ou se nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contratantes.*” FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. P. 73

¹⁰⁹ Esta noção pode ser extraída da concepção trazida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “*A ruína dos pressupostos da concepção liberal oitocentista do princípio da autonomia privada é fruto de um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas, cenário ideal para o estabelecimento de relações negociais pautadas pela desigualdade do poder negocial das partes, cujo principal instrumento contemporâneo de contratação é o contrato de adesão.*” FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. P. 280.

incapacidade de uma das partes, pela debilidade dos poderes negociais que ostenta, de conferir ao programa do contrato a feição que atenda a seus interesses e necessidades.¹¹⁰

Disso decorre que o conceito de contratos paritários e não paritários não deve partir das categorias abstratas, sejam elas clássicas ou contemporâneas. Ao revés, a conceituação deve se ater ao que efetivamente deriva a noção de *paridade negocial*: os efetivos poderes em jogo, na relação contratual concretamente considerada, ostentados pelos seus participantes, para autorregulamentar seus interesses no programa contratual.

Portanto, sistematizando-se a abordagem acima, os contratos paritários¹¹¹ podem ser analisados, a partir de uma revigorada concepção, como aqueles em que as partes da relação gozam de poderes equivalentes e suficientes para estruturarem o negócio jurídico de acordo com seus efetivos interesses e necessidades; enquanto os contratos não paritários seriam aqueles em que se verifica contraste entre os poderes negociais dos contratantes, de modo que a parte débil, mais fraca, terá menor oportunidade de inserir elementos no contrato consentâneos com seus efetivos interesses e necessidades, podendo essa fragilidade perante o outro contratante se materializar em maior ou menor intensidade.

A partir de tal perspectiva, derivam duas relevantes consequências: a primeira, no sentido de que a paridade ou não dos poderes negociais não deve ser tomada como relação direta com a estrutura do contrato celebrado (se de adesão, por exemplo). A segunda se relaciona à noção de que as disparidades de poderes negociais podem se revelar em variadas intensidades e diversificados contextos.

¹¹⁰ Enzo Roppo observa, acerca dos efeitos emergentes do programa contratual, a partir de noção de controle funcional do contrato, que “*Se os efeitos do contrato representam a formalização e a sanção legal, o sinal do caráter juridicamente vinculante das transferências de riquezas que substanciam a operação econômica perseguida pelos contraentes, poderemos dizer que o contrato funciona – isto é, realiza adequadamente tal operação – só enquanto a medida e a qualidade dos efeitos por ele produzidos correspondam às expectativas e aos projetos de autonomia privada.*” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2009, p. 219.

¹¹¹ Para Paulo Lôbo, “*Os contratos paritários compõem o modelo clássico, que pressupõe a equivalência dos poderes negociais e a existência efetiva de negociações preliminares, dispensando a intervenção legislativa e judicial, em sua essência.*”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.28. Já para Paula Forgioni, “*A concepção de contrato paritário liga-se a relações equilibradas, em que certa igualdade das empresas é fator determinante na organização e desenvolvimento das fases do negócio [...] embora a simetria seja rara, nos contratos paritário a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos.*” FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67.

Nalguns casos, essa disparidade de poderes é tão acentuada e recorrente que o legislador arquiteta, por meio da técnica da presunção, tutela diferenciada, como ocorre com o consumidor e a sua presunção de vulnerabilidade. Não por outra razão, Enzo Roppo, ao abordar os contratos *standards* (de adesão), já reconhecia que as transformações sociais implicavam, em maior ou menor medida, na estandardização das relações contratuais: “por reflexo direto destas transformações, cada um dos setores conhece – em várias formas e medidas – a estandardização das relações contratuais que se desenrolam no seu seio.”¹¹² Portanto, a segunda consequência, acima mencionada, carrega a noção, de acordo com a realidade social contemporânea, de que os espaços de autonomia derivados dos poderes negociais detidos pelas partes, poderão se revelar de maneiras e intensidades distintas, não devendo o intérprete se apegar a certas categorias dogmáticas, como o contrato de adesão, para qualificar o fato.

Avançando nessa perspectiva, os contratos civis não paritários podem ser entendidos¹¹³ como aqueles que ostentam assimetria de poderes negociais entre os agentes, ou seja, sem possibilitar que uma das partes colabore efetivamente na construção de um programa contratual compatível com suas necessidades e interesses, em relação jurídica não qualificada como de consumo.¹¹⁴ Observe-se, uma vez mais, que nenhuma consideração acerca da estrutura da contratação é realizada para esse mister, estando o foco direcionado ao poder que as partes detêm para, no âmbito da construção do programa contratual, regulamentarem os seus interesses e necessidades.

Com efeito, a disparidade de poderes negociais pode decorrer da situação pessoal da pessoa, parte da relação obrigacional, ou decorrente, não de seus atributos individuais, mas sim de um contexto específico. Ou seja, os contratos não paritários poderão sê-lo porque uma das partes ostenta debilidade negocial em dada

¹¹² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2009, p. 312.

¹¹³ Segundo Paulo Lôbo, os contratos não paritários se caracterizam pela “*não presunção de equivalência dos poderes negociais e pela proteção jurídica que desfrutam determinadas partes e interesses transindividuais, mediante a intervenção legislativa e judicial para a imposição do dever de proteção desses interesses.*” LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.28.

¹¹⁴ Para aprofundamento do processo de qualificação da situação jurídica como de consumo e a crítica aqui proposta a respeito da experiência brasileira, que tem se valido de critério hermenêutico por exclusão, partindo-se da hipótese de se tratar de relação de consumo e, por exclusão, qualifica-se a relação como civil, concluindo-se como paritária, sem investigação de poderes negociais, seja consentido remeter ao item 1.2., supra.

situação concreta, em razão de seus atributos pessoais, ou porque, a despeito de não ostentar qualidades inerentes que lhe coloquem em posição de inferioridade no jogo de poderes negociais, em dado contexto concreto, os seus espaços de autonomia se revelam achatados.

Sistematizando as noções acima, podemos considerar que, no que diz respeito à estrutura dos contratos civis, esses poderão ser negociados ou de adesão; enquanto na perspectiva dos poderes negociais em jogo, os contratos civis poderão ser paritários ou não. Assim, é possível combinar-se todas essas chaves classificatórias, de modo que o processo hermenêutico não será realizado por processos silogísticos (“se adesão, não paritário”; “se negociado, paritário”). A qualificação não deve ser conduzida por esse caminho.

É, pois, nos espaços de autonomia que a identificação de assimetria de poderes negociais deve ser examinada – e não pela categoria, concebida, dogmática e abstratamente. Daí porque o estudo da paridade negocial deve partir, antes de tudo, pela investigação dos espaços disponibilizados à autonomia privada na situação jurídica concretamente considerada.

É por essa razão que o estudo dos contratos não paritários está imbricado à evolução da autonomia privada, notadamente a superação do voluntarismo. Desde sua concepção primitiva, forjada nos séculos XVII e XVIII¹¹⁵, o princípio da autonomia – então designada como *autonomia da vontade* – suportou substancial alteração qualitativa, migrando de uma concepção voluntarista, em que “o domínio da vontade nos contratos se revelava como a expressão genuína da liberdade nas relações privadas”,¹¹⁶ para uma que reconhece vulnerabilidades entre os agentes da relação obrigacional e não se limita à análise de elementos estruturais

¹¹⁵ “No apogeu do liberalismo econômico dos Séculos XVII e XVIII, a vontade assumiu importância formidável. Tanto assim que, para muitos autores, as liberdades fundamentais, das quais decorre o papel da vontade, constituem noção pré-jurídica, que seria apenas reconhecida pelos ordenamentos nacionais”. TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 142. Cf. também TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13.

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 142. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13.

da formação no contrato, integrando o processo interpretativo para o oferecimento de tutela a função pretendida pelas partes contratantes por meio do ato negocial. Tal concepção constituiu alicerce para o surgimento do direito do consumidor, a tutela de vulneráveis¹¹⁷ e, mais recentemente, o reconhecimento de contratações celebradas entre agentes com disparidade de poderes negociais, sendo este último o elemento central deste trabalho.

Com efeito, no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, a tutela dos direitos fundamentais – especificamente no que diz respeito ao tema em análise, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial – promovem uma ressignificação da autonomia privada e da própria teoria do negócio jurídico, reconhecendo-se a sua insuficiência para a “abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a iniciativa privada se estabelece e é socialmente reconhecida”.¹¹⁸ Deste modo, é relevante para a análise da tutela oferecida aos contratos negociados não paritários – e para a distinção destes dos contratos de adesão não consumeristas – o papel exercido pela autonomia negocial e as diversas formas de sua manifestação que nem sempre encontram nas categorias típicas o enquadramento apto a lhe oferecer tutela adequada. Nas palavras de Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder:

O exame da função não deve se limitar à avaliação do esquema regulamentar abstrato ou do modelo típico adotado, pois cumpre superar a perspectiva da subsunção, com o objetivo de valorizar a

¹¹⁷ A respeito da proteção de vulneráveis, como veículo para mitigar as desigualdades sociais, cf. TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 145; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 17: “A despeito da prevalência, até os dias de hoje, da dogmática voluntarista, a evolução política e econômica da sociedade, desde o final do século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se a força vinculante da vontade negocial. Diante das graves crises econômicas e seus nocivos efeitos sociais, que conduziam os potenciais contratantes à miséria e intensificavam as desigualdades, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos. Sucederam-se desde então diversos movimentos sociais, demandando a intervenção do estado nas relações econômicas para proteger as partes mais fracas e reduzir desequilíbrios nas contratações privadas”.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 154. Cf. também TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

identificação dos interesses e das peculiaridades que distinguem o negócio concreto.¹¹⁹

Na tradição civilista, a autonomia foi concebida no ambiente de ascensão liberal-burguesa como instrumento conferido aos particulares para autorregulamentar seus próprios interesses. Já nas palavras de Pietro Perlingieri, “uma definição usual, a ser considerada, no entanto, como mero ponto de partida” consiste no poder conferido “pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados.”¹²⁰

Em seus contornos primitivos, a noção de autonomia se ancorava no voluntarismo, em perspectiva exclusivamente estrutural, isto é, a validade do ato de autonomia sujeitava-se tão somente à licitude da vontade emanada, desprezando-se qualquer outra limitação que não fosse estrutural, relativa à vontade manifestada pelo agente. Inexistindo, pois, violação à lei positivada e qualquer vício de vontade – inculpidos a partir de institutos positivados no diploma civil – o ato de autonomia era considerado válido e apto a produzir os efeitos pretendidos pelas partes, sem qualquer limite em relação ao conteúdo do negócio¹²¹. Conforme anota Paulo Lôbo, os pandectas alemães do século XIX, edificaram a teoria do negócio jurídico, “em cujo centro colocaram a vontade como elemento nuclear, suficiente para receber incidência da norma jurídica”.¹²²

Tal concepção estava estritamente ancorada na noção de igualdade formal – na perspectiva liberal -, partindo-se da premissa de que sendo conferido aos particulares tratamento igual¹²³, o agente que manifestava vontade de se vincular a

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 28.

¹²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335

¹²¹ Como bem anota Paulo Lôbo, “Competia ao ordenamento jurídico prover as regras gerais e os requisitos de existência, validade e eficácia para reconhecimento [do contrato], sem interferir no conteúdo das relações privadas”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.21

¹²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.20.

¹²³ Paulo Lôbo observa, nesse sentido, que “os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos arts. 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, revelam que o paradigma de contrato neles contidos não é o mesmo da concepção liberal, a qual contempla o contrato entre indivíduos

uma relação obrigacional, a ela estaria vinculado como se lei fosse¹²⁴, sem qualquer preocupação com o conteúdo da avença ou com a pessoa dos contratantes¹²⁵. A esse respeito, Pietro Perlingieri anota que essa concepção encontra suas raízes, por trás de construção científica, ancorada no liberalismo. Segundo o autor, tal perspectiva “exerce notável influência no pensamento jurídico e na praxe, pondo-se como sinal da exigência jusnaturalística de proteger ou reconquistar espaço para o valor da liberdade individual. Por trás do fascínio desta fórmula, todavia, não se entendeu outra coisa senão o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas das relações de força mercantis”.¹²⁶

As formulações clássicas relacionadas à autonomia precisaram ser superadas, substituídas por uma mais atenta às situações de vulnerabilidade¹²⁷, pavimentando-se, somente a partir daí, o caminho para o reconhecimento da tutela do consumidor. Contudo, se na seara consumerista podem ser identificados significativos avanços, no âmbito dos contratos civis ainda há forte resistência na doutrina e jurisprudência ao reconhecimento de assimetrias de poderes negociais, em especial quando se tem profissionais nos dois polos (e não se qualifique a relação como de consumo). A exceção, talvez, residiria nos contratos de adesão não consumeristas, mas, decerto, no plano dos contratos negociados, o prestígio à formulação de autonomia no molde liberal-voluntarista, ainda se encontra arraigado na experiência brasileira.

É que a autonomia ofereceu a base na qual se debruçou toda teoria do negócio jurídico – a qual suportou, no texto legal, poucas inovações no Código Civil - e,

autônomos e formalmente iguais, realizando uma função meramente individual. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.42

¹²⁴ Nesse sentido é a anotação de Paulo Lôbo: “*O contrato foi estruturado segundo o esquema bifonte da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passou a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, sintetizado na fórmula ‘pacta sunt servanda’.* LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.19.

¹²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.20.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335

¹²⁷ Como observa Paulo Lôbo, “Se as novas figuras contratuais, hoje prevaletentes, prescindem ou ignoram o poder de escolha; se não há, em muitas situações, autodeterminação livre dos seus próprios interesses; se os direitos, pretensões, deveres e obrigações são fortemente limitados ou até mesmo prefixados pela lei ou pelo contratante com poder negocial dominante; se o contrato pode ser celebrado sem a identificação ou a manifestação de qualquer espécie do outro contratante, em virtude da automação ou da informatização, a teoria do contrato teve de se transformar, em igual medida.” LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.23.

também, os princípios clássicos dos contratos, designadamente a força obrigatória – que obrigava as partes que, validamente, manifestaram a vontade de se vincular a dado negócio jurídico - e a relatividade dos efeitos dos contratos – que impunha a sujeição ao negócio somente aqueles que manifestaram a vontade de assim se vincular. Nas palavras de Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, “a vontade assumiu importância formidável na construção do significado e fundamento do contrato”¹²⁸, de modo que, nos dizeres dos autores, “a escolha das partes por contratar desponta, nesse contexto, não apenas como ordem do contrato, mas também como seu fundamento de legitimidade.”¹²⁹

O conceito da autonomia – até então designada como autonomia da vontade, justamente por expressar, em sua designação, o voluntarismo que lhe oferecia suporte¹³⁰ – sofreu transformações ao longo do tempo, em especial a partir da migração do modelo liberal para o Estado social¹³¹, bem como, na experiência europeia, após a Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, reconhecendo-se que o indivíduo, muitas vezes, manifestava a vontade de contratar sem que, na realidade, se tratasse de uma manifestação livre, mas sim decorrente das próprias necessidades. É, com efeito, a partir dessa nova perspectiva que o contrato deixa de se ancorar na noção de liberdade formal como fundamento da obrigatoriedade do contrato¹³². Como bem anota Paulo Lôbo:

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13

¹³⁰ Segundo Pietro Perlingieri, “A autonomia privada, não obstante as reservas antes formuladas, há muito tempo é considerada como dogma pela doutrina civilística: a sua noção está estritamente ligada àquela de iniciativa privada e de atividade dos sujeitos como expressão da própria liberdade. A sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade do sujeito no centro do ordenamento”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339

¹³¹ Observa Paulo Lôbo que “O estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato. A intervenção pública nas relações econômicas privadas, que era excepcional, converteu-se em regra”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.22

¹³² TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p.3. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson;

O principal giro de perspectiva que se observa na compreensão do contrato, em relação à atividade econômica, é a consideração do poder que cada participante exercita sobre o outro; do poder contratual dominante que nunca deixou de haver, mas que o direito desconsiderava, porque partia do princípio da igualdade formal dos contratantes, sem contemplar as suas potências econômicas; ou do poder dominante de um e a vulnerabilidade jurídica de outro, que é pressuposta ou presumida pela lei.¹³³

Prossegue o autor, com base em lição de Franz Wieacker, observando que a teoria contratual foi concebida por juristas que edificaram um “direito privado abstrato e a noção de autonomia privada, favorecedores da expansão da revolução industrial, da racionalização da economia e, conseqüentemente, do individualismo jurídico, favoráveis aos grupos econômicos em expansão, das finanças, do comércio e da indústria, em desfavor das profissões e classes sem capital, convertendo-se em instrumento de uma sociedade injusta”.¹³⁴

Nos países de família romano-germânica, a mudança conceitual escora-se no avanço do Estado social¹³⁵ e no advento de Constituições democráticas, que colocaram no centro do ordenamento jurídico de cada país a dignidade da pessoa humana e outros valores, de índole constitucional, tendentes a reduzir desigualdades, a promover direitos humanos e a tutelar situações de vulnerabilidade.

No Brasil, o mesmo movimento é observado a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, a qual tem como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e como objetivos a solidariedade social e a igualdade substancial¹³⁶. Assim, a liberdade de iniciativa – que não se confunde com a

BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14

¹³³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.44

¹³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.20.

¹³⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.21

¹³⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p.2. Cf., no mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul/ set. 2014, p. 154; e TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

autonomia negocial¹³⁷ -, igualmente fundamento da república, passa a dialogar com os demais valores do ordenamento, devendo ser exercida, não somente em observância aos limites previstos na lei infraconstitucional, mas também devem perseguir a redução de desigualdades sociais e comprometer-se com a dignidade humana¹³⁸. A autonomia privada é, destarte, remodelada pelos fundamentos constitucionais, através da observância dos princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial.¹³⁹

No que diz respeito à autonomia, o programa constitucional de 1988 inaugura a sua ressignificação, de modo que sua concepção deixa de se vincular à noção de um princípio absoluto e calcado, exclusivamente, no voluntarismo oitocentista¹⁴⁰. Em contraste, a autonomia privada ganha novos contornos, sujeitando-se não somente aos limites legais, vinculados à validade da vontade emanada, mas também ao controle de merecimento de tutela, o qual é realizado a partir de valoração da função que o ato de autonomia foi projetado pelos agentes¹⁴¹.

Como consequência, os negócios jurídicos passam a suportar maior intervenção estatal, não somente nas hipóteses em que se verifica vícios de vontade ou

¹³⁷ Para compreensão dessa perspectiva, cf. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.47

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 154; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

¹³⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.85.

¹⁴⁰ “Já se viu que no Estado Liberal não é possível falar na completa ausência de intervenção estatal. No Estado Social e no Estado Democrático de Direito, essas limitações foram intensificadas, em razão da funcionalização crescente da autonomia privada, diante do Poder Público, a fim de assegurar a harmonia social. Os direitos subjetivos passaram a ser entendidos não mais como imunidades em relação ao Estado, mas como relações intersubjetivas, a cujos titulares foram atribuídos também deveres, corolários de seu compromisso com o bem-estar comum. Essas transformações, entretanto, não foram vistas propriamente como uma redução indevida na autonomia individual, mas, sim, como a eliminação de privilégios que seriam incompatíveis com o direito dos demais membros da sociedade de exercerem efetivamente seus direitos e liberdades”. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 456.

¹⁴¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaia da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p.2. Na mesma linha de pensamento, cf. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14

estruturais, mas também nas situações jurídicas em que, na perspectiva funcional do ato de autonomia, o seu merecimento de tutela não é observado, de modo que “o contrato será protegido não por ser produzido por vontades livremente manifestadas, mas por realizar função compatível com os valores primordiais do ordenamento”.¹⁴² Pietro Perlingieri esclarece, a respeito da intervenção estatal, no exercício do controle de merecimento de tutela:

Em um estado social de direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito da pessoa e da sua dignidade, não é justificável uma autonomia negocial como dogma em si; nem tudo que é desejado pelas partes é merecedor de tutela. É sempre necessário verificar se um ato de autonomia é lícito, merecedor de tutela, razoável e proporcional, conforme aos princípios e aos valores presentes no ordenamento jurídico; e o legitimado a proceder a este controle é quem quer que tenha a devida competência (*i.e.*: magistrado, jurista, notário, advogado, *Authority, etc.*)¹⁴³

Contudo, como já mencionado, se em outros campos a autonomia negocial ganhou novos contornos e significado, admitindo-se maior intervenção estatal, no campo dos contratos civis, em especial os negociados, a vontade da parte da relação ainda ostenta prestígio que se aproxima dos moldes em que fora concebida a autonomia *da vontade*. Pouca – ou nenhuma – atenção a doutrina dedica à assimetria de poderes negociais em relações civis, da mesma maneira que a experiência jurisprudencial raramente se ocupa dos efetivos poderes negociais em jogo, em caso de litígios que gravitem em torno de relação contratual civil. Esta atenção somente é dedicada na abordagem dos contratos de adesão, o que, uma vez mais, evidencia a crítica trazida na parte inicial desse Capítulo: a qualificação do contrato a partir das chaves classificatórias, com desprezo da situação concretamente considerada e avaliação dos poderes negociais detidos pelas partes na edificação do programa contratual.

Retomando a evolução da autonomia, no que diz respeito ao merecimento de tutela, a contratação deve promover valores do ordenamento, consagrados no Projeto Constitucional de 1988, de modo que os atos de autonomia deixam de receber tutela do ordenamento somente em razão da vontade formalmente lícita.

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: *autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 17

¹⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343

Não se trata, como se verifica na experiência contemporânea, de aniquilar a liberdade de contratar, tampouco subtrair do negócio jurídico a sua patrimonialidade, mas tão somente de harmonizar os interesses privados – ainda que com escopo de lucro – aos demais valores do ordenamento. Deve-se, portanto, nas palavras de Gustavo Tepedino, “respeito à autonomia privada sem mistificá-la, controlando-se evidentemente as forças de produção e o mercado, para que não venham estes a moldar a doutrina contratual e a teoria da interpretação”.¹⁴⁴

A evolução da autonomia privada, inclusive, abriu importante fenda para a tutela de vulneráveis, a partir do reconhecimento constitucional do princípio da igualdade substancial, passando o ordenamento a tutelar situações de fragilidade de agentes nas mais variadas searas. Conforme advertência de Pietro Perlingieri:

Se se deixasse a possibilidade de auto-regulamentação aos sujeitos interessados, provavelmente o resultado seria oposto, no sentido de que seria mais favorável ao contratante forte: o legislador intervém para estabelecer uma disparidade de tratamento a favor do contratante mais vulnerável com a intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direito.¹⁴⁵

O princípio da igualdade substancial, portanto, dialoga com a autonomia privada, permitindo o oferecimento de tutela diferenciada aos negócios jurídicos patrimoniais em que, a despeito da vontade emanada pelo agente, há situação de vulnerabilidade – ou, no mínimo, assimetria de poderes negociais – de uma das partes.

Nessa trilha, em sua acepção contemporânea, a autonomia privada não equivale a um cheque em branco ao indivíduo. Bem ao revés, a autonomia comercial deve ser exercida em sintonia com os valores constitucionais, que irão informar o seu núcleo funcional.¹⁴⁶

¹⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014, p. 154; cf. no mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15

¹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES e Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição, p. 214.

Nessa ordem de ideias, a autonomia “apenas recebe tutela na medida em que se conforme com os valores constitucionais”¹⁴⁷. Dentre tais valores constitucionais, é na dignidade da pessoa humana, norte do ordenamento, na igualdade substancial e na solidariedade social, que a autonomia negocial encontra sua unidade. Assim, os atos de natureza patrimonial – assim como os de perfil existencial –, terão o seu fundamento de validade, de modo a merecer tutela do ordenamento jurídico, na cláusula geral de proteção da pessoa.¹⁴⁸ Vê-se que, enquanto marca fundamental dos negócios jurídicos, a autonomia negocial não mais assume um caráter absoluto, passando a suportar limitações.¹⁴⁹ Nesse sentido, a ordem jurídica impõe, no exercício da autonomia negocial, “deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade”.¹⁵⁰ Se no que diz respeito à tutela dos consumidores e dos presumidamente vulneráveis essa concepção renovada da autonomia já pode ser considerada amadurecida, no campo dos contratos civis, ainda pende de debates e amadurecimento.

A modificação na acepção da autonomia privada se relaciona, além da migração da igualdade formal para a igualdade substancial, à aproximação do direito público e do direito privado.¹⁵¹ A crise na *summa divisio*, entre direito público e direito privado, também impõe remodelagem à autonomia, à medida que, mais e mais, entes públicos atuam como agentes, celebrando negócios jurídicos e atuando, muitas vezes, simetricamente a um particular. Dessa constatação, a própria designação do princípio ganha nova vestimenta, passando a ser designado como autonomia negocial – em lugar de autonomia privada –, quando aplicada aos negócios jurídicos, à medida que entes públicos atuam, também, na celebração de

¹⁴⁷TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES e Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição, p. 214

¹⁴⁸MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

¹⁴⁹ROSENVALD, Nelson e DE FARIAS, Cristiano. *Direito Civil. Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 428.

¹⁵⁰TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15

¹⁵¹MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

negócios jurídicos¹⁵². Daí porque Pietro Perlingieri define a autonomia negocial – “não privada ou contratual, porém” – como o “poder reconhecido ou atribuído ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”.¹⁵³

Resta claro que, muito embora a autonomia negocial permaneça sendo o elemento propulsor dos negócios jurídicos, a sua aplicação deverá ser investigada à luz dos valores constitucionais de maior relevo, protetivos da pessoa humana, considerada em suas mais diversificadas necessidades, interesses, exigências, qualidades, respeitando-se, sempre, fundamentos essenciais para a promoção de sua dignidade e seu desenvolvimento^{154 155}.

Portanto, superada a formulação de autonomia na perspectiva voluntarista, reconhece-se que os atos de autonomia se manifestaram de formas variadas. Deste modo, a qualificação de um contrato como paritário ou não deve ser conduzida pelos espaços de autonomia negocial detidos por cada uma das partes na relação jurídica.

2.2. Papel da autonomia negocial na qualificação dos contratos civis não paritários

A partir de uma renovada concepção da autonomia negocial, vista acima, é possível identificar, a partir da ordem constitucional, variadas expressões dos atos de autonomia. Conforme observação de Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, “a autonomia não pode ser analisada de modo abstrato, pois o controle do seu

¹⁵² Para aprofundamento de tal concepção, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336

¹⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336

¹⁵⁴ ROSENVALD, Nelson e DE FARIAS, Cristiano. *Direito Civil. Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 429.

¹⁵⁵ Segundo Gustavo Tepedino, “na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Notas Sobre Função Social dos Contratos* In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 405.

exercício vai levar em conta a diversidade de funções que os contratos visam a desempenhar”.¹⁵⁶ Assim, reconhece-se que a autonomia poderá se manifestar de maneiras diversas, conforme o caso concreto, conferindo aos agentes maiores ou menores espaços de liberdade para a autorregulamentação dos negócios jurídicos, conforme os interesses em jogo, os valores promovidos pelo ato negocial e, também, as pessoas envolvidas. Este último elemento subjetivo guarda estreita relação com o estudo deste capítulo.

Como exposto no capítulo antecedente, o ainda presente apego às categorizações pode despertar certa tentação do intérprete a enquadrar, em esforço hermenêutico, situações jurídicas em dada categoria à qual não se acomodam bem. Nessa esteira, é relevante o estudo do papel da autonomia negocial em suas variadas formas que se apresentam no tráfego jurídico contemporâneo, o que, não somente permite o reconhecimento pelo ordenamento de eventuais assimetrias de poderes negociais, mas também abre a possibilidade de investigação, na situação concretamente considerada, das igualmente variadas estruturas e peculiaridades que contratações com contrastes de poderes negociais podem se expressar.

Nem toda assimetria de poderes na atividade negocial é merecedora de idêntica tutela, verificando-se diversificadas situações, que se distinguirão a partir, justamente, do espaço de autonomia conferido às partes no caso concreto, como ocorre no caso de contratos de adesão não consumeristas e contratos negociados não paritários.

É, como já antecipado, justamente, na incidência dos espaços de autonomia negocial que os contrastes entre os contratos não paritários se inserem. É dizer, a autônoma negocial se materializa em tais situações jurídicas de maneira diversa, o que deve atrair qualificação – e respectiva tutela - distinta entre uma e outra situação. Daí decorre a relevância da compreensão da evolução da autonomia, para a adequada qualificação dos contratos negociados não paritários, inclusive para evitar-se o baralhamento com outras figuras próximas, mas que com aqueles não se confunde.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: *autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16.

Isto porque a autonomia negocial, em seus contornos contemporâneos, tendo-se em conta a sociedade massificada e tecnológica¹⁵⁷, bem como o agigantado volume de distintas situações jurídicas contratualizadas, incidirá de maneira diversa, conforme a situação jurídica concretamente considerada. Não deve, com efeito, o intérprete qualificar o negócio, sob o prisma subjetivo (poderes negociais envolvidos), partindo das categorias típicas, antecipadas pela lei infraconstitucional¹⁵⁸. Ao revés, o reconhecimento da pluralidade de situações jurídicas e das variadas formas em que a autonomia negocial pode ser exercida pelos agentes da relação jurídica, ainda que não antecipadas pelo legislador, é processo hermenêutico consentâneo à ordem jurídica vigente, sobretudo quando se tem em conta o diversificado catálogo de formas com que os poderes negociais se manifestam na conclusão dos negócios jurídicos.

É possível, como restará aprofundado mais adiante, cogitar-se de agentes que em certas contratações ostentam notável poder negocial, impondo – por variadas razões, como a necessidade da contraparte, o seu próprio poder econômico, a homogeneização das práticas negociais em seu mercado, *etc.* - relevante parcela do programa contratual a ser celebrado, enquanto noutras situações esse mesmo agente poderá ter seu poder negocial esvaziado, pelas mesmas variadas razões. Esta dinâmica demonstra que, nem sempre, o poder econômico ou a qualificação como profissional significará poder negocial pujante.

Outro exemplo ilustrativo, tomado no seio dos contratos civis *stricto sensu* (cuja a paridade negocial raramente é questionada em doutrina ou jurisprudência), diz respeito aos contratos de locação urbana residencial. Ainda que, na maior das vezes,

¹⁵⁷ Paulo Lôbo observa, acerca da transformação do contrato na contemporaneidade que “*a revolução industrial e a revolução informática, o desenvolvimento tecnológico, a explosão demográfica, a urbanização dominante, forjando uma sociedade de massas, na qual a cidade é apenas um espaço territorial, levaram o contrato a um estado de crise. Mas essa crise não é do contrato, e sim de um modelo de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea*”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.22

¹⁵⁸ A respeito da qualificação dos fatos jurídicos, Pietro Perlingieri é preciso ao identificar o processo hermenêutico em dinâmica unitária. Isto é, norma e fato devem ser avaliados conjuntamente e não em processo sucessivo. Nas palavras do autor italiano, “*o estreito relacionamento entre fato e norma – e, portanto, entre fato e efeito, entre fato e relação – revela a unidade do procedimento interpretativo. Nesta perspectiva, a distinção tradicional entre interpretação da lei e interpretação do negócio (do fato) tem apenas valor descritivo, não configura duas atividades que possam ser separadas com base na finalidade, no método ou no tempo. A qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina*.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 650.

a relação se estabeleça entre não profissionais, os usos sociais e o contexto urbano de (difícil e custoso) acesso à moradia, sobretudo nas grandes metrópoles, dotaram os locadores de notável poder negocial, ainda que Lei especial¹⁵⁹ tenha buscado calibrar a relação de poderes por meio de normas cogentes. É, com efeito, esclarecedor o exame das negociações sobre cláusulas que cuidam das indenizações de benfeitorias, por exemplo. Tendo a referida Lei conferido à regra dos artigos 35 e 36¹⁶⁰ natureza dispositiva, vê-se que este importante elemento negocial (que impacta na própria composição do equilíbrio do contrato) ganhou, na realidade, força de norma cogente imposta pelo próprio mercado imobiliário, alvejando o espaço de autonomia negocial dos inquilinos, ao menos quanto a tal elemento do negócio.

Como consequência de tal contexto, identifica-se que a práxis do mercado imobiliário urbano passou a adotar modelos contratuais que, em alguns casos, podem ser efetivamente qualificados como adesão (já que nenhum espaço de autonomia é ostentado pelo locatário, restando-lhe, tão somente, a possibilidade de aderir ou não ao programa contratual estipulado)¹⁶¹ e, noutros cenários, melhor se enquadram na noção de contrato negociado não paritário, em que é admitido pelo locador que as cláusulas sofram proposições de modificação pela parte locatária, mas, na prática, o poder negocial que este detém para, de fato, conferir ao programa do contrato contornos destinados ao efetivo atendimento a seus interesses e necessidades se vê fragilizado. A decisão de contratar do locatário, nesses casos em que a negociação dos termos do contrato não resulta em uma arquitetura que realmente atenda e seus interesses e necessidades, decorre, não raramente, da própria ciência do inquilino de que tal prática é cristalizada nos usos do mercado

¹⁵⁹ Lei 8.245/91, que regulamenta as locações dos imóveis urbanos.

¹⁶⁰ Lei 8.245/91, art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

¹⁶¹ Prática bastante difundida, igualmente, é a utilização de minutas em formatos eletrônicos não editáveis, como o “pdf”, em que a parte locadora (muitas vezes, representadas por imobiliárias) não permite que o locatário altere a redação do contrato, mas, quando muito, informe eventuais elementos que deseja ver modificados.

(ou seja, nem naquela negociação, nem em qualquer outra, será possível alterar esse elemento contratual).

Na dinâmica contratual contemporânea, portanto, os poderes negociais são cada vez mais fluidos, dinâmicos e oscilantes, variando conforme a situação jurídica e as suas peculiaridades.

Bem por isso, o processo de qualificação do negócio não deve partir da norma e, menos ainda, de eventuais arquiteturas previamente trazidas pelo legislador infraconstitucional, promovendo-se encaixe do fato ao comando legal, o que significaria retomada do consumido e superado método subsuntivo¹⁶². Ao revés, “a interpretação e qualificação do ato devem ser realizadas em forma evolutiva. A interpretação dita evolutiva não se refere somente à lei, mas também ao ato, ao regulamento negocial, e requer constante adequação e congruência do ato historicamente realizado à realidade do momento de sua execução”¹⁶³, de sorte que qualificação e interpretação são “aspectos de uma operação unitária”.¹⁶⁴

Ademais, o próprio exercício dos espaços de autonomia disponíveis na situação jurídica, não raramente, varia de acordo com a conveniência da parte na relação contratual. Mesmo em alguns casos de contratação por adesão, verifica-se que o agente, a despeito de ostentar poder negocial suficiente para modificar o programa contratual proposto, decide pela adesão ao modelo que lhe fora submetido, não por carecer de poder negocial – de espaços de autonomia -, mas como resultado de sua própria gestão de risco contratual e econômico¹⁶⁵, aderindo ao contrato como forma de redução de seus custos de transação.¹⁶⁶

Neste contexto, deve-se ter em mente que o tráfego jurídico, na contemporaneidade, apresenta variadas formas de exercício de autonomia

¹⁶² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652.

¹⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 653.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 653.

¹⁶⁵ Para estudo aprofundado da gestão de risco, cf. BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-10.

¹⁶⁶ As noções de custo de transação podem ser aprofundadas em FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 142. A correlação, amplamente adotada em doutrina, entre contratos de adesão e a redução de custos de transação será aprofundada no item 2.3., *infra*.

negocial¹⁶⁷, de modo que o presente estudo propõe que o processo de qualificação do contrato, na perspectiva dos poderes negociais envolvidos pelos participantes da relação jurídica, parta, não mais dos modelos típicos, mas sim a partir de um processo de qualificação funcionalizado, mais atento às circunstâncias concretas da situação jurídica. Sob tal perspectiva, deve-se investigar se a parte contratante efetivamente ostentava poder para efetivamente alterar o programa contratual de acordo com seus interesses e necessidades, ou se o campo de autonomia detido na relação concretamente considerada apenas permite o desenho de elementos de diminuta relevância. Leva-se em conta, nesse processo interpretativo, o efetivo poder detido pela parte para modificar a redação de cláusulas do contrato, no caso concreto, ponderando-se se tal poder possibilita a efetiva negociação de elementos relevantes do negócio (independentemente se se tratam de elementos essenciais, naturais, acidentais, cuja a valoração da relevância para a arquitetura da contratação será analisada no caso concreto), ou somente elementos de diminuta importância para o negócio (não estando tal perspectiva limitada aos elementos econômicos, mas considerando o programa contratual em sua experiência total).

Dito de outro modo, o intérprete deve estar atento aos efetivos espaços de autonomia que gozaram as partes contratantes para conferir ao negócio os efeitos desejados e necessários para as partes, e não mais se limitando a uma interpretação mecânica, destinada somente a investigar se houve ou não modificação da redação de cláusulas do instrumento contratual (técnica usualmente utilizada para contrapor os contratos de adesão aos paritários, imbricando as concepções de estrutura – adesão; ou negociados - aos espaços de autonomia - paritários; ou não paritários).

A perspectiva ora proposta pode ser sintetizada na ideia de que os poderes negociais – e os correspondentes espaços de autonomia negocial – devem ser avaliados não a partir dos modelos típicos (como, por exemplo, se houve ou não adesão a um contrato previamente proposto), mas sim pelo poder que a parte detinha nas tratativas para efetivamente modificar o programa contratual, de acordo com seus interesses e necessidades.

¹⁶⁷ Paulo Lôbo anota, com precisão, que “a polissemia do contrato vai refletir no seu conteúdo” podendo ser composto de cláusulas negociadas, cláusulas não negociadas, cláusulas implícitas, cláusulas integrativas, cláusulas obrigatórias e cláusulas inválidas. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.25.

Pietro Perlingieri, a propósito, anota que “é necessário questionar quais são os aspectos em que se manifesta a autonomia negocial. Tradicionalmente, responde-se que esta se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”.¹⁶⁸ Daí porque deve-se avaliar, na situação concretamente considerada, os efetivos espaços de autonomia detidos pelas partes na relação contratual, para que se possa qualificar adequadamente a medida do exercício da autonomia negocial¹⁶⁹.

Com isso, não deve o intérprete, *a priori*, definir os espaços de autonomia com base em categorias abstratas (por exemplo, se é de adesão, então é não paritário), salvo em relação aos limites legalmente previstos. Cabe ao intérprete avaliar, no caso concreto, o respeito aos valores constitucionais no exercício do ato de autonomia, tendo em conta, inclusive, os poderes negociais em jogo no ato concretamente considerado. A variedade de situações jurídicas vivenciadas na contemporaneidade permite identificar, pois, atos negociais que gozam de maior ou menor espaço de autonomia, sendo essa a chave de leitura para a qualificação dos contratos.

Portanto, inseridos os atos negociais na sociedade de consumo, tecnológica e de massa, há negócios jurídicos celebrados entre partes com equivalência de poderes e outros com acentuada discrepância destes, revelando-se, neste último caso, uma das partes vulnerável em relação a outra, por variadas razões. Entre os dois extremos, há também situações intermediárias em que, a despeito de inexistir uma vulnerabilidade acentuada ou mesmo presumida – como ocorre nos contratos de consumo – verifica-se algum nível de fragilidade de um dos contratantes, que, a despeito do achatamento de sua autonomia para regulamentar o ato negocial, é impulsionado a celebrar o negócio, ainda que não plenamente adequado a seus

¹⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 342

¹⁶⁹ Por exemplo, há hipóteses, como já mencionado, de contratações em que a parte detinha amplos espaços de autonomia negocial, mas exerceu somente parcela dessa autonomia, optando por, por exemplo, aderir a um regulamento contratual previamente estipulado pela contraparte, sem qualquer ressalva ou negociação anterior à conclusão do negócio. Nesse caso, os espaços de autonomia são amplos. A medida do exercício, por vontade da própria parte, é que era reduzida. Essa situação evidencia que adesão e paridade não são concepções antagônicas *per se* e não residem na mesma categoria dogmática. Adesão se contrapõe a negociado. Paritário se contrapõe a não paritário, assimétrico.

interesses e necessidades. Nesse exato sentido, é a anotação de Pietro Perlingieri, ao analisar a diversidade de atos praticados em abrigo do exercício da autonomia privada:

A negociação se apresenta cada vez mais com técnicas e formas diversificadas, de maneira a excluir a possibilidade de se construir uma figura negocial unitária, representada por uma disciplina comum, mas na realidade identificada exclusivamente com aquela prescrita para o contrato e considerada compatível com qualquer outro ato.¹⁷⁰

E prossegue o autor italiano:

Paralelamente, está-se concretizando a relevância do estado de vulnerabilidade econômica dos sujeitos, ainda que ‘profissionais’, perante quem quer que, de qualquer forma, seja capaz de determinar um excessivo desequilíbrio das obrigações programadas no exercício da autonomia contratual.¹⁷¹

O reconhecimento de situações intermediárias, que não se alocam nem na paridade negocial presumida, nem na vulnerabilidade presumida, conforme os espaços de autonomia que o caso concreto oferece às partes da relação jurídica, é de fulcral importância para a compreensão de outras figuras jurídicas que, admitindo-se as variadas formas de manifestação da autonomia negocial, podem enquadrar-se em outros institutos jurídicos típicos, como é o caso do contrato de adesão, ou mesmo em outras figuras atípicas, mas que merecem tutela diferenciada, como ocorre com os contratos negociados não paritários.¹⁷²

Portanto, o processo de qualificação do contrato deve ter em conta a investigação atenta dos espaços de autonomia disponíveis às partes nas situações jurídicas contratualizadas, analisadas no caso concreto¹⁷³. Tal perspectiva torna-se

¹⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346

¹⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 354

¹⁷² Paulo Lôbo, ao abordar os contratos não paritários, observa, justamente, a pluralidade de situações jurídicas contratualizadas em que pode se identificar a assimetria de poderes negociais. Nas palavras do autor, “*esses contratos ostentam uma base fortemente objetiva, em virtude da limitação substancial da vontade individual, revelando a impessoalidade da relação contratual, ou a vulnerabilidade dos contratantes, ou o poder negocial dominante, ou a conduta negocial típica.*” LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.29

¹⁷³ “*O ato de autonomia negocial não é um valor em si: pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela [...] Por este caminho, chega-se a apresentar uma pluralidade de regimes contratuais relativamente a cada relação segundo o seu objeto, o sujeito titular das situações jurídicas e o ambiente no qual se realizam [...]*”

ainda mais relevante no que diz respeito à identificação das hipóteses que se enquadram como contratos de adesão não consumeristas e contratos civis negociados não paritários. É o que se passa a abordar.

2.3. Contratos de adesão não consumeristas e os contratos civis negociados não paritários: necessárias distinções

No âmbito dos contratos civis, pode-se afirmar superada qualquer resistência ao reconhecimento de eventual assimetria de poderes entre contratantes, estando ultrapassada a desgastada concepção voluntarista, nos moldes liberais-burgueses¹⁷⁴. No entanto, nos contratos civis, em especial os interempresariais, os contrastes de poderes negociais são reunidos, quase em regra, na figura dos contratos de adesão, sendo conferida reduzida atenção aos contratos que não se qualificam como de adesão, mas que, a despeito de se qualificarem como “negociados”, apresentam em sua concreta manifestação disparidade de poderes negociais detidos pelas partes da relação.

Talvez a correlação direta entre contratos de adesão e assimetria de poderes negociais tenha suas raízes no número expressivo de contratos de adesão em que, efetivamente, a sua conclusão decorre de uma assimetria de poderes. Ou seja, o contrato de adesão é concluído pela parte mais fraca, sem que ela detenha, na etapa pré-contratual, qualquer espaço de autonomia para intervir na arquitetura do regulamento emergente do contrato, independentemente da natureza dos seus elementos (essenciais, naturais, acidentais, etc.)¹⁷⁵. Quando muito, objeto e preço (em alguns casos, nem preço) foram negociados, sendo todo os demais elementos

Os chamados limites à autonomia, postos a tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas, sim, internos enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato que deve ser valorado não apenas isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito”. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 355

¹⁷⁴ Remete-se ao item 2.1., *supra*.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Deborah dos Santos observa que os contratos de adesão “o principal problema apontado na contratação por adesão é a existência de assimetria informacional entre as partes, quando da formação da relação jurídica, pois somente uma delas (o predisponente) tem real compreensão e possibilidade de determinação do conteúdo contratual.” DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 13.

do contrato que compõem, em conjunto com os elementos essenciais objeto e preço, o desenho jurídico-econômico da contratação.

Assim, difundiu-se o conceito do contrato de adesão, quase sem entendimentos divergentes, na ideia de contrato em que uma das partes – estipulante – estabelece unilateralmente a integralidade do conteúdo do negócio jurídico, com todos os seus elementos, cabendo à outra parte – aderente – tão somente a decisão de aderir ou não àquele contrato¹⁷⁶.

Prevalece o entendimento que na estipulação unilateral dos elementos do negócio por uma das partes, o aderente careceria de parcela relevante do próprio conteúdo e função da autonomia negocial, já que seu poder de autorregulamentação dos interesses restaria fundamentalmente mitigado¹⁷⁷. Nesse sentido, haveria somente ato de poder econômico, restando à outra parte aceitar o conteúdo contratual como todo ou recusar em bloco a sua adesão.¹⁷⁸

De outro lado, no âmbito dos contratos civis, havendo negociação do conteúdo do contrato, ou seja, alteração de cláusulas e elementos do instrumento contratual, a relação costuma ser qualificada como contrato negociado e, portanto, paritário.

¹⁷⁶ “A técnica de contratar é transportada para novo plano, no qual aparece desigualdade flagrante nos papéis exercidos pelas partes. Enquanto uma possui a iniciativa de formulação e pré-redação do conteúdo contratual, compoder de barganha, a outra somente se limita a entrar em combinação estabelecida previamente sem sua participação. Como consequência, a autonomia da parte aderente é reduzida ao mínimo, à escolha entre a conclusão ou não do contrato.” DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 49

¹⁷⁷ Deborah Pereira Pinto dos Santos, com base na lição de Francesco Messineo, entende que “é a falta de participação na determinação do conteúdo do contrato pela parte contratante economicamente débil que justifica os favores concedidos pela lei (italiana) em sua proteção. Isso porque o equivalente jurídico da paridade econômica entre os contratantes consiste na possibilidade, que lhes é garantida, de influir na determinação ou na escolha do conteúdo contratual. Quando essa possibilidade não existe, em razão da superioridade econômica de uma das partes, o contrato não poderá ser considerado constituído regularmente”. MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946. p.214, *Apud* DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 49.

¹⁷⁸ GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.13, *Apud* DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 48.

Essa noção, é fundamental sublinhar, correlaciona a possibilidade de alteração do texto do contrato, da redação das cláusulas, ao poder negocial. Construiu-se, à guisa de tal entendimento, uma concepção que correlaciona - com pouco ou nenhum espaço para aferição *in concreto* dos efetivos poderes negociais em jogo - a estrutura (se negociado; ou se de adesão) aos poderes negociais, ou seja, aos espaços de autonomia disponíveis às partes no caso concreto (se paritário; ou não paritário).

Embora reconhecendo a relevância e predomínio de tal entendimento, que parece bastante sedimentado na doutrina e na jurisprudência, o presente estudo propõe uma renovada teoria da interpretação para as situações com assimetria de poderes negociais, mais atenta à historicidade¹⁷⁹ dos institutos em jogo e dos efeitos práticos, superando-se a posição doutrinária prevalente até aqui, com o objetivo de promover tutela diferenciada dirigida à proteção do contratante com reduzido poder negocial, observadas as específicas peculiaridades que cada situação com assimetria de poderes pode revelar na atividade negocial. Trata-se, com efeito, de proposta que se harmoniza com a noção de que os “elementos extraídos da realidade social devem ser incorporados à atividade hermenêutica, eis que o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, mas sim um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica.”¹⁸⁰

Nessa ordem de ideias, o que se propõe é uma teoria da interpretação que reconheça que a assimetria de poderes negociais poderá ser identificada em relações contratualizadas de adesão, bem como em contratos ditos negociados, residindo o traço distintivo entre as duas situações nos espaços de autonomia negocial disponíveis às partes contratantes. Destarte, enquanto nos contratos de adesão o espaço de autonomia se limita à decisão ou não de aderir ao programa contratual, nos contratos negociados não paritários os espaços de autonomia são maiores, mas

¹⁷⁹ Nesse sentido, observa Pietro Perlingieri que “*com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetos diametralmente opostos àqueles originais*”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

¹⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 30.

ainda assim insuficientes para que a parte contratante confira ao regulamento do contrato a arquitetura adequada para o atendimento de seus interesses e necessidades, com regras obedientes aos valores do ordenamento, em especial ao equilíbrio contratual.

A perspectiva proposta neste trabalho também questiona, com efeito, a noção de que os contratos de adesão sempre resultarão de assimetria de poderes negociais¹⁸¹. Se é bem verdade que nos primeiros decênios de sua ampla adoção os contratos de adesão, de fato, ostentavam, quase em regra, assimetria de poderes negociais, na atualidade verifica-se que as noções de redução de custos de transação, a partir do uso de modelos padronizados e inflexíveis¹⁸², também é empregada pela parte que adere ao programa contratual estipulado pela contraparte, de maneira que a estrutura da contratação – de adesão – não resulta da assimetria de poderes, mas da própria escolha das partes por um modelo que, em dada situação jurídica, parece ser mais eficiente.

Assim, a proposta ora exposta se direciona ao questionamento da correlação – que parece se propor inafastável por relevante parcela da doutrina – entre a estrutura do contrato (se adesão ou negociado) e a imediata correlação aos espaços de autonomia (se contrato de adesão, assimetria de poderes; se negociado, equivalência de poderes). Com efeito, na perspectiva da realidade social contemporânea, propõe-se o reconhecimento de que certas contratações por adesão podem ser resultado, não do esvaziamento da autonomia negocial do aderente, mas sim da sua própria gestão de riscos e conveniência, como, por exemplo, para a redução de custos de transação¹⁸³; enquanto de outro lado a negociação efetivamente levada a efeito em um contrato qualificado como negociado pode exprimir uma relação que nenhuma paridade de poderes negociais apresenta.

¹⁸¹ DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 48.

¹⁸² Por todos, cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.66: “os contratos de adesão possuem ainda a inegável vantagem de diminuir os custos de transação”.

¹⁸³ Como anota Enzo Roppo, “o emprego de contratos standard simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios, determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de atividade – a redução daqueles ‘custos de contratação’, que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2009, p. 314.

No frenético tráfego jurídico contemporâneo, notadamente nas relações interempresariais, não raramente um agente que ostenta notável poder negocial opta – justamente, no âmbito de sua autonomia – por aderir a um certo contrato, seja porque entende aquele negócio como de relevância diminuta, a não justificar a intervenção de assessores no processo de construção do programa contratual, seja porque, após analisar o conteúdo estipulado pela contraparte, em sua gestão de risco do contrato, concorda com os efeitos dele emergentes (o que pode decorrer do entendimento de que eventuais contrastes entre o conteúdo estipulado e seus efetivos interesses e necessidade são de reduzida importância jurídico-econômica). Conforme observação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “várias cláusulas são unilateralmente predeterminadas apenas por fatores de racionalidade empresarial, sem desconsideração do interesse do parceiro contratual”.¹⁸⁴

Como se vê, na contemporaneidade, diversamente do contexto em que se difundiu, nem sempre o contrato de adesão resulta da ausência de espaços de autonomia negocial, ou seja, de efetivos poderes negociais; assim como nem todo contrato negociado é produto da equivalência desses poderes. É relevante, pois, apartar a análise de um elemento (relativo à estrutura) e de outro (relativo aos espaços de autonomia).

Portanto, o que se propõe é a investigação dinâmica, que aparta os elementos que conduzirão a qualificação do contrato, sem a premissa de que um (estrutura) está atrelado ao outro (poderes negociais): é preciso investigar se o contrato é de adesão ou se é negociado; da mesma maneira que é preciso identificar se os espaços de autonomia detidos pelos contratantes são ou não equivalentes. Com efeito, a qualificação do contrato como paritário ou não, como adesão ou negociado, deve ser realizada sem a vinculação de um a outro elemento, ainda que se possa reconhecer que, na maior das vezes, a adesão decorra, de fato, de uma assimetria de poderes negociais, assim como os contratos negociados decorram da paridade de poderes, características que induzem, no máximo, a presunções relativas. Porém, a vinculação da investigação da paridade à adesão pode deixar desamparada de tutela – ou, mais precisamente, conferir tutela inadequada – a certas situações jurídicas que escapem dessa construção, que parece estar mais ligada à dogmática que a

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. P. 285.

realidade social contemporânea¹⁸⁵, desprezando a historicidade e a evolução dos institutos (especificamente, nesse caso, dos contratos de adesão, que ganham novos usos e funções). Como adverte Pietro Perlingieri, “os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções”.¹⁸⁶

Não se pretende, com tal análise crítica, afastar a tutela conferida pelo Código Civil aos contratos de adesão, designadamente a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423, CC)¹⁸⁷; e a invalidade da renúncia antecipada pelo aderente a direito que resulte da natureza do negócio (art. 424, CC)¹⁸⁸, as quais, de resto, são ainda objeto de debates doutrinários¹⁸⁹. Eventuais críticas à tutela conferida pelo ordenamento, atualmente, aos contratos de adesão fugiriam ao escopo desse estudo, embora possa-se observar, desde já, que as regras expressas no Código Civil parecem não dar conta das variadas contratações por adesão. A despeito dessa observação, propõe-se o apartamento dos institutos da paridade negocial e da forma de contratação, no processo de qualificação da situação jurídica concretamente considerada.

Nesse sentido, para os específicos objetivos desse estudo, o que se propõe é uma maior reflexão sobre o descolamento dos elementos (estrutura da contratação e poderes negociais em jogo), já que no seio das relações contratualizadas por adesão há situações jurídicas contrastantes, no que diz respeito aos espaços de autonomia: as partes que assim contrataram como consequência do achatamento de sua autonomia negocial; e aqueles que aderem ao contrato estipulado por sua própria

¹⁸⁵ Pietro Perlingieri, adverte, a respeito da historicidade dos conceitos, que “*O estudo do direito não desse ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências de vez em vez emergentes.*” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 149.

¹⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142.

¹⁸⁷ CC, art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁸⁸ CC, art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹⁸⁹ Nesse sentido, cf. DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 24; e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e novo Código Civil*. Revista da EMERJ, v.7, n.26, 2004, p.84.

conveniência, ou porque, ainda que pudessem alterar o conteúdo do contrato, com as estipulações predispostas estão de acordo. Talvez, um aprofundamento da questão possa conduzir a uma tutela diferenciada, que, de resto, auxiliaria na superação das controvérsias sobre a (in)suficiência das regras positivadas no Código Civil¹⁹⁰.

Avançando na análise, se, por um lado, os contratos de adesão não consumeristas não devem ser considerados, com rigor absoluto, como não paritários, na outra via o mesmo entendimento deve ser adotado. Nem todo contrato negociado é resultado de espaços simétricos de autonomia negocial. Em ambos os casos, parece se tratar somente de presunções.

Com efeito, identificam-se contratos negociados em que, contudo, os espaços de autonomia são insuficientes para que a parte carente de poderes negociais calibre o programa contratual em uma arquitetura adequada a seus efetivos interesses, sendo a posterior conclusão do contrato decorrente menos do confortável ajuste do programa contratual e mais ligada a fatores outros, que podem se expressar das mais variadas formas, como, por exemplo, a necessidade de acessar, por meio da contratação, o bem objeto da avença, ou mesmo pelo fato de que os demais agentes do mercado impõem programas contratuais análogos, com alterações apenas redacionais, a partir de práticas *homogeneizadas* do mercado.

Reside, pois, na autonomia negocial e suas variadas formas de manifestação, a partir do exame da situação jurídica concretamente considerada, a chave de leitura para cada um dos institutos relativos aos contratos civis, devendo-se evitar esforço hermenêutico para enquadramento de todas as situações jurídicas contratualizadas não paritárias sob a mesma etiqueta (no caso, contratos de adesão), o que mais se revelaria um apego às categorizações, em especial aquelas típicas, que um tributo ao oferecimento de tutela adequada aos contratos negociados não paritários.¹⁹¹

¹⁹⁰ A tutela conferida aos contratos de adesão é, por exemplo, estudada por Deborah Pereira Pinto dos Santos, no âmbito das relações interempresariais, denotando que as regras e respectivos efeitos que incidem sobre os contratos de adesão ainda suscitam inquietações. Cf. DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 48.

¹⁹¹ “Nessa direção, para estabelecer o instrumento jurídico a ser utilizado, visando ao alcance de determinado regulamento de interesse, é a função a determinar a estrutura a ser adotada, e não o contrário. Vale dizer, que ao contrário de se ater a determinado instrumento oferecido pelo ordenamento (imagine-se os modelos disponíveis de direitos reais ou contratuais típicos) para, então, procurar conformá-la à atividade pretendida, deve o intérprete, ao reverso, uma vez definida a

Sintetizando-se a noção acima exposta, nas contratações em que há negociação do programa contratual, mas em que a disparidade de poderes negociais se reflete nas tratativas para o desenho dos elementos do negócio, este contrato deve ser qualificado como negociado não paritário, não sendo dada a sua qualificação como adesão, de modo que merecerá tutela diferenciada, tanto dos contratos de adesão não consumeristas, quanto das contratações negociadas paritárias.

A investigação da paridade não deve centrar o foco, pois, na estrutura da instrumentalização do negócio (adesão ou negociado), mas sim nos efetivos espaços de autonomia detidos pelas partes da relação jurídica.¹⁹²

Dáí decorre a importância da compreensão da evolução da autonomia privada e os seus contornos contemporâneos, com a avaliação de suas variadas formas de expressão em situações jurídicas distintas, não devendo o intérprete apegar-se a categorias típicas para qualificá-las, sobretudo no novo contexto em que o Código Civil, a partir de seu novel artigo 421-A, prevê expressamente uma nova situação típica: contratos negociados que contenham disparidade de poderes negociais (não os identificando, na dicção do comando legal, na figura dos contratos de adesão). Não se deve, pois, endereçar os contratos negociados com assimetria de poderes negociais à categoria dos contratos de adesão (e sua respectiva tutela), sem investigação cuidadosa dos espaços de autonomia disponíveis às partes na relação jurídica concretamente considerada, do mesmo modo que não se deve qualificar, automaticamente, um contrato de adesão como não paritário.

Os poderes negociais em cena – em suas variadas formas de manifestação – sempre deverão ser levados em conta no processo de interpretação-qualificação da situação jurídica¹⁹³.

(função refletida na) atividade, identificar o instrumento jurídico (estrutura) adequado a realizá-la”. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 29.

¹⁹² “A partir do controle (positivo e negativo) da autonomia privada nas relações concretas, fragmenta-se o tratamento abstrato que reduz a atividade contratual a *standards* estáticos, incapazes de qualificar funcionalmente a autonomia de acordo com os interesses em jogo [...] Enfim, o regime jurídico da autonomia negocial deve ser sensível ao fim a que seu exercício está voltado, bem como aos valores que pretende realizar”. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16.

¹⁹³ Adota-se a posição de Pietro Perlingieri, considerando o processo de qualificação e de interpretação imbricados entre si: “*Interpretação e qualificação do fato são aspectos de um processo cognitivo unitário orientado para a reconstrução daquilo que ocorreu em uma perspectiva*

Tome-se como exemplo uma relação contratual de aquisição de participação societária de um agente do mercado por seu concorrente. A doutrina do direito empresarial admite, sem maiores ponderações¹⁹⁴, que tal contratação se qualificaria como paritária, afinal, estar-se-ia diante de contrato interempresarial, notabilizado pelos amplos espaços de autonomia, sobretudo quando considerados o tipo contratual (compra e venda) e o bem objeto da avença (participação societária). Contudo, cogite-se de situação peculiar em que mudanças regulatórias alteraram profundamente o equilíbrio do mercado, impondo a seus agentes econômicos investimentos para adequação às novas exigências regulatórias. Nesse contexto, o concorrente, plenamente adequado aos novos ditames regulatórios, negocia a aquisição do poder de controle de outro agente “desatualizado”, ostentando nas tratativas poder negocial formidável, bem distinto do que detinha anteriormente à mudança regulatória. Observa-se, pois, que a qualificação da situação jurídica em tela, se tomada *a priori* e desamparada de uma investigação atenta dos espaços de autonomia apresentados na concreta situação jurídica, conduzirá o intérprete à conclusão de que se trata de contrato negociado e paritário. Contudo, na situação concretamente considerada, os espaços de autonomia do agente econômico fragilizado pelas inovações legislativas se revelariam bem mais achatados que em outro contexto, sendo factível cogitar-se que o resultado da atividade contratual, em sua fase de tratativas, seja um contrato descalibrado no que diz respeito ao equilíbrio contratual¹⁹⁵.

No exemplo acima narrado não há, necessariamente, disparidade de poderes econômicos, tampouco estipulação unilateral (adesão) pelo adquirente. Contudo, o equilíbrio de poderes negociais se modificou naquele específico contexto, em que um dos agentes ostentou debilidade negocial, impulsionado pela necessidade do mercado, sob o risco de se ver amplamente superado por concorrentes, caso não contratasse. O programa contratual, resultado das tratativas, não se enquadraria no conceito de contrato de adesão, mas, na mesma medida, se afastaria do conteúdo

dinâmica, voltada (não ao passado, mas) para a sua fase de realização”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652

¹⁹⁴ Por todos, cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, *passim*.

¹⁹⁵ Seja consentido remeter o leitor ao item 1.4, *supra*.

espectável em outro contexto, em que ostentasse poder negocial equivalente à contraparte da relação jurídica.

A massificação contratual e a dinâmica econômico-social dos dias atuais colocam em xeque as premissas que buscam correlacionar, com rigor, algumas categorias típicas aos espaços de autonomia. É o que ocorre, por exemplo, quando se atrela a categoria de contratos interempresariais à noção de simetria de poderes; e os contratos de adesão à assimetria. Trata-se de questões distintas, que reivindicam análises específicas, ainda que se realize o processo de interpretação e qualificação de maneira dinâmica e integrada, na linha do pensamento de Pietro Perlingieri. Na mesma ordem de ideias, não se rejeita a conveniência da adoção de certas presunções, às quais deve ser conferida a qualidade de relativas e não absolutas.

Embora o presente estudo não tenha como objetivo a análise dos contratos de adesão não consumeristas, é relevante a proposição de um novo olhar sobre tal categoria, com maior cuidado às formas como concretamente têm se manifestado, em uma perspectiva hermenêutica que assuma a sujeição dos institutos jurídicos à evolução, de acordo com o momento histórico em que se inserem. A respeito da historicidade dos institutos, Pietro Perlingieri ensina:

O direito faz parte da complexa realidade social e que o ordenamento jurídico é unitário e, portanto, sistemático, é preciso inserir o fato singular ou o problema particular na mais vasta e global problemática sócio-jurídica, sem cair no excessivo amor pelas generalizações e pelas chamadas teorias gerais.¹⁹⁶

Em linhas de conclusão, o que fundamentalmente diferencia os contratos de adesão não consumeristas e os contratos negociados, como estrutura, é a medida de exercício dos espaços de autonomia disponíveis, havendo nos contratos negociados maior uso destes pela parte, que consegue interferir (com maior ou menor intensidade) no programa contratual, enquanto no caso dos contratos de adesão, o programa contratual é inatingível pelo aderente, sendo o exercício da autonomia limitado a aderir ou não aquele conteúdo estipulado.

Já a paridade negocial é avaliada sob outro enfoque: a medida da disponibilidade dos espaços de autonomia, ou seja, o efetivo poder de, no âmbito

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143.

das tratativas, intervir no desenho da arquitetura do contrato. Nesse ponto, tanto os contratos de adesão (mais comumente) quanto os contratos negociados podem ser produto de disparidade de poderes negociais, ainda que no caso dos contratos negociados a frequência de assimetria de poderes seja menos frequente (da mesma forma que é menos frequente, mas não inviável, a existência de contratos de adesão sem disparidade de poderes negociais).

Portanto, as noções de *adesão* e *negociação*, embora se aproximem das noções de *assimetria* e de *paridade* de poderes negociais, respectivamente, não se confundem e, por isso, não deve eventual vinculação ser tida como absoluta. Quando muito, podem recomendar a adoção da técnica da presunção de uma ou outra categoria, como ocorre expressamente com os contratos civis, por força do artigo 421-A, *Caput, ab initio*, do Código Civil¹⁹⁷.

¹⁹⁷ CC, art. 421. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos [...].

3. PARÂMETROS PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE PARIDADE DOS CONTRATOS CIVIS

3.1. A necessidade de edificação de parâmetros interpretativos para afastamento de tal presunção

Como já analisado¹⁹⁸, a Lei da Liberdade Econômica reconheceu, expressamente, a existência de contratos civis não paritários, admitindo o afastamento da presunção de paridade nos casos em que os elementos concretos da relação jurídica o justifiquem. Ainda que no âmbito do direito contratual a referida Lei tenha, a toda evidência, aspirações ancoradas na liberdade econômica, objetivando frear a intervenção estatal nos contratos (sobretudo, pelo Poder Judiciário), como já se teve oportunidade de expor, a norma do artigo 421-A do Código Civil revela-se um comando aberto e abstrato, convidando doutrina e jurisprudência a edificar os parâmetros que nortearão o preenchimento do conteúdo axiológico do dispositivo legal, no que diz respeito aos “elementos concretos que justifiquem o afastamento” da presunção de paridade.

Nesse sentido, este trabalho se dedica a propor parâmetros interpretativos que auxiliem na avaliação, *in concreto*, da presença de elementos justificadores do afastamento da presunção de paridade dos contratos civis.¹⁹⁹ É que, se no âmbito de outras relações assimétricas, como ocorre nas relações consumeristas e nos contratos de adesão, doutrina e jurisprudência avançaram na edificação de teorias, conceitos e efeitos decorrentes das assimetrias de poderes, no âmbito dos contratos civis negociados ainda há longo caminho a ser percorrido.

O primeiro desafio dizia respeito, justamente, ao reconhecimento de eventuais disparidades de poderes negociais no âmbito de contratos civis e, mais especialmente, de contratos negociados. A esse respeito, a trilha parece já ter sido razoavelmente percorrida, a partir do novo artigo 421-A do Código Civil, superando-se as últimas resistências ainda presentes para o reconhecimento de assimetria de poderes negociais nas relações contratualizadas não consumeristas.

¹⁹⁸ V. item 1.3., *supra*

¹⁹⁹ Embora não seja objetivo desse trabalho, ainda há que se aprofundar estudo sobre os efeitos decorrentes de eventual afastamento da presunção de paridade dos contratos civis.

Todavia, como acima exposto, para que seja oferecida adequada tutela às contratações com assimetria de poderes negociais, ainda há que se aprofundar estudo sobre os elementos que permitirão, em sua presença, afastar a presunção de paridade e, também, os efeitos decorrentes de tal hipótese.

Portanto, a abertura da norma convida aos operadores do direito a, primeiramente, edificar os mencionados parâmetros interpretativos, sendo o objetivo do presente estudo propor os seus elementos. A esse respeito, não se pretende – e nem parece que seria um caminho adequado – apresentar um rol taxativo de hipóteses que justificariam o afastamento da presunção de paridade.

Com efeito, a complexidade das relações sociais, assim como a dinâmica de contratações na contemporaneidade, tende a frustrar qualquer tentativa de se sugerir parâmetros interpretativos que se proponham exaustivos. Bem ao revés, o que se pretende é buscar parâmetros gerais, atentos à experiência jurídico-social hodierna, que auxiliem o intérprete no exame da situação concreta a identificar elementos que sejam indiciários da existência de assimetria de poderes.

Nesse sentido, a partir das bases e premissas assentadas nos capítulos antecedentes, o presente estudo ajusta o foco para centrar-se nos parâmetros que são mais facilmente identificáveis no tráfego de contratos negociados, derivando a assimetria de espaços de autonomia detidos pelas partes em certas circunstâncias. São, pois, essas circunstâncias – recorrentemente identificáveis – que consubstanciarão os parâmetros propostos nesse trabalho, os quais, em larga medida se imbricam e se complementam, ainda que a proposta do presente estudo se baseie na ideia de que a presença de apenas um deles já seja suficiente para o afastamento da presunção legal emergente do artigo 421-A do Código Civil.

Portanto, os parâmetros interpretativos que serão a seguir propostos para que, em sua presença, afastem a presunção de paridade não são exaustivos e, por isso, admitem que doutrina e jurisprudência proponham tantos outros quanto necessários para que situações jurídicas em que, recorrentemente, a assimetria de poderes negociais se evidencia sejam adequadamente tuteladas, mormente a partir do afastamento da paridade negocial presumida. Esta noção se escora na perspectiva de que o ordenamento é móvel e tal mobilidade deve ser impulsionada pela

realidade social²⁰⁰. Dito isto, não se pretende aqui propor parâmetros que abarquem toda e qualquer situação de assimetria negocial, reconhecendo-se que outras situações, presentes ou futuras na experiência contratual brasileira, possam exigir a edificação de outros parâmetros que se somem aos ora propostos, permitindo o afastamento da referida presunção, de modo a tutelar adequadamente situações que não estejam abarcadas por aqueles logo a seguir apresentados.

É importante mencionar que o reconhecimento de assimetrias negociais em contratos civis não chega a ser novidade nos países de família romano-germânica. Com efeito, em certos países em que a figura do consumidor ganhou roupagem mais restritiva que no Brasil²⁰¹, como é o caso da Itália, a investigação mais aprofundada dos poderes negociais em jogo nos contratos qualificados como civis parece estar mais amadurecida. Destarte, na experiência italiana, doutrina e jurisprudência, atentas a situações que ostentavam assimetria de poderes negociais, edificaram teoria contratual tendente a oferecer tutela diferenciada para os contratos que, a despeito de se qualificarem como civis, têm sua origem em atividade negocial desequilibrada. Trata-se da teoria denominada *il terzo contratto*²⁰².

Com efeito, tanto o Brasil quanto a Itália unificaram o direito obrigacional a partir do Código Civil e, também, instituíram tutela especial para o direito do consumidor. Nesse prisma, de um lado foram tutelados os contratos de consumo e, de outro, os contratos civis emoldurando-se assim a dualidade. Ambos os países fizeram a opção legislativa de proteger o consumidor, presumindo-o vulnerável, ao efeito de interpretar favoravelmente a ele os contratos de consumo, sendo na Itália a tutela conferida pelo artigo *Codice del Consumo*, artigo 35.2²⁰³.

Quanto aos contratos civis, enquanto a Itália optou por silenciar-se em relação à paridade, remetendo a construção de sua tutela a doutrina e jurisprudência, sendo, pois, omissa o *Codice Civile*, o Brasil, a partir da mudança legislativa promovida

²⁰⁰ Por todos, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁰¹ Para maior compreensão do conceito de consumidor e, por consequência, da qualificação dos contratos como de consumo, seja consentido remeter aos itens 1.1. e 1.2., *supra*.

²⁰² A designação é atribuída a Roberto Pardolesi. Por todos, cf. PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - acesso em 08.12.2021

²⁰³ Artigo 35.2.: “Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor.” (tradução livre)

pela Lei da Liberdade Econômica²⁰⁴, positivou, expressamente, no Código Civil a opção pela presunção da paridade desses contratos. De toda a sorte, doutrina e jurisprudência, em ambos os países e independentemente de dispositivo legal expresso, desde a época das codificações, reconhece aos contratos civis o atributo da presunção de paridade.

Nada obstante, o reconhecimento de disparidade de poderes negociais nas contratações qualificadas como civis parece ter despertado a atenção de parcela da doutrina italiana (no caso italiano, com enfoque nos contratos interempresariais), antes da doutrina brasileira. Assim, a noção apresentada no Capítulo 1 desse trabalho, no sentido de questionar-se se a tutela conferida a partir da classificação bipartida entre contratos civis e contratos de consumo é suficiente para enquadrar todos os arranjos contratuais presentes no tráfego jurídico, sobretudo quando se consideram contratações celebradas entre empresários nos dois polos, parece ter avançado na Itália, podendo essa experiência contribuir para a tarefa que, doravante, deve se ocupar a doutrina deste lado do Atlântico.

Acerca da teoria do *terzo contratto*, é bem de ver que suas origens remontam à própria noção de consumidor na Itália, à medida que a figura do consumidor se adstringe às pessoas físicas não profissionais²⁰⁵, a teor do artigo 3.1., letra ‘a’, do *Codice del Consumo*²⁰⁶. Já no Brasil, a opção legislativa se dirigiu a um conceito mais amplo de consumidor, a par do artigo 2º do Código de Defesa do

²⁰⁴ A modificação legislativa foi levada a efeito pela Lei 13.874 de 2019, chamada de Lei da Liberdade Econômica. Embora, neste dispositivo e em muitos outros, a referida lei não produza efeitos práticos e concretos, sinaliza, ao revés, um crescente movimento legislativo, impulsionado por parcela da doutrina, notadamente a estudiosa do direito empresarial, ancorada na doutrina da liberdade econômica, ressentida de uma construção de microsistema contratual para os contratos interempresariais. Anderson Schreiber anota, ao analisar o conhecido embate entre a metodologia civil constitucional e a defensora da liberdade econômica, que “A lei 13.874/2019 é, de novo, um exemplo, a começar pelo seu próprio nome: uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica revela já em seu título um propósito um pouco mais panfletário do que aquele que se deveria esperar de uma lei ordinária”. SCHREIBER, Anderson. *Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 08.12.2021

²⁰⁵ STAZI, Andrea. *La nozione di consumatore nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*. Disponível em <https://www.dimt.it/la-rivista/pratiche-commerciali-e-tutela-dei-consumatori/42la-nozione-di-consumatore-nella-normativa-e-nella-giurisprudenza-comunitaria-e-nazionale/>. Acesso em 30.11.2021.

²⁰⁶ Artigo 3. 1. a. Consumidor ou utilizador, qualquer pessoa física que atue para fins que não sejam comerciais, artesanais ou profissionais. (tradução livre)

Consumidor²⁰⁷, de modo que, por aqui, o debate sobre assimetria de poderes nas relações contratualizadas principiou-se pelo conceito de consumidor, enquanto na Itália, desde logo, as relações interempresariais com assimetria de poderes já reclamavam tutela diferenciada.

Tal constatação não deve conduzir à apressada conclusão de que o debate no Brasil está superado e que na Itália somente teve lugar em razão do conceito mais restrito da figura do consumidor. Se é bem verdade que, por lá, o debate se inicia a partir da exclusão do profissional da tutela consumerista (na qualidade de consumidor), isto não significa que a questão tenha sido resolvida definitivamente no Brasil, a partir do conceito elástico de consumidor, já que, como exposto nos Capítulos antecedentes, situações jurídicas qualificadas como civis, também podem ostentar disparidade de poderes negociais, à semelhança do que foi observado na Itália, também exigindo a incidência de tutela diferenciada. Daí porque a teoria do *terzo contratto* pode contribuir para a doutrina brasileira.

Com efeito, na experiência italiana, sem que as contratações interempresariais pudessem ser tuteladas pelo direito consumerista, a doutrina se apressou a observar a fenomenologia dos contratos civis (centrada essa teoria nas relações interempresariais), identificando distinções entre as situações jurídicas, ainda que estivessem sob a mesma etiqueta – contratos interempresariais. Com isso, pode-se verificar que na relação interempresarial os poderes negociais nem sempre são equivalentes e, por consequência, o resultado da atividade comercial, o próprio contrato, também não é sempre equilibrada. Nesse sentido, Roberto Pardolesi, capitaneando o delineamento da teoria do *terzo contratto*, observa que há empresários altamente sofisticados, como grandes corporações, detentoras de elevado poder de negociação e barganha e com amplo conhecimento sobre estruturação de operações econômicas. E há também empresários pequenos, com reduzido poder comercial e elevada dependência econômica de outros agentes do mercado, assemelhados a não profissionais. Nesse sentido é a sua lição:

Bem, esta categoria (contratos entre empresários) se presta a uma subdivisão adicional. Por um lado, operadores econômicos sofisticados, em que se assume estão cientes de como construir e regular uma relação econômica complexa; no outro, sujeitos ativos

²⁰⁷ Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

em contextos de mercado, mas próximos, em termos de características 'fisionômicas', como indivíduos comuns.²⁰⁸

O próprio conceito de contrato negociado é posto em xeque pela teoria italiana, à medida que observa diversas formas e variações de exercício de poderes negociais dominantes pelos grandes conglomerados, o que acarreta a celebração de contratos iníquos.²⁰⁹

A teoria do *terzo contratto*, pois, se aplica às situações jurídicas em que (i) haja assimetria informacional entre os contratantes; (ii) uma das partes ostente dependência econômica da outra; (iii) em que se verifique o uso de cláusulas padronizadas e não negociadas; ou (iv) o programa contratual evidencie abuso de poder econômico.²¹⁰

Deste modo, tal teoria oferece parâmetros objetivos para que, identificada uma das circunstâncias acima descritas, seja flexibilizada a presunção de paridade do contrato e, por consequência, seja-lhe aplicada uma tutela diferenciada. Com efeito, a teoria do *terzo contratto* propõe um novo paradigma interpretativo-integrativo para contratações por essência presumidamente paritárias, mas que, verificada uma das situações de disparidade negocial, possam receber tratamento adequado pelo ordenamento.

Como consequência, a referida doutrina propõe a flexibilização da proteção do programa contratual, promovendo uma mitigação da autonomia privada e da força obrigatória da avença, de modo a permitir uma interpretação de circunstâncias e

²⁰⁸ PARDOLESI, Roberto. *Una postilla sul Terzo Contratto*. P. 5. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021

²⁰⁹ Roberto Pardolesi, nesse aspecto, anota que: “*Um primeiro polo em torno do qual se deve reorganizar a reflexão é dado pelo 'contrato negociado'. O rótulo está razoavelmente desbotado - o contrato, em sua abstração monolítica e universalizante, foi assumido, sempre e em qualquer caso, como o resultado de um processo de aproximação mútua [...] mas adquiriu importância com a proliferação exponencial de pactos de predeterminação unilateral, trocas "no-deal", contratos "não negociados" e variações semelhantes.*” PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. P. 5. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021

²¹⁰ Roberto Pardolesi, nesse aspecto, anota que: “*Um primeiro polo em torno do qual se deve reorganizar a reflexão é dado pelo 'contrato negociado'. O rótulo está razoavelmente desbotado - o contrato, em sua abstração monolítica e universalizante, foi assumido, sempre e em qualquer caso, como o resultado de um processo de aproximação mútua [...] mas adquiriu importância com a proliferação exponencial de pactos de predeterminação unilateral, trocas "no-deal", contratos "não negociados" e variações semelhantes.*” PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. P. 5. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021

comportamento das partes de modo mais aprofundado, invalidando cláusulas iníquas, protegendo-se o equilíbrio contratual e ampliando, também na seara legislativa, a intervenção estatal.²¹¹

A jurisprudência italiana, na mesma trilha, já dirige atenção às contratações interempresariais – e, portanto, presumidamente paritárias – em que os desequilíbrios na atividade comercial ficam evidenciados. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário flexibiliza a autonomia das partes e a força obrigatória, em tributo ao equilíbrio contratual, reconhecendo desequilíbrios nos agentes do mercado.

A título exemplificativo, a Corte de Cassação italiana mitigou o direito à rescisão unilateral, titularizado por uma montadora de automóveis em um contrato celebrado com as suas concessionárias, determinando que o juízo *a quo* analisasse o exercício do direito pela referida montadora, a partir do reconhecimento da “disparidade de forças entre operadores econômicos”:

O exercício do poder contratual reconhecido pela autonomia privada deve ser implementado em conformidade com certos cânones gerais - como o de boa fé-objetiva, da justiça de comportamento e correção [...] E nesta perspectiva, o controle e a interpretação do ato de autonomia privada deverão ser conduzidos tendo em conta as posições das partes, a fim de avaliar se as posições de supremacia de uma delas e de qualquer dependência, inclusive econômica, de outrem têm levado a comportamento abusivo, colocados em prática para atingir os fins que a parte estabeleceu. O problema não é político, mas puramente jurídico e envolve os remédios contra o abuso de autonomia privada e o equilíbrio de poder no mercado, são problemas que são objeto de atenção por parte de todos os sistemas contemporâneos, devido ao aumento das situações de disparidade de forças entre operadores econômicos.²¹²

Reside *il terzo contratto*, portanto, em posição intermediária, entre os extremos mais tradicionais, quais sejam, os contratos de consumo e contratos civis, fixando-se o “terceiro contrato” entre a presunção de vulnerabilidade de um dos contratantes (inerentes às relações de consumo) e a presunção de paridade entre ambos (inerente aos contratos civis).

Portanto, na experiência italiana, doutrina e jurisprudência vêm edificando teoria destinada a reconhecer a insuficiência das categorias já amplamente

²¹¹ Exemplo de ampliação da intervenção estatal, por meio do poder legislativo, é a Proposta de Regulamento de Parlamento e Conselho da CE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, arts. 4.1.g e 4.1.h, que estabelece que o foro dos contratos de franquia e distribuição não União Europeia são fixados, obrigatoriamente, no domicílio do franqueado/distribuidor.

²¹² Corte de Cassação - Cass. civ. Sez. III, 18-09-2009, n. 20106 – tradução livre.

conhecidas – contratos de consumo e contratos civis – para tutelar situações em que, embora a relação jurídica não se qualifique como de consumo, haja disparidade de poderes negociais. A teoria do *terzo contratto*, pois, sem operar rupturas no sistema jurídico e tributária dos valores presentes no ordenamento, promove uma tutela diferenciada a situações em que a paridade presumida é utilizada pelos grandes agentes do mercado como instrumento de obtenção de vantagens contratuais injustas.

Embora nascida no contexto italiano, em que os profissionais não podem ostentar a posição jurídica de consumidor, a teoria do *terzo contratto* pode contribuir para o estudo da paridade dos contratos civis no Brasil, não necessariamente para oferecer os mesmos parâmetros interpretativos adotados na Itália, mas como inspiração para o direito brasileiro, notadamente a partir do novo artigo 421-A do Código Civil. Nesse exato sentido, observa Carlos Alberto Garbi:

Quando se unificou o direito privado nas codificações, o que ocorreu no Brasil com o Código Civil de 2002, o regime geral dos contratos (empresariais ou não) também foi unificado. Destacou-se desse regime geral a contratação nas relações de consumo, o que polarizou o direito contratual em duas categorias bem definidas. Sucede que a afeição do jurista à categorização do direito o levou a perder a percepção para outras realidades não compreendidas nos modelos conhecidos, o que se refletiu no paradigma do direito contratual orientador da tutela adequada. Esses dois polos definidos no direito contratual não alcançam, seguramente, todas as categorias contratuais que, em razão das suas especificidades, não se ajustam a esse dualismo.²¹³

Com efeito, entre os parâmetros trazidos pela teoria do *terzo contratto*, este trabalho abraçou expressamente somente a dependência econômica, não sendo replicados os três demais parâmetros trazidos a reboque da doutrina italiana. Isto não significa que estes elementos não mereçam atenção ou sejam irrelevantes para o estudo da paridade dos contratos civis. Todavia, como será melhor explicitado linhas abaixo, nossa proposta é de edificação de parâmetros objetivos e identificáveis abstratamente, independentemente da avaliação do conteúdo do negócio jurídico, sendo este último objeto de apreciação do intérprete em momento posterior à análise da paridade negocial.

²¹³ GARBI, Carlos Alberto. *Il Terzo Contratto – surge uma nova categoria de contratos empresariais?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais>. Acesso em 08.09.2021

Assim, o presente trabalho não adotou os critérios do *terzo contratto* relativos às situações em que se verifique o uso de cláusulas padronizadas e não negociadas e aquelas em que o programa contratual evidencie abuso de poder econômico. Isto porque, como dito, estes são parâmetros que se dirigem ao controle de merecimento de tutela, o que, de resto, será realizado pelo intérprete em momento subsequente à avaliação da presunção de paridade.

Já quanto à assimetria informacional²¹⁴, tem-se que este elemento pode ser abarcado pelo próprio conceito de dependência econômica, como restará mais claramente compreendido na abordagem desse parâmetro proposto²¹⁵. Com efeito, os conceitos e noções de assimetria informacional e dependência econômica se imbricam, de modo que as fronteiras entre um e outro instituto não se revelam de forma muito clara. Ademais, tanto um quanto outro instituto tendem a se imbricar na impossibilidade de escolha de alternativa viável para a parte mais fraca, noção esta que está abarcada pela dependência econômica, como será demonstrado logo a seguir.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho, não pretende repetir a teoria do *terzo contratto*, mas apenas nela buscar certos elementos que possam contribuir para a edificação de teoria brasileira, mais atenta às assimetrias de espaços de autonomia no âmbito dos contratos civis.

3.2. Proposta de parâmetros para afastamento da presunção de paridade dos contratos civis

Os parâmetros interpretativos que serão a seguir propostos podem ser estruturados sob os seguintes prismas: assimetrias de poderes negociais decorrentes (i) da proeminência do poder econômico ostentado por uma das partes contratantes; (ii) do contexto de determinados mercados; e (iii) dependência do bem objeto do mercado.

²¹⁴ Roberto Pardolesi exemplifica essa perspectiva a partir dos investimentos incorridos pelo agente econômico para obter certas informações que fortalecem sua posição negocial. Segundo o autor o agente detentor de poderio econômico proeminente investe na obtenção de informações até o ponto em que o lucro que passa a extrair delas é alcançado, de modo que o ganho informacional obtido superou o próprio custo para obtê-la. PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. P. 7. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021.

²¹⁵ Cf. item 3.2.1., *infra*.

Estes prismas, quando analisados de maneira coordenada, ou seja combinadas, podem oferecer a base de sustentação dos 3 (três) parâmetros interpretativos que são propostos neste estudo, linhas abaixo. É, pois, a interação entre as vertentes mencionadas no parágrafo antecedente que oferecem os pilares sobre os quais se fundam os parâmetros a seguir apresentados para o afastamento da presunção de paridade.

Reforce-se que a proposta é de afastamento da paridade presumida na presença de um dos elementos expostos a seguir, não sendo exigível o preenchimento cumulativo de todos eles na situação concreta. Até porque as fronteiras entre um e outro parâmetro nem sempre estarão tão bem delimitadas no caso concreto, sendo factível que os mesmos se imbriquem e se complementem o que, de resto, reforçará a certeza de se tratar de hipótese que mereça o afastamento da presunção de paridade.

Deste modo, o presente estudo apresenta três elementos, a serem investigados no caso concreto, para que a presunção de paridade dos contratos civis seja afastada: (i) dependência econômica; (ii) mercados monopolizados ou oligopolizados; e (iii) práticas contratuais homogeneizadas no segmento de mercado do agente de poderes negociais prevalentes.

A eleição dos parâmetros que ora se propõem consideraram, na maior medida possível, elementos de avaliação objetiva, com a finalidade de reduzir a subjetividade da análise. Além disso, os parâmetros eleitos se referem à condição específica dos contratantes, na situação jurídica concretamente considerada, isto é, o afastamento da presunção de paridade não toma em conta o programa contratual concluído pelas partes²¹⁶, mas sim as circunstâncias que gravitam em torno dos contratantes e que, em regra, influem no poder negocial por eles ostentado na relação jurídica.

Embora tentadora, este estudo pretendeu resistir à abordagem que considera os elementos concretos estabelecidos no regulamento contratual, à medida que o controle funcional do ato se realiza em momento posterior à avaliação da paridade presumida, a partir de institutos e princípios presentes no ordenamento jurídico, em especial o equilíbrio contratual, os quais imporão, eventualmente, a revisão do

²¹⁶ Reforce-se que esta é a principal razão para que o presente estudo não tenha reproduzido os mesmos parâmetros da teoria italiana do *terzo contratto*.

conteúdo do contrato, sempre que identificada a disfunção de seus elementos, por violação do ordenamento.

Todavia, sendo o afastamento da presunção de paridade realizada em momento anterior ao controle do conteúdo da avença, a partir de parâmetros de perfil mais objetivo, caberá ao intérprete, sobretudo no caso de intervenções heterônomas, maior atenção ao conteúdo do contrato pactuado, nas hipóteses em que a paridade presumida for afastada.

Esta abordagem não desconsidera que, frequentemente, há elementos presentes no contrato que sugerem, servem de indícios, de certa disparidade de poderes negociais. Todavia, este controle é realizado, como dito acima, em momento posterior ao eventual afastamento da presunção de paridade, já que seria difícil, ou mesmo impossível, tomar-se certos elementos contratuais, aprioristicamente, como ensejadores do afastamento da presunção de paridade.

Observe-se, por exemplo, a existência de contratos em que certas obrigações são protegidas por cláusulas penais, enquanto suas obrigações correspondentes (por exemplo, a obrigação de entregar um bem, em dada compra e venda, e a obrigação de pagar o preço) não possuem a mesma previsão. Analisado abstratamente esse contexto, poder-se-ia concluir pela existência de alguma fragilidade negocial de uma das partes. No entanto, este fato somente poderá ser verificado, de fato, em uma análise funcional de todo o programa contratual, analisado em sua experiência total. Isso porque podem haver outros elementos no instrumento contratual que equilibram a ausência da cláusula penal em favor de um dos contratantes, ou mesmo desinteresse desta parte na cláusula penal e sua respectiva tutela (eventualmente, a parte pode ter encontrado dificuldade de pré-liquidar seus danos, função da cláusula penal).

Portanto, ainda que tentadora a abordagem, já que algumas práticas são recorrentes na estruturação de negócios jurídicos descalibrados, este estudo optou por propor parâmetros mais objetivos, que possam ser mais facilmente identificados pelas partes contratantes, o que, de resto, garante maior segurança jurídica em relação à abordagem do intérprete do contrato. Assim, a parte que ostenta notável poder negocial em relação a sua contraparte poderá avaliar seu próprio enquadramento em um ou mais parâmetros sugeridos e, bem assim, estruturar o negócio jurídico com sua contraparte tendo em conta que o negócio pactuado será tido como não paritário, no momento de controle funcional da contratação.

Por fim, é importante cogitar-se de situações, ainda que excepcionais, em que ambos os contratantes se enquadrem em, ao menos, um dos parâmetros a seguir apresentados. Em tais hipóteses, parece-nos adequado que a presunção de paridade não seja, *a priori*, afastada, salvo se, no caso concreto, ficar evidenciada a posição de superioridade de poderes negociais de uma delas. Isso porque os parâmetros aqui propostos e, bem assim, o próprio afastamento da presunção legal, têm, como amplamente exposto nesse trabalho, a finalidade de balancear as forças negociais, descalibradas na gênese do contrato, em tributo ao princípio do equilíbrio contratual. Ou seja, ao fim, o que a ordem jurídica impõe, a partir do reconhecimento de assimetrias de poderes negociais, é assegurar que os valores de índole constitucional, como a justiça social (e, setorialmente no direito dos contratos, a justiça contratual), a solidariedade e a igualdade material sejam promovidas, mesmo – e, talvez, principalmente - em situações de perfil patrimonial.

Assim, na hipótese de que ambos os contratantes ostentem qualidades que se enquadrem em um ou mais parâmetros abaixo apresentados, pode-se presumir, ainda que temporariamente, que as forças – ainda que proeminentes em ambos os lados da relação contratual - se equilibraram, não parecendo adequado que se afaste a presunção legal em favor de nenhum deles. Nada obstante, em situações tais, deve o intérprete examinar o caso concreto com especial atenção, tendo em vista que uma das partes pode ostentar maior poder negocial, a ponto de descalibrar a assimetria de poderes, ainda que no outro polo figure pessoa que também se enquadre em um dos parâmetros ora propostos.

3.2.1. Dependência econômica

A dependência econômica²¹⁷ costuma ser identificada como a situação jurídica em que uma das partes detém grande diferença de poder em relação à outra²¹⁸. Especificamente no que diz respeito aos contratos, a dependência econômica pode ser entendida como supremacia que confere a “possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro”.²¹⁹ A dependência econômica pode se revelar em diferentes graus de intensidade e, quando inexistente, tem-se que o contrato será qualificado como paritário.²²⁰

Não se deve confundir a dependência econômica com o conceito de posição dominante. No primeiro caso, a situação de dependência pode ensejar uma exploração da contraparte, decorrente da independência ostentada pelo contratante mais forte. Essa indiferença se refere, como adverte Paula Forgioni, à contraparte e não ao mercado em geral, como se passa com a hipótese de abuso de posição dominante, na qual a independência do agente se refere ao mercado.²²¹

A doutrina francesa, além da alemã e italiana, costuma identificar como origem da dependência econômica os seguintes elementos: (a) poder relacional, que seria aquele que deriva de uma relação de longa duração, ou dos investimentos exigíveis da outra parte para execução do contrato; (b) poder de compra, que deriva do próprio poderio econômico, que influi diretamente no poder que o agente detém em face de suas contrapartes contratuais; (c) dependência de marca notória, que se refere a produtos e ao próprio agente que ostentam tamanha credibilidade e penetração no mercado que a não contratação com este agente gera perda de

²¹⁷ A dependência econômica é tema de focada atenção do direito concorrencial, ainda não despertada no direito contratual na mesma intensidade. A respeito das vertentes que abordam o controle do abuso de poder econômico no Brasil, Ana Frazão observa, acerca da relevância da matéria, especificamente em relação ao direito concorrencial (mas que se encaixa, perfeitamente, ao pensamento apresentado nesse trabalho), que “o debate a respeito do poder econômico precisa ser repensado por meio de alternativas que possibilitem que o direito mantenha a sua racionalidade, o seu discurso e, principalmente, sua preocupação com a realização das liberdades fundamentais e os princípios constitucionais”. FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. P.265

²¹⁸ Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67.

²¹⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.227.

²²⁰ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67

²²¹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.227.

credibilidade e de mercado àqueles que com ele podem contratar; e (d) período de crise, que se refere à falta de alternativas viáveis para escoamento de produção em períodos excepcionais de crise que ensejam a necessidade de contratar, podendo se enquadrar, também, nesse fator o inverso, ou seja, quando o agente contrata bens em período de crise para assegurar sua continuidade.²²²

Os fatores, didaticamente estruturados acima, auxiliam a compreender o próprio conceito de dependência econômica e o entendimento da variedade de situações em que pode se evidenciar. Saliente-se, por oportuno, que, a partir de tal perspectiva, pode ocorrer que um agente, em dado momento, ostente a posição de superioridade, decorrente da dependência econômica da outra, mas que em momento posterior a mesma conclusão não se aplique. Daí decorre a delicadeza e, também, a importância do estudo da dependência econômica no direito dos contratos.²²³

Ademais, a dependência econômica pode se verificar na inauguração da relação contratual entre as partes, já na etapa pré-contratual, de aproximação e tratativas, ou, posteriormente, nas hipóteses em que a dependência econômica de uma das partes aumenta progressivamente em relação à sua contraparte primitiva. Geralmente, esta noção se associa à ideia de execução de investimentos relevantes – denominados de custos idiossincráticos – por uma das partes em relação àquela que se fortalece paulatinamente, com o passar da relação contratual primitiva.²²⁴ Geralmente, essa dependência econômica superveniente decorre de cláusulas de exclusividade e do prazo contratual²²⁵. Para os fins do objeto desse estudo, parece irrelevante o momento em que a dependência econômica se materializa. Com efeito,

²²² COURTÈS, Marc. *Dependance économique et abus de dependance économique em droit de la concurrence et em droit des contrats*. Tese (doutorado), Universidade de Montpellier I, Montpellier, 1999, *passim*, Apud FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.227.

²²³ “A concepção de contrato paritário liga-se a relações equilibradas, em que certa igualdade das empresas é fator determinante na organização e desenvolvimento das fases do negócio [...] embora a absoluta simetria seja rara, nos contratos paritários a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos.” FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67.

²²⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 68.

²²⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.226.

havendo dependência econômica, a paridade presumida deve ser afastada, independentemente do momento em que ela se materializou.

A verificação da dependência econômica tende a ser analisada sob a perspectiva de alternativas viáveis, ou também designadas como soluções equivalentes. Isto é, para que a situação de dependência econômica seja identificada, há que se investigar se a parte mais frágil na relação detinha outras opções de contratar, que não lhe fossem prejudiciais ou demasiadamente onerosas²²⁶. Esta investigação se dá no caso concreto, a partir de uma análise atenta do contexto em que a contratação se insere.

Na experiência brasileira, o direito concorrencial tende a conferir olhar mais atento aos poderes econômicos ostentados pelos agentes do mercado, em especial para a verificação de práticas ilícitas daquela seara do direito²²⁷. O enfoque da abordagem é direcionado, sobretudo, para os efeitos da atuação empresarial no mercado e no consumidor²²⁸. Observe-se que os poderes econômicos atraem, no direito concorrencial, especial atenção, haja vista seus notórios impactos nas práticas dos agentes do mercado, em especial a tendência que tais poderes transbordem para o abuso, razão pela qual diversos institutos e teorias gravitem em torno de tal análise. Como já se anotou a par das negociações assimétricas, “contratos negociados entre partes com poder de barganha distintos inevitavelmente levam a termos de negociação distintos, a despeito de economias de custo eventualmente relacionadas ao porte de cada um dos contratantes”²²⁹.

²²⁶ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 69.

²²⁷ Para aprofundamento das finalidades do direito da concorrência, V. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52-60.

²²⁸ É bem de ver que, mesmo sob o prisma do direito concorrencial, há a observação de que as eventuais vantagens obtidas por um agente, fruto da dependência econômica da outra parte, não necessariamente beneficiam o mercado consumidor, o que reforça, unindo os objetivos e finalidades do direito concorrencial e contratual, a necessidade de um olhar atento à dependência econômica e seus impactos negativos à sociedade como um todo: “*O primeiro erro – talvez o mais temerário – consiste em acreditar que o poder de mercado exercido por compradores beneficia o consumidor final. O raciocínio é o de que vantagens e descontos obtidos por uma empresa dominante serão repassados ao consumidor, por força de pressões da concorrência.*” GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 290.

²²⁹ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 177.

Deve, pois, o direito contratual também empenhar olhar atento às situações de dependência econômica, como observa Paulo Lôbo, a par do princípio constitucional²³⁰ de vedação do abuso de poder econômico:

O reconhecimento explícito de que todo poder privado, sem controle, especialmente o poder negocial, pode redundar em abuso. O princípio não se esgota nas hipóteses referidas nessa norma constitucional (dominação de mercados, eliminação da livre concorrência, aumento arbitrário dos lucros), voltada mais à atividade empresarial, mas também tem reflexos profundos no exercício dela, que se vale do instrumento contratual.²³¹

Assim, parece ser criticável o certo descaso da doutrina contratualista com o estudo da dependência econômica, a qual parece ter despertado maior atenção das doutrinas consumerista e concorrencial que civilista. É bem de ver que, no âmbito dos contratos de consumo, a dependência econômica se materializa de maneira mais facilmente identificável pelo intérprete, é mais evidente, de fato. Porém, essa assertiva não reduz a importância da análise da dependência econômica nos contratos civis, sobretudo quando se considera a proliferação de relações em que a dependência econômica atrai como consequência o desequilíbrio dos poderes negociais.

Se é verdade que a dependência econômica atrai a especial atenção da doutrina do direito concorrencial, em razão de sua propensão a transmudar uma conduta lícita em abusiva, no âmbito do direito dos contratos o cenário não é contrastante. Ao revés, no seio da etapa pré-contratual, em que as partes negociam o programa do futuro contrato a ser concluído, a dependência econômica não raramente extrapola os limites da licitude e migra para a abusividade da conduta, a partir do exercício de força negocial, que finda por impor ao conteúdo do contrato elementos que não encontram amparo na ordem jurídica, não por violarem elementos estruturais – como a validade da vontade emanada –, mas em sua análise funcional.

²³⁰ CFRB, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²³¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.53.

Isso porque a doutrina que se dedica ao estudo da dependência econômica identifica que, em sua presença, frequentemente, os agentes econômicos tendem a utilizar tal situação para fortalecer seu poder de barganha e impor ao programa contratual os elementos que melhor atendem os seus próprios interesses, produzindo benefícios desproporcionais aos sacrifícios suportados pela parte mais fraca. Roberto Pardolesi, por exemplo, observando algumas disposições tidas por abusivas, anota que “é importante compreender o fio comum que conecta essas disposições: ou seja, o fato de se referirem a contextos (ou entornos) contratuais em que dois empresários estão envolvidos, um dos quais aparece em posição de intimidar o outro.”²³²

No mesmo sentido, já se observou que o abuso da dependência econômica costuma se revelar no âmbito dos contratos em elementos negociais que, em verdade, são restritivos à parte mais fraca²³³, tais como cláusulas de exclusividade, cobrança de valores por espaço de prateleira, promoção conjunta compulsória e outros elementos que são tendentes a ampliar a dependência econômica de suas contrapartes.²³⁴ Também podem ser mencionadas cláusulas que refletem discriminação de preços, cobranças retroativas e cláusulas modificativas da alocação de riscos.²³⁵ Todos esses elementos contratuais, quando desamparados de justificção no equilíbrio contratual, tendem a qualificar-se como práticas de abuso da dependência econômica, já que a sua presença no programa contratual deve ser tida, ainda que somente como um forte indício, como produto das assimetrias negociais detidas pelas partes.

Como anota retoricamente Roberto Pardolesi, a partir de exemplo de elemento contratual iníquo, “a iniquidade grave em detrimento do credor, em contrato sobre condições de pagamento – por exemplo, juros de mora fixados a uma taxa inferior

²³² PARDOLESI, Roberto, Una postilla sul Terzo Contratto. P. 10. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021

²³³ O que, para o direito concorrencial, é tido como restrições verticais.

²³⁴ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 175.

²³⁵ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 226-243.

àquela legal, ao efeito de tornar ilusória a obrigação de pagamento - não é, afinal, uma hipótese específica de abuso de dependência econômica?”²³⁶.

No mesmo sentido, Paula Forgioni reconhece a relação direta entre a dependência econômica e a imposição de elementos contratuais pela parte que a ostenta: “essa supremacia [derivada da dependência econômica] implica na possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro, que deve aceitá-las para sobreviver”²³⁷.

Com efeito, se já se teve oportunidade de aprofundar o estudo de práticas de agentes do mercado que, a partir da dependência econômica, adotam práticas que escamoteiam uma recusa injustificada de contratar com outro agente, ou uma venda casada²³⁸, não é difícil cogitar-se de uma série de outras práticas abusivas que, no jogo negocial, no poder de barganha para estabelecimento de cada um dos elementos do contrato, essa mesma dependência econômica também produza efeitos não tutelados pela ordem jurídica.

Como já visto, Roberto Pardolesi observa certas cláusulas contratuais que esvaziam de efeito a finalidade dos próprios elementos pactuados²³⁹, o que seria, precisamente, uma hipótese específica de abuso da dependência econômica. Essa noção não se afasta, tampouco, da atenção dedicada pelo direito concorrencial a certas práticas dos agentes de mercado relativas à estruturação de negócios, mais especificamente na recusa de contratar e a venda casada²⁴⁰, que podem ser tomadas como ilustrativas dos efeitos decorrentes da dependência econômica nos contratos.

Ana Frazão, a respeito de certas práticas, aborda a venda casada e a recusa injustificada de contratar, o que denota a relevância de práticas derivadas da

²³⁶ PARDOLESI, Roberto, Una postilla sul Terzo Contratto. P. 10. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - tradução livre. Acesso em 08.12.2021.

²³⁷ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.227.

²³⁸ Por todos, cf. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 456-473.

²³⁹ O autor exemplifica o abuso da dependência econômica nos contratos por meio do já mencionado exemplo do acordo sobre condições de pagamento, especificamente no que diz respeito aos juros de mora fixados a uma taxa irrisória e inferior à legal, tendo como resultado tornar ilusória a obrigação de pagamento tempestivo. PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf> - acesso em 08.12.2021

²⁴⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 456-473.

dependência econômica para o direito dos contratos. A título exemplificativo, a própria noção de que um agente econômico não é obrigado a auxiliar seu concorrente é colocada em xeque pelo direito concorrencial “quando um dos agentes detém posição dominante e fornece insumo e/ou infraestrutura essencial”, de modo que se discute o afastamento da lógica mencionada.²⁴¹ Ora, se a própria decisão de contratar, de tais agentes, é discutida no âmbito do direito concorrencial, igual ou maior atenção o direito dos contratos deve dedicar às relações contratuais estabelecidas entre tais agentes quando obrigados a contratar, não por sua vontade, mas por imposição da ordem jurídica, à medida que não é difícil imaginar que os poderes negociais em jogo, no desenvolvimento da arquitetura deste contrato, ainda que não transbordem para uma recusa de contratar ou imposição de venda casada, possam estar descalibrados. Tal perspectiva se escora, não somente em autorizada doutrina do direito concorrencial, mas também na legislação que considera ilícita a ruptura de relações contratuais decorrentes da imposição “de cláusulas ou condições comerciais injustificáveis que impedem o outro contratante de adquirir o produto”.²⁴²

Ora, se o direito concorrencial, ou, mais especificamente, a ordem jurídica, dedica atenção às condutas derivadas da dependência econômica no que diz respeito à decisão de contratar e à própria estrutura do negócio em questão (se qualifica-se como venda casada; se qualifica-se como recusa a contratar abusiva, etc.), a mesma atenção deve ser dedicada pelos estudiosos do direito civil, reconhecendo-se, portanto, a potencialidade que a dependência econômica detém para descalibrar poderes negociais, ensejando a celebração de contratos iníquos.

A despeito de toda essa perspectiva, no âmbito do direito dos contratos – à exceção dos contratos de consumo –, a atenção ao poder econômico dos agentes do mercado, que deve ser dirigida em especial à relação estabelecida com sua contraparte (e não com o mercado em geral) costuma entrar em cena na interpretação dos negócios jurídicos somente quando está em jogo algum tipo contratual em que a doutrina prevalente identifica como estruturalmente vinculado

²⁴¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457.

²⁴² Lei 12.529/2011, Art. 36, § 3º, XII. dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais.

à noção de dependência econômica, como, por exemplo, é o caso dos contratos de distribuição²⁴³ e os de franquia²⁴⁴. É possível se cogitar que tal orientação decorra do próprio desenvolvimento do conceito de dependência econômica, surgido na Alemanha e na França, para tutelar a relação entre fornecedor e distribuidor.²⁴⁵

No entanto, pouca atenção tem sido dedicada à dependência econômica considerada abstratamente no direito dos contratos, mais especificamente os impactos que, em sua presença, decorrem no âmbito da estruturação do programa contratual pelas partes.

Como consequência, a dependência econômica tem ocupado espaço dos estudiosos do direito contratual somente em casos excepcionais e isolados, notadamente em certos tipos contratuais em que o entendimento majoritário aponta para a existência de assimetrias negociais. A perspectiva que aborda a dependência econômica em espaços – ou, mais precisamente, em negócios jurídicos – específicos parece não ser a melhor opção para a solução do problema, à medida que desconsidera a variedade de arranjos negociais em que a dependência econômica pode se revelar como prática abusiva da parte que a detém.²⁴⁶

Se é louvável que a abordagem da dependência econômica figure, ao menos, no estudo de certos tipos contratuais, merece maior reflexão a sua análise abstrata e sua incidência nas mais variadas contratações civis, sem que tal exame esteja acorrentado a um tipo contratual específico. Dito de outro modo, a dependência econômica demanda uma apreciação aprofundada, vinculada à noção de que tal situação ostentada por um dos contratantes pode impactar nos poderes de barganha na etapa de negociação do programa contratual, não devendo este estudo centrar-se

²⁴³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

²⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 68.

²⁴⁵ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 174

²⁴⁶ Daniel Goldeberg noticia a própria experiência americana, na tentativa de proteger o pequeno fornecedor e o comerciante das grandes cadeias varejistas e de seu notável poder negocial, a partir de um tratamento centrado em uma relação jurídica específica. O autor menciona o Robinson-Patman Act, lei introduzida pelo Congresso estado unidense, de 1936. Segundo ele, “investigações com base no Robinson-Patman Act, originalmente promissoras para os fornecedores ou comerciantes de menor porte afetados pela dinâmica do poder de compra, parece ser, cada vez mais, uma *avis rara* no direito americano. GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 177.

a tipos contratuais específicos, mas sim como um parâmetro interpretativo para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis. Assim, a dependência econômica se desancora dos contratos de consumo e de raros tipos contratuais civis em que a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer a sua incidência.

Nessa perspectiva proposta, o presente estudo também questiona (ou, ao menos, propõe uma maior reflexão sobre) a noção de que “a eventual situação de dependência econômica não autoriza a pressuposição de hipossuficiência, apenas ilumina a compreensão do contexto contratual e a interpretação da avença”²⁴⁷. Ainda que não se considere a hipossuficiência daquele que se encontra na situação de dependência, ao menos, o intérprete deve jogar luzes na segunda parte da assertiva acima transcrita, ou seja, dedicar maior atenção ao “contexto contratual” e à “interpretação da avença”.

E é, justamente, nessa perspectiva que a inclusão da dependência econômica como parâmetro para o afastamento da presunção de paridade se insere. A partir de tal reconhecimento, estará o intérprete devidamente alertado para as potenciais consequências decorrentes das assimetrias de poderes negociais e, a partir disto, verificar com maior acuidade a existência de abusos, ou seja, de elementos iníquos violadores da ordem jurídica, em especial do equilíbrio contratual.

Anote-se, a par da proposição acima, que na experiência italiana o abuso da dependência econômica foi expressamente previsto na legislação que trata dos contratos de subcontratação²⁴⁸, mas a doutrina reconhece sua eficácia em relação a todos os contratos.²⁴⁹ Enquanto relevante fonte de poder negocial para uma das

²⁴⁷ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.268.

²⁴⁸ Itália, Lei 192/1998, Art. 9º. 1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.

²⁴⁹ PARDOLESI, Roberto. *Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*. Mercato Concorrenza Regole 3/561, 2001, p. 561-576.

partes contratantes, ocasionando, não raramente, ruptura do equilíbrio de poderes negociais²⁵⁰, a dependência econômica não deve ser tomada como elemento presente na estrutura negocial de tipos contratuais específicos, mas antes como um elemento da teoria geral dos contratos, com amparo no artigo 421-A do Código Civil, sendo, pois, fundamento para afastamento da presunção de paridade dos contratos civis, quando identificada a sua presença no caso concreto.

Como se vê, parece equivocado o certo desprezo que a doutrina contratualista tem dedicado à dependência econômica, à medida que ela se afigura como uma das mais eficientes fontes de poderes negociais para um dos contratantes, colocando a outra parte em posição de desvantagem para a composição do regulamento contratual a ser pactuado.

Tome-se emprestado exemplo trazido por Ana Frazão. Trata-se de disputa (na seara administrativa do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) entre a White Martins e a Ultrafertil, gravitando a controvérsia em torno de uma cláusula de exclusividade, por meio do qual a primeira obrigava a segunda a fornecer os excedentes de insumo²⁵¹. Sem invadirmos o mérito relacionado ao direito concorrencial da controvérsia, o caso, no mínimo, convida à reflexão sobre o contexto em que tal cláusula foi inserida no programa contratual em questão, sendo razoável presumir o formidável poder negocial detido pela White Martins, que ostentava poder dominante, que influenciou decisivamente na inserção de tal elemento contratual, estando mitigada a autonomia negocial de sua contraparte.

Situação análoga pode ser considerada com a já mencionada venda casada, ou seja, quando um fornecedor condiciona a aquisição de um produto ou serviço a outro por ele mesmo oferecido ou por terceiro por ele indicado.²⁵² Não obstante a possibilidade de configuração de ilícito concorrencial, é bem de ver que as vendas

²⁵⁰ “No prisma do relacionamento entre as partes, investigamos a dependência econômica para explicar a realidade enfrentada pelos empresários brasileiros. Ao analisarmos a jurisprudência, concluiremos que as sementes da teoria já estão bem difundidas entre nós, quiçá por uma necessidade dos julgadores. Por vezes, as situações fáticas que se apresentam são tão injustas, tão abusivas, que os tribunais seguramente fazem a parte que lhes cabe dentro do sistema, adaptando-o conforme o rumo dos acontecimentos e da exploração dos agentes econômicos dependentes.” FORGIONI, Paula A.. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 26

²⁵¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 468.

²⁵² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 470.

casadas, quando não resultantes de uma intenção manifestada pelo adquirente, mas sim do poder de mercado detido pelo fornecedor do produto ou serviço, demandam olhar atento do intérprete em relação ao programa contratual, não somente no que diz respeito ao objeto do contrato (a venda casada em si), mas também porque aquele que consegue impor a venda casada, provavelmente também detém poder suficiente para impor elementos do contrato que não atendem, propriamente, aos interesses de ambas as partes, mas somente daquela que ostenta o poderio pujante.

Daí porque a dependência econômica deve figurar como parâmetro para afastamento da presunção de paridade dos contratos civis. Isto é, identificada a presença de dependência econômica na relação jurídica concretamente considerada, propõe-se que a presunção de paridade do contrato seja afastada, independentemente da abusividade da conduta. É que a abusividade²⁵³ – ou não – da dependência econômica é análise subsequente, a partir do contrato efetivamente pactuado. Trocando em miúdos, a presença da dependência econômica de um contratante em relação ao outro é suficiente para o afastamento da presunção de paridade do contrato civil. A abusividade, eventualmente identificada, trará efeitos para a correção de eventuais desequilíbrios, em momento posterior, a partir da intervenção heterônoma (pelo juiz, pelo árbitro) no programa contratual. Como observa Paula Forgioni, “a dependência econômica em si é um fato, não reprimido pelo direito. Novamente, é o seu abuso que gera disfunções que hão de ser diluídas”²⁵⁴.

Reforce-se que não se deve considerar como parâmetro para afastamento da presunção de paridade o *abuso* da dependência econômica, pois a abusividade somente poderá ser analisada a partir do programa contratual efetivamente concluído pelas partes. Ao contrário, sendo a dependência econômica um parâmetro interpretativo para afastamento de uma presunção legal, a sua presença no caso concreto somente atrai este efeito específico. A abusividade é analisada pelo intérprete em ato subsequente, quando investigará o equilíbrio do contrato, já afastada a paridade presumida, e, a partir daí, conferirá tutela imposta pelo sistema

²⁵³ Costuma-se identificar dois momentos distintos em que a dependência econômica se torna abusiva: na negociação do contrato, ou seja, na etapa pré-contratual; e na etapa de execução do contrato. O presente estudo centra-se no primeiro deles. Por todos, cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.267.

²⁵⁴ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.227.

jurídico vigente para a correção dos desequilíbrios decorrentes da assimetria de poderes negociais, se, de fato, houver. É que não se pode descartar por completo a hipótese – embora remota - em que a dependência econômica esteja presente, mas que a parte detentora de poderes negociais prevalentes não atue, na etapa de edificação do conteúdo do contrato, de forma abusiva.

De toda a sorte, o afastamento da presunção de paridade, na simples presença da dependência econômica, admitirá – na verdade, demandará – uma investigação mais cuidadosa do intérprete ao conteúdo do contrato, para investigação de eventual conduta abusiva.

3.2.2. Mercados monopolizados ou oligopolizados

O segundo parâmetro proposto neste estudo refere-se à presença, em um dos polos contratuais, de agentes econômicos integrantes de mercados monopolizados ou oligopolizados. Sendo estes caracterizados pela presença exclusiva de um ou alguns poucos agentes de certo mercado, respectivamente, é presumível que em tais casos estes, quando atuam como contratantes, ostentem formidável poder negocial. Com efeito, os monopólios e oligopólios se verificam quando estes participantes de determinado segmento do mercado ostentam suficiente poder e controle sobre determinados produtos ou serviços, “de forma que possa determinar significativamente os termos nos quais os demais indivíduos têm acesso a ele”, sendo que, nesse aspecto “muitos dos oligopólios podem ser considerados monopólios por seus efeitos”^{255 256}.

No Brasil, o direito contratual ainda pende de jogar luzes mais centradas na atuação, no âmbito das atividades contratuais, para os mercados monopolizados e

²⁵⁵ FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn.* Disponível em <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf> Acesso em 20.01.2023

²⁵⁶ Calixto Salimão Filho ainda observa que “a situação de monopólio também ocorre quando uma empresa é largamente majoritária e as demais são pequenas a ponto de não poder influenciar nos preços”. FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Forense, 2021, E-Book.

oligopolizados²⁵⁷, quer por se tratar de uma questão que remonta às origens do país, quer por ser exigência de mandamento constitucional, para que se reduza as desigualdades sociais. Conforme adverte Calixto Salomão Filho, o problema data de tempos longínquos:

No país esse movimento de crítica e reconstrução deveria soar óbvio em matéria de disciplina dos monopólios. Nossa relação com os monopólios é simbiótica desde a colônia. De lá até agora, a desproporção de poder entre monopolistas e o resto da sociedade foi de tal porte a moldar a sociedade brasileira. Da economia, Estado e sociedade organizada em torno dos monopólios no Brasil colonial, passando aos governos formados por oligopólios (república café com leite) no Brasil independente, até os planos desenvolvimentos alicerçados ou em indústrias oligopolizadas ou monopolizadas (da indústria automobilista dos anos 1950 e 60 do século 20 aos campeões nacionais das primeiras décadas do século 21), tudo intermediado por relevantes fases de neoliberalismo em que a não interferência do Estado e as privatizações permitiram ao monopólios expandir-se e operar livremente, a sociedade e o Estado brasileiros parecem não conseguir deles se desprender.²⁵⁸

A par disso, tem-se que o poder negocial proeminente detido pelos agentes de mercados concentrados decorre não somente de seu poderio econômico – o que nos remete ao tópico antecedente e ao estudo da dependência econômica como parâmetro para afastamento da presunção de paridade -, mas também porque o fato de ser um agente isolado ou quase isolado de determinado segmento implica, naturalmente, no esvaziamento do poder de escolha daqueles que desejam ou precisam contratar bens comercializados em mercados monopolistas ou oligopolistas, fazendo encolher os espaços de autonomia de suas contrapartes.

Some-se a isto o fato que os mercados monopolizados e oligopolizados também costumam homogeneizar suas práticas relativas a contratações, o que será objeto do terceiro parâmetro proposto neste estudo²⁵⁹. Com efeito, “pesquisa acadêmica sobre

²⁵⁷ É nesse sentido a advertência de Calixto Salomão Filho: “É preciso aqui que academia e sociedade civil demonstrem continuamente [...] os efeitos dos monopólios nas diferentes esferas de organização da sociedade — consumidores nos mercados relevantes, mas também trabalhadores e outros setores econômicos sufocados pelos monopólios (os setores dependentes)”. FILHO, Calixto Salomão. *A luta contra monopólios e cartéis: fracassos e perspectivas*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/defesa-concorrenca-luta-monopolios-carteis-fracassos-perspectivas>.> Acesso em 05.01.2023.

²⁵⁸ FILHO, Calixto Salomão. *A luta contra monopólios e cartéis: fracassos e perspectivas*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/defesa-concorrenca-luta-monopolios-carteis-fracassos-perspectivas>.> Acesso em 05.01.2023.

²⁵⁹ Remete-se o leito ao item 3.2.3. *infra*.

colusão tácita em oligopólios mostra que, em mercados altamente concentrados, empresas irão comumente coordenar seu comportamento simplesmente observando e reagindo ao comportamento dos competidores, o que leva ao paralelismo de preços”.²⁶⁰

Embora os efeitos dos monopólios e oligopólios, como acima destacado, geralmente se imbriquem nos demais parâmetros propostos neste estudo, justifica-se a sua autonomia e inclusão como parâmetro autônomo, por três razões principais.

A primeira delas diz respeito à própria identificação de monopólios e oligopólios na prática, de modo que, sobretudo no segundo caso, nem sempre suas fronteiras estarão tão bem definidas²⁶¹, demandando maior atenção do intérprete da situação jurídica em questão. Ademais, parecem indissociáveis as noções de monopólio/oligopólio e os poderes negociais proeminentes de tais agentes. Assim, a inclusão dos monopólios e oligopólios como um dos parâmetros autônomos para afastamento da presunção de paridade objetiva, sobretudo, demandar do intérprete um olhar específico e cuidadoso sobre os participantes da relação jurídica, consubstanciado na investigação se um deles se enquadra como participante de um mercado monopolizado ou oligopolizado. Dito de outro modo, por se tratar de um parâmetro interpretativo autônomo, deverá o intérprete sempre lançar olhar mais atento à pessoa do contratante e sua atuação no mercado em relação a seus concorrentes, para a investigação de seu enquadramento como agente monopolista/oligopolista, presumindo-se, caso a investigação responda afirmativamente, se tratar de contratante detentor de poder negocial proeminente.

Acrescente-se à perspectiva acima que a investigação do enquadramento de um dos contratantes como monopolista/oligopolista realiza-se a partir de critérios mais objetivos que os demais parâmetros aqui propostos, sendo relevantes as contribuições oferecidas pelo direito concorrencial para a análise que o intérprete deverá realizar. Diversamente dos demais parâmetros que podem, em dadas situações, não ser tão facilmente apreendidos, por vezes demandando elementos de

²⁶⁰ FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn.* Disponível em <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf>. Acesso em 20.01.2023.

²⁶¹ A esse respeito, veja consentido remeter às notas de rodapé n° 255 e n° 256.

provas que poderão ser exigidos da parte mais frágil da contratação, no caso dos agentes monopolistas/oligopolistas essa análise será realizada com maior facilidade, a partir de critérios de índole mais objetiva.

Por fim, a inclusão desse parâmetro decorre do fato de que o fundamento que a justifica seja um pouco distinto dos demais propostos. Com efeito, a participação de um agente em um mercado monopolizado ou oligopolizado apequena os espaços de autonomia negocial do outro contratante, especificamente no que diz respeito ao poder de escolha da contraparte. Este é, também, um dado objetivo que, por si só, justifica que esse critério seja incluído entre os parâmetros propostos. Se o poder de escolha da contraparte está fragilizada pelo fato de que inexistem opções de escolha, a consequência inevitável é que tal situação reduz drasticamente os espaços de autonomia daquelas pessoas que pretendem acessar os bens disponibilizados pelo agente monopolista/oligopolista.

Apresentadas as razões e fundamentos que justificam a escolha do presente parâmetro interpretativo, retoma-se a análise dos monopólios e oligopólios e sua relação com a assimetria dos poderes negociais nas relações jurídicas contratualizadas.

Ana Frazão, sintetizando as ideias de Jonathan Tepper e Denise Hearn, assinala que:

É precisamente a competição que previne as desigualdades injustas e a transferência de riqueza de consumidores, empregados ou fornecedores para os monopolistas. Portanto, é a competição que, além de promover eficiência, possibilita escolhas, inovação, crescimento, desenvolvimento econômico e mesmo uma democracia mais forte por meio da dispersão do poder econômico [...] Tepper e Hearn demonstram que os americanos hoje não têm nenhuma liberdade para escolher, pois a maior parte dos mercados é formada por monopólios ou oligopólios que podem tacitamente coludir.²⁶²

Para simplificação e fluidez da leitura, designaremos, aqui e adiante, simplesmente como *monopólio* ambas as figuras, mas não se deve confundí-las e

²⁶² FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn.* Disponível em <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf> Acesso em 20.01.2023

tampouco minimizar-se os riscos decorrentes da pujança de poderes negociais decorrentes dos oligopólios. Com efeito, a presença de mais de um agente no segmento de mercado não significa, necessariamente, menos poder negocial. Bem ao revés, como adverte Ana Frazão, a partir das ideias de Tim Wu, “o fato de o problema atual dizer mais respeito à existência de oligopólios do que de monopólios gera confusão pois, como alerta Tim Wu, reguladores podem até saber como lutar contra os últimos, mas ficam confusos com os primeiros.”²⁶³

Dito isto, observa-se que os agentes monopolistas e oligopolistas — reúnem notável poder negocial, decorrente do próprio fato de ser um mercado monopolizado, por si só²⁶⁴. Seus poderes negociais se elastecem, pois a sua própria condição gera para os demais agentes que com eles precisam contratar achatamento de sua autonomia negocial, à medida que a escolha de “com quem contrata” se vê fragilizada, como visto algumas linhas acima.

Sendo, nesse cenário, reduzidas (ou inexistentes, no caso dos monopólios) as opções de contraparte contratual, um dos pilares da autonomia negocial, que é o poder de escolher com que contratará, é esvaziado. É nesse sentido a lição de Paulo Lôbo:

A autonomia privada, em relação ao contrato, pressupõe o exercício de três modalidades de liberdades de escolha, interligadas: (a) a liberdade de escolher o outro contratante; (b) a liberdade de escolher o tipo contratual; e (c) a liberdade de determinação do conteúdo.²⁶⁵

²⁶³ FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn.* Disponível em < http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf> Acesso em 20.01.2023

²⁶⁴ Os poderes decorrentes da concentração de mercados, na perspectiva monopolista, são de tal relevância que transbordam para além do direito dos contratos e da concorrência. Como observa Ana Frazão, “é importante advertir que que já faz um bom tempo que diversos autores têm mostrado os riscos da concentração sobre os mercados e também sobre a democracia.” FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn.* Disponível em < http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf> Acesso em 20.01.2023

²⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.59.

Assim, aqueles que contratam com agentes de mercado monopolizado ou oligopolizado têm a sua autonomia negocial mitigada, reduzida, já que a “liberdade de escolher o outro contratante” se vê fragilizada, quando não eliminada por completo. Esta situação, por si só, se revela suficiente para que se proponha esse elemento como parâmetro para o afastamento da presunção de paridade. Como abordado no Capítulo 2 deste trabalho²⁶⁶, a medida dos espaços de autonomia negocial disponíveis na relação jurídica é que conduzirão à qualificação da relação como paritária ou não paritária. Assim, se falta ao contratante elemento nuclear da autonomia negocial, por consequência, os seus espaços de autonomia se encontram achatados, demandando do ordenamento o afastamento da paridade presumida.

Tal situação tende a imbricar a fragilidade do poder de escolha ao elastecimento dos poderes negociais do agente monopolista, à medida que a reduzida ou inexistente possibilidade de escolha da contraparte, em uma das mãos, agrega poderes negociais ao contratante monopolista – cientes de sua condição e, portanto, das reduzidas possibilidades de escolha de suas contrapartes -, enquanto noutra das mãos promove o esvaziamento do poder de barganha da contraparte que deseja ou necessita contratar.

Transbordando-se a situação acima narrada para diversos ramos monopolizados ou oligopolizados do mercado, tem-se que os notáveis poderes ostentados pelos integrantes das redes de monopólio não se refletem, com frequência, somente em práticas abusivas de ordem concorrencial. É no âmbito do direito dos contratos que se alocam, com frequência, as práticas adotadas por esse agente para conservar seu *status quo*, ou mesmo para ampliá-lo.

A frágil concorrência entre os agentes não se reflete em práticas negociais distintas, em relação ao conteúdo do programa contratual (repita-se, os mercados monopolizados ou oligopolizados tendem a harmonizar suas práticas negociais). As estratégias de diferenciação entre um agente e outro são quase exclusivamente ligadas a valores, a elementos econômicos (quanto pagar), mas o programa contratual como um todo, quase em regra, se revela descalibrado em desfavor do outro contratante.

Com efeito, a necessidade de acesso a certos produtos e serviços podem se revelar de tal relevância para a existência, dignidade ou mesmo continuidade de

²⁶⁶ Remete-se o leitor ao item 2.2. deste trabalho.

certas pessoas (incluindo e, talvez, sobretudo, profissionais), que estes são, não raramente, obrigados (em sentido não jurídico) a contratar com outros agentes participantes de mercado concentrado. As tecnologias têm potencializado necessidades das pessoas em geral e, diante desse contexto, agentes dos mercados tecnológicos ganham robustez, transformando-se em *bigtechs*, concentrando seus mercados.²⁶⁷ Por consequência, seus poderes negociais se elastecem.

Basta se cogitar, exemplificativamente, do poder de barganha ostentado por agentes titulares de plataformas de *streaming* na celebração de acordos de exclusividade para distribuição de música e conteúdo audiovisual. Não obstante os estudos que se desenvolvem no âmbito do direito concorrencial²⁶⁸, é bem de ver que na perspectiva do direito contratual e, mais especificamente, na investigação da paridade de poderes negociais, as cláusulas de exclusividade sempre demandam olhar cuidadoso do intérprete, pois implica em renúncia (ainda que temporária) de uma das partes do direito de contratar com outros agentes. Ainda que possa existir, no caso concreto, justificativa legítima para a inserção de tal elemento no programa contratual, a própria homogeneização desta estrutura pelos agentes de um mercado tão concentrado, como o de *streaming*, corrobora o entendimento deste estudo: a simples existência de um agente de mercado monopolizado em um dos polos da relação jurídica contratualizada deve ser suficiente para o afastamento da paridade presumida, já que os espaços de autonomia das contrapartes se retraem substancialmente, sobretudo no que diz respeito ao poder de escolha de sua contraparte. Como já foi abordado nesse estudo, o controle de merecimento de tutela é realizado posteriormente – no caso, para verificar a legitimidade ou não da

²⁶⁷ A título exemplificativo, “plataformas de *streaming* são um sucesso de público e faturamento. Em 2018, os agentes dominantes nos mercados de *streaming* musical possuíam conjuntamente mais de 229 milhões de assinantes (Spotify, Deezer, Apple Music, Tidal e Napster)¹. O crescimento é exponencial: em 2016, o número de assinantes era de 100 milhões. Apenas no mercado audiovisual, Netflix, Amazon Prime Video, Pandora e Roku dominam o mercado que detém mais de 170 milhões de assinantes. Além disso, em 2015, os serviços de *streaming* passaram a ser o principal meio de consumo de conteúdos de música nos Estados Unidos, ultrapassando o download tradicional e os meios físicos como CDs e vinis. O rápido crescimento e a falta de dados unificados dificultam a tarefa de dimensionar o mercado, havendo relatórios que apontam números ainda maiores”. FRAZÃO, Ana; VERISSIMO, Levi Borges de Oliveira. *Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de streaming-panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais*. In Revista de Direito Econômico e Socioambiental, V.13, n.1, JAN-ABR 2022, p. 57.

²⁶⁸ Recomenda-se a leitura de FRAZÃO, Ana; VERISSIMO, Levi Borges de Oliveira. *Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de streaming-panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais*. In Revista de Direito Econômico e Socioambiental, V.13, n.1, JAN-ABR 2022, p. 56-89.

exclusividade celebrada -, mas a presunção de paridade deve ser afastada independentemente e anteriormente a esse controle.

Outro exemplo, diretamente ligado à necessidade de contratar com agentes *monopolistas*. Pense-se em uma sociedade profissional, cuja especialidade é prestar serviços a determinado segmento do mercado, que é oligopolizado. Nesse caso, as próprias atividades econômicas exploradas por essa sociedade profissional estão vinculadas a um mercado oligopolizado, ou seja, suas atividades e expertises se vinculam às atividades dos agentes integrantes deste oligopólio. As reduzidas opções que esse profissional tem para contratar o conduzem a uma limitada gama de negociações, de modo que ou bem o profissional contrata para exercer suas atividades econômicas, ou estará com sua atuação profissional limitada, quiçá condenada à extinção. Há, ainda, que se considerar como agravante a homogeneização das práticas do mercado, que limitam ainda mais a autonomia negocial da contraparte, o que será aprofundado no item subsequente.

Neste estudo já se teve a oportunidade de mencionar julgado que analisou a qualificação da relação jurídica contratualizada estabelecida entre notório jogador de futebol masculino e uma das maiores fornecedoras de material esportivo do mercado internacional. Naquela oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça²⁶⁹ entendeu pela qualificação do contrato como civil, afastando a tese que pretendia enquadrá-lo como de consumo. A esse respeito, parece-nos ter andado bem a decisão. O equívoco, no entanto, decorreu da subsequente conclusão: o contrato seria paritário.

Quando se considera o mercado de fornecimento de material esportivo, no âmbito do futebol masculino internacional, identificam-se em todo o mundo poucos fornecedores que abrangem, praticamente, todo um mercado bilionário²⁷⁰. Apenas duas fornecedoras concentraram quase 37% do mercado mundial, enquanto outros 30% de participação no mercado é detida por outros cinco agentes apenas. Considerando que associações esportivas (clubes de futebol) e atletas profissionais de todo o mundo contratam, majoritariamente, com esse punhado de sete agentes

²⁶⁹ STJ, Terceira Turma, AgInt no AgREsp n. 1.518.604-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 12.04.2016.

²⁷⁰ Seja consentido remeter à nota de rodapé 59.

do mercado, pode-se inferir o formidável poder negocial ostentado por estes na negociação do conteúdo do programa contratual.

Assim, retomando-se o julgado acima mencionado, se mesmo em se tratando de um atleta de ponta, com desempenho esportivo acima da média, há razões que possibilitaram fosse aventada a tese de disparidade negocial (ainda que pela pretensão de qualificar o contrato como de consumo), basta considerar que tais fornecedoras de material esportivo contratam com enorme quantidade de atletas, a maioria deles sem a mesma notoriedade detida pelos atletas mais destacados por seu desempenho esportivo, para que se possa ter uma razoável ideia do elevado grau de imposição de elementos negociais por esses fornecedores, na negociação do conteúdo do contrato.

O caso acima é ilustrativo, pois denota a relevância de se entender a simples existência de monopólio ou oligopólio como parâmetro para afastamento da presunção de paridade. Quando se pensa em um atleta profissional, é primordial que conte com o fornecimento de material esportivo de uso pessoal. Sendo poucas as opções do mercado, em regra os poderes detidos por esses poucos agentes se elevam. Ao atleta, caberá a decisão de submeter-se a um programa contratual que não reflete uma negociação paritária, de efetivo equilíbrio negocial, e assim obter os bens de que precisa para exercício de sua profissão de forma gratuita e com o *plus* de uma remuneração (geralmente, pelo uso da imagem do atleta e exibição da marca), ou recusar a contratação e assim, além de deixar de obter essas vantagens emergentes do contrato – que, de resto, integram a razoável expectativa de um atleta profissional –, arcar com os próprios custos e a própria ociosidade de sua imagem de atleta. Não por outra razão, são raros os casos de atletas profissionais que, por não alcançar consenso com a fornecedora de materiais esportivos, deixam de contratar e seguem a carreira sem um contrato dessa natureza.

Outro segmento que merece destaque nesse estudo, por ser igualmente ilustrativo, é o de distribuição de combustíveis, do qual já emergiram diversos conflitos contratuais, seja em litígios estabelecidos com a Petrobrás (que detém o monopólio do refinamento e fornecimento do petróleo cru) com distribuidoras, seja em litígios entre essas distribuidoras e as revendedoras. É que, enquanto na relação com a detentora do monopólio do refinamento as distribuidoras curvam-se ao notável poder negocial detido pela sociedade monopolista, nas relações com

revendedores essa lógica se inverte e as distribuidoras²⁷¹ passam a ostentar, não raramente, poder de barganha mais proeminente.

A concentração, portanto, de poucos (ou muito poucos) agentes em certos mercados costuma atrair, naturalmente, maior poder negocial a quem ostente essa posição privilegiada. Daí porque, tendo-se em conta a limitada possibilidade de escolha da contraparte que reduz drasticamente os espaços de autonomia, como visto linhas acima, a presença de um desses agentes em um dos polos da relação jurídica contratualizada deve ensejar, por si só, o afastamento da paridade presumida.

Uma vez mais, a proposta desse parâmetro diz respeito, exclusivamente, ao afastamento da presunção legal. Não significa, pois, afirmar que os contratos celebrados por agentes de mercados monopolizados são, necessariamente, iníquos ou violadores do princípio do equilíbrio contratual e, assim, merecedores de intervenção heterônoma. Todavia, caso um destes atores do mercado esteja presente na relação jurídica, o afastamento da presunção legal deve ter lugar, o que, de resto, demandará maior atenção ao programa contratual concretamente considerado.

Os monopólios merecem olhar atento da doutrina contratual, notadamente no que diz respeito à presunção de paridade, pois esta finda por tributar em favor da prevalência e manutenção dos excessivos poderes que, em regra, os monopolistas exercem sobre as contrapartes contratuais, na maior das vezes, bem mais fracas. A inadequação do manto de proteção oferecida, atualmente, na seara dos contratos, se revela de forma cristalina quando os contratos celebrados por tais agentes de mercado gozam da presunção de paridade, sem que juízes lancem um olhar mais sensível aos poderes negociais em jogo, mesmo quando o negócio jurídico apresenta agente monopolista em um dos polos. Conclui-se, pois, nesta ordem de ideias, com a arguta crítica trazida por Calixto Salomão Filho:

Na verdade, o resultado mais latente dessa política de estímulo ao poder é que as relações de dominação e força, em vez de relações jurídicas, fundadas na moral e na ética, passam a ditar os relacionamentos econômicos e sociais.

O que nossa história recente no campo político e social parece demonstrar é que as relações de dominação não se limitam ao campo

²⁷¹ Estudo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, do ano de 2017, indica a existência, naquele ano, de apenas 180 distribuidoras e de mais de 40.000 postos de combustíveis, estabelecendo-se uma relação de cerca de 222 revendedores para cada distribuidor (isso sem considerar eventuais concentrações ainda mais assimétricas desse mercado).

econômico. Elas acabam por espriar sua lógica pelo campo político e social. No primeiro, a lógica de interesses substitui as práticas éticas. No segundo, a violência substitui o direito como forma de organização, ou melhor, de desorganização e degradação social.²⁷²

3.2.3. Práticas contratuais homogêneas no segmento de mercado do agente de poderes negociais prevalentes

Há razoável consenso e poucas divergências acerca da relevância jurídica dos usos como fonte de deveres jurídicos, em especial nas situações jurídicas de perfil patrimonial²⁷³. Giovana Comiran observa que “os usos classicamente configuram um dos principais critérios hermenêuticos-integrativos dos contratos no sistema unificado”.²⁷⁴ O próprio Código Civil anteriormente e, mais detalhadamente, a partir de inovação trazida pela Lei da Liberdade Econômica²⁷⁵ trata dos usos e, também, das práticas do mercado como fonte de interpretação dos negócios jurídicos, a qual deve ser realizada para “atribuir ao negócio o sentido que corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”²⁷⁶. Nesse sentido, diversas teorias e aplicações dos usos socialmente aceitos foram desenvolvidas, nas mais diversas searas do direito.

Com efeito, na redação primitiva do *Caput* do artigo 113 do Código Civil, os usos do lugar já constavam como parâmetro interpretativo dos negócios jurídicos.

²⁷² FILHO, Calixto Salomão. *Poder econômico*. Jornal Folha de São Paulo. Edição de 20.08.2007. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia/fz2008200708.htm>.> Acesso em 02.02.2023.

²⁷³ Cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição?* In: BENETTI, Giovana et al. (org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

²⁷⁴ COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

²⁷⁵ Não se desconhece as críticas dirigidas à inovação legislativa em questão, inclusive em relação às alterações promovidas no artigo 113 do Código Civil. Cf. KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 13-35.

²⁷⁶ CC, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

[...]

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

Com a inovação legislativa acima mencionada, o §1º, inciso II, do dispositivo legal ampliou esta regra, passando a contemplar também as práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

Os usos costumam ser identificados com relação “aos hábitos adotados como praxe pelos sujeitos de certo grupo em suas relações, sendo comum nas relações econômicas e empresariais, em que a repetição de certas práticas confere estabilidade às relações”.²⁷⁷ Assim, os usos são considerados como regras que integram a relação obrigacional, independentes de manifestação das partes, para fins interpretativos-integrativos, em especial em relação a elementos que se revelem ambíguos, contraditórios ou lacunosos²⁷⁸.

É bem de ver que a modificação promovida pela Lei da Liberdade Econômica não somente ampliou a abrangência dos usos, ao remover a expressão “do lugar”, bem como agregou ao lado destes as “práticas do mercado” – além dos costumes -, positivamente expressa que, de resto, apenas se coaduna com entendimento anteriormente abrigado pela doutrina^{279 280}.

Os costumes são reconhecidos como norma jurídica, de modo que podem servir como norma subsidiária ou supletiva do direito, como instrumento de interpretação da lei positiva, ou, ainda, para criação de uma norma dissonante da lei e “ao qual o nosso ordenamento jurídico não atribui eficácia”.²⁸¹ Deste modo, o intérprete deve

²⁷⁷ KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 19.

²⁷⁸ Nesse sentido, cf. KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 19, e COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 256-266.

²⁷⁹ “Com efeito, já se reconhecia que serviriam à interpretação do negócio não somente usos de certa localidade, mas também de certos mercados, atividades e mesmo usos particulares à relação específica até então desenvolvida entre as partes”. KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 20.

²⁸⁰ Enunciado n. 409, V Jornada de Direito Civil (CEJ/CJF): “Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes”.

²⁸¹ KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 20

levar em consideração não somente os costumes do lugar, mas também das profissões e dos negócios jurídicos.²⁸²

Em conclusão a respeito das inovações legislativas, observa-se que os efeitos decorrentes da nova redação do artigo 113 do Código Civil não se distanciam daqueles emergentes de sua redação primitiva, ainda que as alterações promovidas no texto legal reforcem a perspectiva apresentada neste item, a partir da inclusão das expressões “costumes” e “práticas do mercado”.²⁸³

Ainda que o dispositivo legal se refira expressamente, tão só, ao processo de interpretação, a doutrina é razoavelmente pacífica no entendimento de que os usos, costumes e práticas comerciais também são fonte para a colmatação de lacunas, ou seja, para a integração dos contratos²⁸⁴. Estes são tidos como fonte de interpretação e, também, de integração dos contratos. Como consequência, devem servir, em igual medida, ao processo de qualificação dos contratos, no qual se insere o afastamento da presunção de paridade, noção que será desenvolvida linhas abaixo. Observe-se, por ora, que o processo de qualificação é baralhado aos procedimentos interpretativos-integrativos, de sorte que os usos, costumes e práticas do mercado podem e devem integrar o processo de qualificação dos negócios jurídicos.

Nesse sentido, Giovana Cunha Comiran indica que dentro da função integrativa exercida pelos usos, por exemplo, há “duas diferentes subfunções dos usos

²⁸² KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 21

²⁸³ Nesse sentido, “Constata-se, dessa forma, que a despeito das distinções estabelecidas pela doutrina mais cuidadosa, as expressões “usos”, “costumes” e “práticas” parecem ter sido utilizadas de forma indistinta e abrangente pelo legislador, para se referir ao papel que a repetição de condutas, particular ou coletivamente, desempenha no estabelecimento de expectativas legítimas que devem ser protegidas pelo direito, em nome da tutela da confiança e em razão da incidência da boa-fé. Em consequência, percebe-se que também neste ponto o dispositivo incluído no artigo 113 do Código Civil não apresenta ao intérprete ou aos contratantes efetivas inovações, uma vez que a doutrina já extraía do caput do referido artigo os critérios que passaram a constar no inciso III do §1º.” KONDER, Carlos Nelson e DE OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. *A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica*. In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, set./dez. 2020, p. 21. No mesmo sentido, “Independentemente de tentar separar tais conceitos, os usos, costumes e práticas do mercado são termos complementares para referir à prática civil e empresarial de um negócio, o que é subentendido mesmo na ausência desse texto legal superfetado.” VENOSA, Sílvio de Salvo; RUAS, Luiza Wander. *Interpretação dos negócios jurídicos e a liberdade econômica*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/314101/interpretacao-dos-negocios-juridicos-e-a-liberdade-economica>>. Acesso em 30.03.2022.

²⁸⁴ Para essa abordagem, cf. COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 270-279

comerciais”, concluindo se tratar de “usos que dizem com a relação comercial das partes, *i.e.*, os setores em que atuam; outros, dizem respeito à estrutura do contrato, *i.e.*, com o tipo contratual”²⁸⁵. Apesar da nomenclatura empregada²⁸⁶, parece-nos a toda evidência que se está a tratar de um processo de qualificação, ainda que se empregue nomenclatura distinta. Afinal, identificar um tipo contratual não nos afigura se tratar de processo de integração, mas sim de qualificação dos contratos. Acrescente-se que a doutrina costuma, igualmente, reconhecer que os usos e costumes também são invocados para sustentar a “presunção de que o próprio vínculo contratual se estabeleceu”.²⁸⁷

As perspectivas acima acerca dos usos, costumes e práticas do mercado – que doravante referir-nos-emos simplesmente como *usos* - reforça a tese aqui esposada: se os *usos* servem de fundamento para atividades interpretativas, integrativas, de qualificação do contrato e, também, de reconhecimento da formação de vínculo obrigacional, resta consentâneo com a ordem jurídica vigente e com a função do instituto que eles sejam utilizados como fundamento, também, para a análise da presunção de paridade, o que, de resto, se insere no processo de qualificação dos negócios jurídicos.

Sublinhe-se que há quem entenda que a inovação legislativa trazida pela Lei da Liberdade Econômica deveria ter ido além para “melhor explicitar os critérios de interpretação tratando, por exemplo, de questões como a noção de natureza jurídica da relação (*i.e.* natureza civil, empresária, consumerista, administrativa, etc. do contrato)”²⁸⁸, o que, uma vez mais, nos parece se tratar de um processo de qualificação e não de interpretação, de modo que o entendimento acima destacado tributa em favor de nossa tese: se os *usos* integram o processo de qualificação, inclusive para qualificar o contrato como civil ou de consumo, por exemplo,

²⁸⁵ COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 270.

²⁸⁶ Sublinhe-se que a autora faz referência ao processo de qualificação, a partir da identificação do tipo contratual, em outra oportunidade, pelo menos: “[os usos] estão intrinsecamente ligados à ideia de tipo”. COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 44.

²⁸⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 280.

²⁸⁸ COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 46.

também funciona para a aferição da paridade contratual, mais especificamente, para afastar a sua presunção, quando os *usos* forem homogeneizados pelos agentes a tal ponto que o poder escolha dos contratantes que desejam como aquele agente celebrar negócios jurídicos é fragilizado, ou seja, os seus espaços de autonomia são achatados, em decorrência da mitigação de elementos integrantes da autonomia negocial, em especial o poder de escolher o conteúdo da avença.

Especificamente no que diz respeito ao direito dos contratos, são recorrentes as vozes que identificam nos *usos* efeitos jurídicos, fonte de direitos e obrigações. Há quem os eleve “à altura de princípio geral do direito privado”.²⁸⁹ Contudo, essa abordagem costuma centrar a análise dos *usos* para que se edifiquem tutelas dedicadas a certas práticas comerciais, amplamente aceitas no tecido social, ou seja, para que os estes sirvam de fundamento para regras às quais as partes da relação obrigacional estão obrigadas.

Todavia, todas essas aplicações, legítimas e, em nosso sentir, acertadas, ocupam-se da legitimação de certas condutas amplamente adotadas, para que façam nascer regras em favor dos agentes – em especial os agentes do mercado –, legitimando obrigações que por eles passam a ser exigíveis de suas contrapartes, a partir dos *usos*.

Pouca atenção, a despeito disso, é dirigida à observação de *usos* que, quando amplamente adotados por agentes de certo segmento, ainda que concorrentes entre si, a ponto de se tornarem homogeneizados, vulnerabilizam a autonomia negocial das pessoas (sejam elas profissionais ou não) que desejam ou, mais grave, necessitam acessar os bens comercializados por aqueles que adotam práticas idênticas ou muito similares.

Como anota Carlos Maximiliano, “as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. Como, pois, recusar interpretá-lo no sentido das concepções sociais que tendem a generalizar-se e a impor-se?”.²⁹⁰ A abordagem neste estudo apresentada, fundada a partir do advento do novo artigo 421-A do Código Civil, se propõe a conferir

²⁸⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.134.

²⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 157.

conteúdo axiológico à norma, de modo que os *usos* ganham relevância jurídica, efeitos jurídicos, não somente para tutelar direitos e obrigações das partes contratantes nas hipóteses acima analisadas, na linha da doutrina e da jurisprudência dominantes, mas também para edificar tutelas, deveres e ônus aos participantes da relação jurídica, a qual não mais deve ser interpretada sob perspectiva estática²⁹¹. A noção aqui proposta se coaduna, inclusive, com a linha de pensamento de Carlos Maximiliano: “Maior será, entretanto, a liberdade do hermeneuta, quando se tratar de um instituto novo, ou de problema só agora examinado nos pretórios, e não previsto diretamente pelas disposições positivas que na aparência lhe são aplicáveis.”²⁹²

Conforme a perspectiva proposta, se devem ser reconhecidos efeitos jurídicos para tutelar e atribuir força jurídica aos *usos* reiterados e amplamente adotados por agentes de certos mercados, em benefício das práticas que eles mesmo estabeleceram, a mesma abordagem deve ser aplicada aos *usos* reiterados e amplamente adotados por esses mesmos agentes, quando esse *uso* se transmuda para uma prática homogeneizada de todos os participantes relevantes de dado segmento, que atrai, como consequência prática, a redução dos espaços de autonomia daqueles que com eles pretendem ou precisam contratar.

É que, assim como se passa com os mercados monopolizados e oligopolizados, as práticas homogeneizadas atingem o núcleo da autonomia negocial²⁹³, fragilizando o poder de escolha dos interessados ou necessitados de acessar o bem jurídico comercializado pelos agentes de mercado que *pasteurizaram* suas práticas negociais. Trocando em miúdos, a pessoa que necessita contratar certo bem em tal contexto tem seu poder negocial fragilizado, à medida que as distinções entre as estruturas contratuais propostas pelos agentes são similares, quando não idênticas, sendo as distinções quase exclusivamente relativas a preço e a qualidade do bem. Deste modo, o poder de escolha do conteúdo do contrato se retrai, assim como a escolha da contraparte também se torna menos relevante, ao menos na perspectiva do regramento contratual que se possa pactuar. A própria escolha do tipo contratual

²⁹¹ Para aprofundamento de tal perspectiva, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 158.

²⁹³ Conforme já mencionado no item 1.2. *supra*.

também pode ser comprometida, quando os agentes uniformizam os produtos e serviços disponibilizados, homogeneizando as opções de *o que contratar* disponíveis no mercado. Portanto, a homogeneização dos *usos* atinge o núcleo de toda a axiologia da autonomia negocial, fragilizando os seus três principais elementos: *com quem* contrata; *o que* contrata; e *como* contrata, ainda que os *usos* atinjam mais gravemente este último. Contraparte, tipo contratual e conteúdo do regulamento da avença se encontram, portanto, fragilizados e apequenados frente os *usos* homogeneizados de certos mercados.

Nesta trilha de ideias, é importante observar que o conteúdo jurídico-econômico de uma relação jurídica contratualizada não se limita a objeto e preço, os quais nem sempre são homogeneizados, em especial o preço, que, na maior das vezes, acaba sendo o elemento distintivo entre uma e outras opções de contrato disponíveis para se contratar. Com efeito, o equilíbrio do contrato é alcançado não somente a partir destes elementos, mas também a partir de outros elementos negociais, como garantias, penalidades, limitações do dever de indenizar, prazos contratualmente estabelecidos, etc. O catálogo é diversificado de elementos que arquitetam o equilíbrio da avença.

Assim, quando em certo segmento todas as estruturas negociais das contratações são homogeneizadas, o poder escolha dos interessados ou necessitados de acessar os bens em questão se encontra nuclearmente alvejado, culminando na fragilização, ou achatamento, dos espaços de sua autonomia negocial, sobretudo o poder de regulamentar o conteúdo da avença. A decisão de contratar passa, então, a não mais gravitar em torno dos programas contratuais propostos ou negociados pelos agentes daquele mercado, mas sim em torno de outros fatores que não se relacionam ao regulamento contratual possível de ser celebrado.

Parece-nos desconcertantes as assertivas no sentido de que ao interessado em contratar, quando se depara com um agente mais forte que lhe impõe programa contratual descalibrado, basta buscar outro agente do mesmo mercado²⁹⁴. O desconforto decorre justamente porque em diversos segmentos de mercado as

²⁹⁴ STJ, Terceira Turma, REsp 1102848-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi; Relator para o acórdão: Min. Massami Uyeda, j. 03.08.2010. disponibilizado em 25.10.2010. O entendimento parece ser comungado por Gerson Branco. Cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos*. In MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, 269.

práticas contratuais (ou seja, os *usos*) são homogeneizadas, de modo que as já mencionadas liberdades de escolher *com quem, o que e, em especial, como* contrata são apequenadas, de modo que restam subtraídos essencialmente os espaços de autonomia da parte interessada em contratar. Ela não terá alternativa para acessar o bem em questão, senão aceitando concluir um regulamento contratual que não contribuiu, efetivamente, para adequação a seus interesses.

É bastante recorrente que esse cenário seja experimentado em mercados monopolizados ou oligopolizados, mas não exclusivamente. Em certos mercados os *usos* reiterados findam por homogeneizar a prática de todos os participantes daquele segmento, de maneira que aqueles que desejam com eles contratar têm pouco ou nenhum poder de barganha sobre certos elementos contratuais (na maior das vezes, de grande relevância), já que todo e qualquer integrante daquele segmento apresentará a mesma estrutura, independentemente de quem figurará como sua contraparte.

Para socorrer-nos de exemplo que não se qualifica necessariamente como contrato interempresarial, tomemos, novamente, a análise das locações imobiliárias urbanas. A despeito da legislação prever como regra geral que as benfeitorias necessárias e úteis são indenizáveis e admitem o exercício do direito de retenção²⁹⁵, por se tratar de comando dispositivo, os *usos* do mercado locativo urbano cristalizaram a prática de inverter a regra geral contida na Lei do Locações Urbanas, de modo que é recorrente que os contratos estabeleçam regras diametralmente opostas, atribuindo a responsabilidade financeira por toda e qualquer benfeitoria aos locatários.

É notório que a tutela convencional das benfeitorias nas locações urbanas é de extrema relevância para o equilíbrio das contratações, já que são, com ampla frequência, levadas a efeito pelos inquilinos, seja para adequação do imóvel às suas necessidades, seja para satisfação de seu próprio uso pessoal, prática que é intimamente ligada à dignidade humana, tendo-se em conta que a moradia (ou

²⁹⁵ Lei 8.245/91, Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

mesmo o local de trabalho, quando se tratar de imóvel comercial) é ambiente que deve ser consentâneo ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos²⁹⁶.

Por essas razões, as benfeitorias não são, sequer, elemento exclusivamente patrimonial. Ao contrário, também estão intimamente ligados à satisfação, bem-estar e livre projeção da personalidade do inquilino contratante. Daí porque o regulamento contratual acerca das benfeitorias não deve, nem mesmo, ser tido como elemento exclusivamente econômico, tendo função ainda mais relevante.

Diante de tais constatações, vê-se que os *usos* homogeneizados do mercado cristalizaram prática que, no mínimo, dificulta a realização de benfeitorias no imóvel, ou descalibram o equilíbrio econômico do contrato. Assim, a partir da perspectiva proposta nesse item do presente trabalho, é preciso que a ordem jurídica reconheça efeitos jurídicos aos *usos* reiterados e amplamente adotados pelos participantes do mercado locativo. Com efeito, se praticamente todos os contratos propostos por imobiliárias e locadores invertem a regra geral contida na lei especial que rege as locações urbanas, deve o ordenamento, atento ao fenômeno social, conferir efeitos jurídicos a essa prática: reconhecer que em contratos dessa natureza há necessidade de afastamento da presunção de paridade. Uma vez mais, o controle de merecimento de tutela deste elemento do contrato (ou seja, se há justificativa econômica e conservação do equilíbrio do contrato) será analisado em momento posterior ao afastamento da presunção da paridade.

Portanto, se lei, doutrina e jurisprudência reconhecem efeitos jurídicos aos *usos* (sobretudo comerciais) para tutelar práticas reiteradas de seus agentes, a mesma lógica deve ser aplicada para que a ordem jurídica reconheça que, quando certo *uso* se torna tão reiterado e massificado que se torna elemento homogeneizado de determinadas contratações, a paridade presumida do contrato deve ser afastada, como consequência do achatamento da autonomia negocial das pessoas que desejam ou precisam acessar aquele bem. O mesmo fundamento deve ser aplicado para ambas as situações, ao efeito de que se atribua efeitos ao instituto, não somente para beneficiar os próprios agentes que as conceberam e as adotaram largamente, por sua vontade, mas também para proteger aqueles que, necessitando acessar o

²⁹⁶ Não está sequer cogitando de benfeitorias voluptuárias, mas sim as úteis e necessárias, destinadas a conservar o imóvel, de forma compatível com o porte da relação locatícia estabelecida e para assegurar uma manutenção razoável do estado em que o imóvel foi alugado.

bem em questão, têm sua autonomia negocial mitigada pela própria adoção do *uso* homogeneizado.

É preciso superar uma concepção demasiadamente protetora da lógica do mercado, cedendo espaço à interação desta com os demais valores do ordenamento. Ou seja, se os *usos* são fundamento para tutelar certas práticas do mercado, a sua adoção homogeneizada também deve produzir efeitos jurídicos, no caso, o afastamento da presunção de paridade dos contratos.

Anote-se que, na contemporaneidade, há diversos bens que são necessários à realização das pessoas e às atividades econômicas. Tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas profissionais necessitam, nos dias de hoje, acessar certos produtos e serviços para a sua própria inserção no tecido social, ou para desenvolvimento de suas atividades profissionais. Certos bens assumem cada vez mais caráter de essencialidade para que as pessoas estejam inseridas tanto na sociedade quanto no próprio mercado, conforme o caso.

Pense-se em um pequeno profissional do comércio varejista, por exemplo, uma pequena estamperia de camisas de malha. No contexto atual do mercado de comércio varejista, em especial após o início da pandemia da Covid-19, diversos agentes se viram obrigados a migrar, total ou parcialmente, para o modelo de comércio eletrônico, em detrimento das formas tradicionais de comércio e trocas²⁹⁷. Técnicas de transporte e logística sofisticadas foram concebidas e adotadas pelos agentes do mercado de *e-commerce* mais proeminentes²⁹⁸, mas a maior parte desses pequenos participantes do mercado não reúne condições de, por suas próprias forças, desenvolver o seu comércio eletrônico em nível competitivo.

Como consequência, houve explosão do mercado denominado como *marketplace*²⁹⁹, ou seja, plataformas digitais dedicadas, exclusivamente, a disponibilizar um espaço virtual aos comerciantes, para que estes comercializem seus produtos por intermédio do ambiente virtual contratado. Para além de ser

²⁹⁷ O vertiginoso crescimento do comércio eletrônico, em 2021, foi de 26,8% e atingiu quase 21 bilhões de dólares em negócios. <<https://www.insper.edu.br/noticias/brasil-fecha-o-ano-com-o-segundo-maior-crescimento-em-comercio-eletronico/>> Acesso em 30.01.2023.

²⁹⁸ Uma das técnicas que vem se desenvolvendo é a chamada *logística fulfillment*. Sua abordagem tem se popularizado entre diversos agentes do mercado de comércio eletrônico. Cf. <<https://www.escoladecommerce.com/artigos/o-que-e-fulfillment/>> Acesso em 30.01.2023.

²⁹⁹ <<https://www.infomoney.com.br/negocios/pandemia-gera-explosao-de-marketplaces-e-aumenta-disputa-por-consumidores/>> Acesso em 31.01.2023.

bastante concentrado o mercado de plataformas de *marketplace* no Brasil, a experiência prática mais recente permite a identificação de certa homogeneização dos *usos* desses participantes do mercado. Os varejistas, com poderio econômico bem distinto e reduzido frente àqueles, sendo, ainda, premente a necessidade de acessar aquele bem (a plataforma digital) sob pena de se ver alijado de seu próprio comércio, têm se deparado com programas contratuais muito similares entre agentes concorrentes entre si no mesmo mercado de disponibilização de plataformas de *marketplace*. Com isso, seu poder de escolha se revela bastante limitado, ou seja, sua autonomia negocial fulminada em seus elementos nucleares.

Não se está questionando o conteúdo do contrato celebrado em tal contexto, tampouco se está afirmando a existência de desequilíbrios violadores da ordem jurídica vigente. Contudo, não se pode negar que, em sendo confirmada a homogeneização dos *usos* comerciais dos agentes dedicados à disponibilização de *marketplace* (o que pode ser investigado a partir da análise comparativa dos instrumentos contratuais usualmente celebrados pelos principais agentes desse mercado), a presunção de paridade deve ser afastada. O controle funcional do ato, o controle sobre o abuso, como já exposto acima, é realizado em momento posterior.

Em conclusão, os *usos* reiterados em dado segmento, tendentes a homogeneizar as práticas adotadas por todos os seus participantes, deve ser fonte de deveres jurídicos, tal e qual a aplicação clássica dos usos, costumes e práticas do mercado, no sentido de atribuir a estes a qualidade de fonte de tutela a certas práticas. O efeito jurídico decorrente dessa perspectiva é o reconhecimento de que a homogeneização dos *usos* será, na seara contratual, fundamento para o afastamento da presunção de paridade.

CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico se propôs a apresentar três parâmetros interpretativos para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis, buscando-se um olhar mais atento aos poderes negociais envolvidos nos negócios, superando-se técnicas interpretativas que pouca atenção dedicaram às forças de barganha ostentadas pelas partes das relações contratualizadas qualificadas como cíveis.

É forçoso reconhecer que a presunção de paridade destes contratos, tal qual vem sendo assumida por doutrina e jurisprudência, nos contornos demonstrados nesse trabalho monográfico, se revela fonte de desequilíbrios e injustiças. Quando os contratos civis são assumidos como paritários, sem qualquer ponderação sobre os poderes negociais envolvidos no momento de arquitetura do programa contratual, mesmo quando a assimetria de forças resulta em um regulamento desequilibrado, os que mais suportam os efeitos de tal metodologia são aqueles a quem, justamente, o ordenamento deveria dedicar maior cuidado e reservar ampla proteção, na esteira do projeto constitucional de 1988: são os desmuniciados do poder de barganha, em especial o pequeno (ou fragilizado) empresário ou agricultor, o empreendedor carente de capital (afinal, qualquer empreendimento que seja depende de algum capital para se desenvolver) e o cidadão desprovido de grandes propriedades e com maior dificuldade de acesso ao capital (ou a quem esse acesso é mais caro). Todos eles findam por carregar o maior ônus da distribuição desigual de riquezas e poder, seja na já tão conhecida matéria tributária, seja também em outros setores do direito e das ciências em geral, como é o caso de contratos civis, o que parece se afastar dos valores norteadores do nosso ordenamento jurídico.

Espera-se que o trabalho que ora se conclui ofereça contribuições acadêmicas (ainda que pequenas) para um despertar dos juristas, no sentido de dedicar olhar mais cuidadoso para a presunção de paridade dos contratos civis. Questioná-la e investigá-la não significa desprezá-la, nem atribuir a ela o papel de vilã de todos os desequilíbrios e desigualdades que decorrem das atividades que envolvem troca de riquezas. Porém, é possível lançar-se uma visão mais sensível à realidade contemporânea e às formas pelas quais os poderes de barganha se articulam em torno do contrato, oferecendo-se, a partir daí, uma tutela que permita a reação do ordenamento quando a presunção legal tributar em favor da concentração

injustificada de renda e à acentuação das iniquidades, a partir do sacrifício injusto daquele contratante mais fraco, apequenado em suas forças negociais.

Se doutrina e jurisprudência se engajarem para uma análise mais criteriosa da presunção de paridade dos contratos civis, superando-se a concepção que a trata, na prática, como dogma intransponível e insuperável, é possível que contratações desequilibradas sejam freadas, o que contribuiria também para arrefecer a formação de grandes conglomerados e concentração de riquezas nas mãos de poucos. É, bem assim, a partir de uma reflexão crítica acerca da presunção de paridade dos contratos civis que o jurista pode contribuir para a realização dos fundamentos e objetivos da República enunciados na nossa Constituição, reduzindo a distância que ainda precisa ser percorrida para que deixem de ser uma mera utopia, um devaneio. É imprescindível reconhecer que quando um contrato injusto (ainda que interempresarial) é pactuado e ganha eficácia, proteção (inclusive judicial), dotado de força obrigatória, toda a sociedade suporta seus impactos, em especial os mais fragilizados no tecido social, e fica mais distante da realização do projeto emergente da Constituição. Se se admite que grande parte dos contratos que parecem merecedores do rótulo *contrato desequilibrado* derivam de disparidades dos poderes de barganha, é, pois, tempo de, dentro da legalidade constitucional, promover-se enfoque sobre as forças negociais em torno do negócio jurídico. E é, justamente, na presunção de paridade que a própria lei convida os juristas a ingressar nesse debate.

Portanto, o presente trabalho se dedicou a oferecer parâmetros interpretativos que, na presença de qualquer deles, justifique o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis. Como amplamente exposto no texto, o afastamento da presunção legal, por si só, não justifica a intervenção estatal no regulamento contratual pactuado em si. O seu efeito é, a partir do afastamento da presunção, permitir um exame mais cuidadoso do intérprete para o equilíbrio do contrato, especialmente no controle de merecimento de tutela.

Assim, o primeiro capítulo apresentou o contexto brasileiro e a perspectiva dualizada dos contratos, a partir da subdivisão entre contratos civis e contratos de consumo, perspectiva que, na análise crítica realizada neste trabalho, se revela insuficiente, deixando diversas contratações desprovidas de tutela adequada. Também foi analisado o contexto atual, inaugurado a partir do artigo 421-A do Código Civil, que expressamente abre fenda para oportuno debate da paridade

presumida e os elementos que justificam o afastamento da presunção. Por fim, abordou-se o princípio do equilíbrio contratual, que seria, em nosso sentir, fundamento jurídico para a edificação de parâmetros aptos a afastar a presunção legal.

No segundo capítulo abordou-se a superação do voluntarismo e seus reflexos na interpretação dos contratos civis. Na sequência foi apresentada a evolução do princípio da autonomia privada, abordando-se a correlação entre as noções contemporâneas desse princípio com o tema em estudo, em especial no que diz respeito aos espaços de autonomia disponíveis, demonstrando-se, em seguida, consistirem estes (os espaços de autonomia) elemento fundamental da análise da paridade negocial. Apresentou-se ainda importante distinção entre os contratos de adesão e as noções de paridade, propondo-se uma renovada abordagem, que descola os institutos (adesão e paridade), sendo sugerida uma outra perspectiva de análise da paridade negocial, a partir dos já mencionados espaços de autonomia.

Finalmente, no terceiro capítulo, foram apresentados os fundamentos que conduziram o presente estudo, sendo realizada análise da teoria italiana denominada *il terzo contratto*, que reconhece a existência de contratos civis com assimetrias, o que se coaduna com a abordagem realizada no primeiro capítulo, a par da insuficiência da classificação dualista, sedimentada em doutrina e jurisprudência brasileiras. Em seguida, foram apresentadas regras de aplicação dos parâmetros propostos, notadamente em relação a presença de um deles em ambos os polos da relação contratual e o caráter não taxativo do rol em questão. Finalmente, foram apresentados os três parâmetros para o afastamento da presunção de paridade dos contratos civis propostos por esse trabalho: dependência econômica; mercados monopolizados ou oligopolizados; e práticas contratuais homogêneas no segmento de mercado do agente de poderes negociais prevalentes.

Portanto, os parâmetros propostos podem servir como ferramenta para uma renovada hermenêutica contratual, mais atenta aos efetivos poderes articulados em torno do contrato, assumindo-se, sem receios, que o ordenamento jurídico brasileiro impõe a celebração de contratos justos. O estudo das hipóteses de afastamento da presunção legal de paridade dos contratos civis pode ser um valioso instrumento para a promoção dos valores mais relevantes do nosso ordenamento, podendo, dos debates doutrinários, emergir soluções sintonizadas ao projeto da Constituição da

República de 1988, de redução de desigualdades e de igualdade substancial, dentro da legalidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e novo Código Civil*. Revista da EMERJ, v.7, n.26, 2004.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição?* In: BENETTI, Giovana et al. (org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

_____. *Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos*. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

COURTÈS, Marc. *Dependance économique et abus de dependance économique em droit de la concurrence et em droit des contrats*. Tese (doutorado), Universidade de Montpellier I, Montpellier, 1999

DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Civil. Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Forense, 2021, E-Book.

_____. *A luta contra monopólios e cartéis: fracassos e perspectivas*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/defesa-concorrenca-luta-monopolios-carteis-fracassos-perspectivas>.> Acesso em 05.01.2023.

_____. *Poder econômico*. Jornal Folha de São Paulo. Edição de 20.08.2007. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2008200708.htm>.> Acesso em 02.02.2023

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social*. In SALOMÃO, Luis Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas e

_____. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: O que temos a aprender com o livro The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition de Jonathan Tepper e Denise Hearn*. Disponível em <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-05-13-Novas_perspectivas_para_a_regulacao_juridica_dos_mercados_O_que_temos_a_aprender_com_o_livro_The_Myth_of_Capitalism_Monopolies_and_the_Death_of_Competition_de_Jonathan_Tepper_e_Denise_Hearn_Parte_XI.pdf> Acesso em 20.01.2023

FRAZÃO, Ana; VERISSIMO, Levi Borges de Oliveira. *Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de streaming-panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais*. In Revista de Direito Econômico e Socioambiental, V.13, n.1, JAN-ABR 2022.

GARBI, Carlos Alberto. *Il Terzo Contratto – surge uma nova categoria de contratos empresariais?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais>>. Acesso em: 08.09.2021.

_____. *Os contratos paritários na Teoria Geral dos Contratos – Uma visão crítica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/335834/os-contratos-paritarios-na-teoria-geral-dos-contratos---uma-visao-critica>>. Acesso em: 08.09.2021.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de Compra e Política Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912.

IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, V.1.

KONDER, Carlos Nelson. *Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015*. Revista Opinião Jurídica, v. 14, 2017.

_____. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson; DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto. *O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora*. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 3, nov. 2016, p. 178-179.

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

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946.

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

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PARDOLESI, Roberto, *Una postilla sul Terzo Contratto*. Disponível em: <<http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>>. Acesso em: 08.12.2021.

_____. *Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*. Mercato Concorrenza Regole 3/561, 2001

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

_____. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: ESI, 2003, p. 9.

POTTER, Nelly. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. *El contrato del dos mil*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe, CUEVA, Ricardo Villas Bôas e FRAZÃO, Ana. *Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 08.12.2021.

_____. *O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão*. In *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIMÃO, José Fernando e KAIRALLA, Marcello. *A desnecessidade de uma teoria geral da obrigação empresarial e os equívocos do projeto de Código Comercial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/315377/a-desnecessidade-de-uma-teoria-geral-da-obrigacao-empresarial-e-os-equivocos-do-projeto-de-codigo-comercial>>. Acesso em: 20.12.2021

STAZI, Andrea. *La nozione di consumatore nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*. Disponível em: <<https://www.dimt.it/la-rivista/pratiche-commerciali-e-tutela-dei-consumatori/42la-nozione-di-consumatore-nella-normativa-e-nella-giurisprudenza-comunitaria-e-nazionale/>>. Acesso em: 30.11.2021

TEPEDINO, Gustavo. *Contratos empresariais na unidade do ordenamento*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, volume 3, Editorial, Jan-Mar 2015

_____. *Notas Sobre Função Social dos Contratos*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias*

contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Contratos empresariais e unidade do ordenamento*. Revista Trimestral de Direito Civil -RTDC, Editorial, ano 13, vol. 49, Jan-Mar 2012. Disponível em: <<https://ibdcivil.org.br/?p=1400>>. Acesso em: 12.05.2022.

_____. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./ set. 2014.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES e Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos: autonomia contratual*. In TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3: Contratos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde, KONDER, Carlos Nelson e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Princípios Contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019

VENOSA, Sílvio de Salvo; RUAS, Luiza Wander. *Interpretação dos negócios jurídicos e a liberdade econômica*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/314101/interpretacao-dos-negocios-juridicos-e-a-liberdade-economica>> Acesso em 30.03.2022.

VILELLA, João Batista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.3.

YAMASHITA, Hugo Tubone. *Revisão de contratos empresariais na Lei da Liberdade Econômica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan->

[03/hugo-yamashita-revisao-contratos-lei-liberdade-economica>](#). Acesso em 25/08/2021.