



COLUNA DA ABDE

## Lei da Liberdade Econômica e o comportamento oportunista dos contratantes

Com o advento da lei, intenta-se reduzir o escopo das possibilidades de intervenção no programa contratual

FABIANO KOFF COULON  
MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE  
DEMETRIO BECK DA SILVA GIANNAKOS

21/02/2020 11:18



Crédito: Marcos Santos/USP Imagens

A Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, popularmente chamada de Lei da Liberdade Econômica, veio com intuito de, dentre outros objetivos, trazer maior segurança jurídica aos negócios jurídicos civis e empresariais, no que tange à inserção do §1º do art. 113, do art. 421-A e da nova redação conferida ao art. 421, todos do Código Civil.

A força obrigatória dos contratos, comumente expressa pela locução *pacta sunt servanda*, jamais deixou de vigorar como uma das principais manifestações do princípio da autonomia privada.



## RISCO POLÍTICO

Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli antecipa o que vai acontecer em Brasília.

**CLIQUE PARA SABER MAIS**

**+JOTA** Sua organização está preparada para 2020? Com o **JOTA PRO**, milhares de profissionais antecipam o impacto de decisões judiciais no seu planejamento do ano. Entre em contato e faça um diagnóstico!

Porém, com o advento do Código Civil do 2002, observamos a consagração definitiva da aplicação, às relações privadas em geral, de princípios obrigacionais como o da boa-fé objetiva e da função social do contrato, expressos especialmente nos artigos 113, 187 e 422 (boa-fé) e 421 (função social).

Para Clóvis Veríssimo do Couto e Silva: *“O princípio da boa-fé objetiva é basicamente aplicado aos negócios jurídicos, referindo-se a deveres de conduta anexos (ao dever principal imposto pelo contrato) padronizados impostos aos contratantes, de maneira a obrarem com honestidade, lealdade, probidade, antes, durante e após a contratação, independentemente da expressa previsão contratual. Nada tem a ver, portanto, com previsão psicológica dos contratantes, intencionalidade<sup>[1]</sup>.”*

Com relação à função social, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dispõem: *“atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor*

*social da livre-iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana*<sup>[2]</sup>”.

A partir principalmente da posituação destes princípios na codificação, o Poder Judiciário passou a utilizá-los com relativa frequência para justificar a intervenção no programa estabelecido pelas partes em contratos firmados tanto entre pessoas físicas, quanto jurídicas<sup>[3]</sup>.

Tal redistribuição de ônus e obrigações por meio de remédios como a revisão, a resolução contratual ou a decretação de invalidade e/ou ineficácia de disposições contratuais, caso procedida de forma deveras idiossincrática, pode gerar, contudo, como contrapartida: 1) o desincentivo ao cumprimento das obrigações; 2) o comportamento oportunista.

Quanto ao primeiro, no momento em que a reconfiguração das obrigações entre as partes se distancie do que razoavelmente estas poderiam esperar ou mesmo almejar com a contratação, isso pode gerar um incentivo negativo ao cumprimento, aumentando os custos de transação já estabelecidos e dificultando, com isso, a realização de trocas que poderiam ser vantajosas para ambos os potenciais contratantes.

No que tange ao comportamento oportunista, o renomado economista norte-americano Oliver Williamson define-o utilizando uma célebre formulação: *“By opportunism I mean self-interest seeking with guile”*. O mesmo autor, ao conceituar o oportunismo, dispõe: *“More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse”*<sup>[4]</sup>.

Ou seja, na prática, o conhecimento por uma das partes sobre a possibilidade de decisões idiossincráticas de intervenção no programa contratual pode acabar motivando comportamentos oportunistas que comprometam o mecanismo de mercado, prejudicando a eficiência econômica e a virtude das trocas que visam a gerar ganhos esperados de bem-estar para ambas as partes envolvidas.

Com o advento da Lei da Liberdade Econômica, intenta-se reduzir o escopo das possibilidades de intervenção no programa contratual, tendo como exceção, na dicção do *caput* do art. 421-A do Código Civil, situações que apresentem elementos concretos que justifiquem o afastamento da presunção de paridade e simetria das partes.

Como exceção à regra constituída no mencionado art. 421-A, pode-se considerar os casos do contratante economicamente mais fraco e, em algumas situações, dependente do contratante mais forte (situação comumente chamada, na literatura econômica, de *hold-up contratual*).

Importante ressaltar que, diferentemente do que se encontra nas relações de trabalho e de consumo, a assimetria nas relações civis e empresariais não é presumida, pelo contrário, ela é passível de prova.

Neste ponto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto César Lukascheck Prado dispõem: “A presunção estabelecida pelo art. 421-A classifica-se como uma presunção relativa. Na presunção relativa estabelecida por Lei é fixada ‘uma relação inferencial provisória entre o fato provado e o fato presumido. Em outras palavras, o fato presumido é considerado verificado, desde que não seja produzida prova em contrário<sup>[5]</sup>”.

Portanto, a novidade legislativa vem em boa hora e preza fundamentalmente pelo respeito ao projeto contratual estabelecido pela vontade dos envolvidos em relações contratuais nas quais se presume a simetria. No entanto, existem exceções; todavia, a presença de elementos concretos que justifiquem o excepcional tratamento assimétrico deve ser provada, nos termos da lei.

---

[1] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 42.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

[3] Exemplificativamente: “APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. MULTA CONTRATUAL. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. CONTRATANTE IDOSO. DEVER DE PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO. INEXIGIBILIDADE DA MULTA, NO CASO EM CONCRETO. EXAME DE

CLÁUSULA CONTRATUAL. MATÉRIA DE FATO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA, MAS POR OUTROS FUNDAMENTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. AINDA QUE ULTRAPASSADO O PRAZO CONTRATUAL PARA QUE O CONTRATANTE DÊ PUBLICIDADE A UMA OBRIGAÇÃO INEGAVELMENTE ASSUMIDA NO CONTRATO, O INTEGRAL ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPÕE A APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, QUE DETERMINA A REDUÇÃO EQUITATIVA DA MULTA. INTELIGÊNCIA DA EXPRESSÃO “REDUÇÃO EQUITATIVA”, UTILIZADA PELO ATUAL CÓDIGO CIVIL, EM CONTRATOS COM A EXPRESSÃO “REDUÇÃO PROPORCIONAL”, ADOTA PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PROVA DE DANO. A MULTA SERIA DEVIDA EM DECORRÊNCIA DO INADIMPLEMENTO, CASO ESTE TIVESSE OCORRIDO. EMBORA A MULTA EM NADA ESTANDO RELACIONADA COM EVENTUAIS PREJUÍZOS, OS QUAIS NÃO PRECISAM SER COMPROVADOS, NÃO É EXIGÍVEL, NO CASO EM CONCRETO, POR APLICAÇÃO DA MODERNA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS, À LUZ DE SUA FUNÇÃO SOCIAL, E NÃO MAIS PELO SEU RIGORISMO FORMAL SINTETIZADO NO BROCARDO LATINO “PACTA SUNT SERVANDA”. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 2.035, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL, AO PREVER QUE “NENHUMA CONVENÇÃO PREVALECERÁ SE CONTRARIAR PRECEITOS DE ORDEM PÚBLICA, TAIS COMO OS ESTABELECIDOS POR ESTE CÓDIGO PARA ASSEGURAR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DOS CONTRATOS”, BEM COMO DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL, AO INSTITUIR QUE “A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA EM RAZÃO E NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO”. PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA CONSISTENTE NO DEVER PROTEÇÃO DO CONTRATANTE IDOSO PELA FAMÍLIA, PELA SOCIEDADE E PELO ESTADO, EX VI DO DISPOSTO NO ART. 230 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIRMARAM A SENTENÇA, SEU RESULTADO, ALTERADOS OS FUNDAMENTOS. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME”. (Apelação Cível, Nº 70064392491, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em: 25-11-2015).

[4] WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. The Free Press, a Division of Macmillan Inc, 1985, p. 47.

[5] RODRIGUEIS JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019* / coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 313.

---

**FABIANO KOFF COULON** – Advogado, Doutor em Direito pela UFRGS, Professor da UNISINOS.

**MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE** – Advogado, Doutor em Direito pela UFRGS, Professor da

UNISINOS.

**DEMETRIO BECK DA SILVA GIANNAKOS** – Advogado, Mestre em Direito pela UNISINOS.