

A MEDIDA PROVISÓRIA N. 881/2019 (LIBERDADE ECONÔMICA) E AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL

Flávio Tartuce¹

Sumário: 1. Primeiras palavras. 2. A desconsideração da personalidade jurídica: propostas de alteração do art. 50 do Código Civil. 3. Modificações do art. 421 do Código Civil: a relativização da função social do contrato. 4. A alteração do art. 423 do Código Civil, relativo aos contratos de adesão. 5. Inclusão dos arts. 480-A e 480-B no Código Civil. 6. Da inclusão do § 7º no art. 980-A do Código Civil. 7. Da criação da sociedade limitada unipessoal (art. 1.052, parágrafo único, do Código Civil). 8. Do tratamento dos fundos de investimento no Livro de Direito das Coisas do Código Civil (arts. 1.368-C a 1.368-E). Referências.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as alterações promovidas no Código Civil pela Medida Provisória n. 881/2019, em relação à desconsideração da personalidade jurídica, à teoria geral dos contratos, ao Direito de Empresa e quanto aos fundos de investimento. Além de uma análise crítica das mudanças, o artigo procura trazer sugestões para o aprimoramento dos textos legislativos, no trâmite da Medida Provisória perante o Congresso Nacional.

Palavras-Chave: Direito Civil. Direito de Empresa. Alterações do Código Civil. Medida Provisória n. 881/2019. Visão crítica e

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Professor do G7 Jurídico. Autor da coleção de Direito Civil, em seis volumes, pela Editora GEN/Forense. Autor do *Manual de direito civil*: volume único. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

sugestões legislativas.

Abstract: This article intends to analyze the changes promoted in the Civil Code by Provisional Measure n. 881/2019, concerning the disregard of legal personality, the general theory of contracts, Company Law and investment funds. Besides a critical analysis of the changes, the article seeks to bring suggestions for the improvement of the legislative texts, in the process of the Provisional Measure before the National Congress.

Keywords: Civil Law. Company Law. Amendments to the Civil Code. Provisional Measure n. 881/2019. Critical views and legislative suggestions.

1. PRIMEIRAS PALAVRAS



o dia 30 de abril de 2019, foi assinada, pelo Presidente da República, a Medida Provisória n. 881, que “institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências”.

Não se pode negar que a Medida Provisória traz propostas importantes para a sociedade brasileira, como a facilitação de práticas e a redução de burocracias para o estabelecimento de negócios no País, das mais diversas naturezas de cunho privado, premissas que defendo há tempos. Tanto isso é verdade que fiz sugestões à assessoria do Senado Federal para os projetos de lei oriundos da *Comissão Mista da Desburocratização*, atualmente em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 9.494/2018, PL n. 9.495/2018, PL n. 9.496/2018, PL n. 9.497/2018, PL n. 9.498/2018, PL n. 9.499/2018, PL n. 9.500/2018, PL n. 9.501/2018, PL n. 9.502/2018, PL n. 9.503/2018, PL n. 9.504/2018, PL n. 9.505/2018, PL n. 9.506/2018, PL n.

9.507/2018 e PL n. 9.508/2018).

Também entendo como louvável a expressa presunção de boa-fé do particular em suas negociações, como se retira do art. 2º da MP, segundo o qual “são princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória: (...). II – a presunção de boa-fé do particular”. No mesmo sentido, merece destaque o seu art. 3º, inc. V, que, ao consagrar a declaração de direitos de liberdade econômica, assegura como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica. Confirma-se, portanto e expressamente, a antiga máxima segundo a qual *a boa-fé se presume, enquanto a má-fé se prova*, o que já era reconhecido pelas páginas da doutrina civilista e pelos Tribunais brasileiros.

Porém, não obstante tais previsões, penso que a Medida Provisória apresenta sérios problemas técnicos no trato das categorias civis e nas propostas de alterações do Código Civil de 2002, como consta do seu art. 7º, razão pela qual trago aqui as minhas primeiras impressões sobre o texto e faço algumas propostas de aprimoramento, para o debate que ocorrerá no Congresso Nacional.

Não se pode negar que também é de causar grande estranheza o fato de se alterar dispositivos da codificação privada sem que exista qualquer urgência nessas modificações, nos termos do que exige o art. 62 da Constituição da República. Como se verá, muitas das alterações propostas já tinham os seus teores reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual o trâmite das modificações poderia seguir o roteiro normal das casas legislativas. Por isso, é possível sustentar até a inconstitucionalidade da MP, por vício desde a sua origem.

Esclareço que não analisarei a fundo, neste texto, questões de cunho ideológico, sendo apenas pertinente pontuar que as sugestões feitas para o Código Civil de 2002 são muito distantes dos princípios orientadores de sua elaboração, que,

segundo Miguel Reale, foram: a) a *eticidade*, com a valorização da “ética da situação” e da boa-fé, notadamente a de natureza objetiva, valorizada apenas nas últimas previsões que transcrevi; b) a *socialidade*, pelo reconhecimento da função social dos institutos civis, o que inclui a empresa, o contrato e a propriedade; e c) a *operabilidade*, pela facilitação dos institutos privados e pela busca da concretude, por meio de um sistema aberto, de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Voltarei ao tema mais à frente.

Procurarei, portanto, fazer tal abordagem com a análise comparativa dos textos propostos e os atuais, por meio de tabelas com destaques, seguidas das minhas anotações e comentários.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL

<i>Art. 50 do Código Civil. Texto original.</i>	<i>Art. 50 do Código Civil. Texto pela MP n. 881/2019.</i>
<p>“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”</p>	<p>“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica <i>beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.</i></p> <p><i>§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.</i></p>

	<p>§ 2º <i>Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:</i></p> <p><i>I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;</i></p> <p><i>II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e</i></p> <p><i>III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.</i></p> <p>§ 3º <i>O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.</i></p> <p>§ 4º <i>A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.</i></p> <p>§ 5º <i>Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.</i>”</p>
--	---

Como primeira alteração destacada, nota-se que a lei passa a possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica tão somente quanto ao sócio ou administrador que, direta ou indiretamente, for beneficiado pelo abuso, o que há tempos defendo, para que o instituto não seja utilizado de forma desproporcional e desmedida, atingindo pessoa natural que não tenha praticado o ato tido como abusivo.

Os parágrafos propostos sugerem critérios para o preenchimento dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica prevista para as relações civis em geral, consagradora da chamada *teoria maior da desconsideração*, quais sejam o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Vale lembrar, contudo,

que tais requisitos não são cumulativos, mas alternativos para que a categoria seja aplicada, quebrando-se a autonomia da pessoa jurídica perante seus sócios e administradores e responsabilizando-se os últimos por dívidas da primeira.

Quanto ao *desvio de finalidade*, a norma estabelece como requisito o elemento doloso ou intencional na prática da lesão ao direito de outrem ou de atos ilícitos, para que o instituto seja aplicado. Com o devido respeito, penso que tal previsão representa um claro retrocesso que traz grandes entraves para a incidência da categoria. Primeiro e fundamentalmente, por distanciar-se da teoria objetiva do abuso de direito, tratado pelo art. 187 do Código Civil, sem qualquer menção ao elemento subjetivo do dolo ou da culpa. A propósito da objetivação da categoria, por toda a doutrina, cite-se o Enunciado n. 37, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Adota-se, na MP, um modelo *subjetivo e agravado*, uma vez que só o dolo e não a simples culpa gera a configuração desse primeiro elemento da desconsideração. Ademais, o elemento doloso para a aplicação da desconsideração é exigido pela jurisprudência superior consolidada apenas para os casos de encerramento irregular das atividades, devendo permanecer restrito apenas a essa situação (STJ, EREsp 1.306.553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, *DJe* 12/12/2014). Por isso, a minha sugestão para o novo texto é que se retire a expressão “dolosa”, passando a prever que, “para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Sobre a *confusão patrimonial*, são parâmetros propostos pela MP para que fique caracterizada a ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus membros: a) o cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do

sócio ou do administrador ou vice-versa; *b*) a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e *c*) outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. Sobre a primeira previsão, sugiro que seja retirada a palavra “repetitivo”, eis que a confusão patrimonial pode estar configurada por um único cumprimento obrigacional da pessoa jurídica em relação aos seus membros, pois, por um ato isolado, é possível realizar um total esvaziamento patrimonial com o intuito de prejudicar credores. Com relação às demais propostas, têm a minha concordância, apesar de que o termo “insignificante” pode gerar dúvidas. Em complemento, penso que seria interessante acrescentar alguma previsão ampla a respeito da “promiscuidade de fundos” (“*comingling of funds*”), para o devido enquadramento no caso concreto de outras hipóteses de confusão patrimonial não previstas na MP.

Sobre o § 3º do art. 50, constante da alteração promovida pela Medida Provisória, seria interessante adaptá-lo ao art. 133, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, que, ao tratar do incidente de desconideração da personalidade jurídica, estabelece que “aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconideração inversa da personalidade jurídica”. A redação que consta da MP, ao prever que “o disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica”, pode trazer a falsa impressão de que não se trata da *desconideração inversa*, sendo a última categorização consolidada pela doutrina e jurisprudência, e positivada por lei anterior, razão pela qual deve ser utilizada a expressão destacada para que não parem dúvidas teóricas e práticas.

Quanto ao § 4º do art. 50, tem a minha concordância no seu mérito, ao prever que “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconideração da personalidade da pessoa jurídica”.

Na verdade, trata-se de conteúdo que já era retirado do Enunciado n. 406, aprovado na *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “a desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades”. Não se pode negar que a norma proposta traz uma obviedade, qual seja a necessidade de se observar os requisitos legais para a desconsideração da personalidade jurídica aplicada entre empresas que mantêm alguma ligação, especialmente quanto a fraudes praticadas para prejudicar seus credores. Todavia, a sua grande vantagem é a de positivar a possibilidade de ampliação de responsabilidades de uma pessoa jurídica a outra, o que configura a *desconsideração econômica, indireta* ou a *sucessão entre empresas* para as obrigações existentes no âmbito civil.

Como última mudança constante da MP a respeito da desconsideração, quanto ao § 5º do art. 50, nota-se, mais uma vez, uma valorização do elemento subjetivo para a desconsideração, ao prever que não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. Como bem anota Pablo Stolze Gagliano em comentários ao texto, “aqui, o desvio de finalidade – um dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica segundo o art. 50 – recebeu um segundo golpe (o primeiro decorreu da exigência do ‘dolo’ para a sua configuração, conforme o § 1º já analisado acima). Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a ‘alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica’, o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que ‘expande’ a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que ‘altera’ a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito”.²

² GAGLIANO, Pablo Stolze. *A medida provisória da “liberdade econômica” e a*

Na linha das palavras transcritas, a exemplo do que ocorre com a menção anterior ao dolo, a última previsão também deve receber especial atenção do Congresso Nacional, até porque o abuso da personalidade jurídica é algo corriqueiro no Brasil, com o objetivo de prejudicar credores. A par dessa realidade, a MP pode se virar contra os novos empreendedores que procurou valorizar, eis que pequenos e médios empresários poderão ter dificuldades em receber os seus créditos, notadamente frente a empresas maiores que fizeram uso da pessoa jurídica para não arcar com seus compromissos.

Acrescento, do ponto de vista prático, as dificuldades que serão enfrentadas para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica – notadamente na sua modalidade *inversa* – no âmbito do Direito de Família e das Sucessões, para os quais têm aplicação o art. 50 do Código Civil. Lembro que o elemento subjetivo foi afastado em demandas relativas a esses ramos jurídicos nos últimos anos, e a Medida Provisória traz de volta a necessidade de sua análise para a desconsideração.

Como última nota sobre o tema, quanto às fundações, que podem ser também desconsideradas, o simples desvio de seus *fins nobres*, constantes do art. 62, parágrafo único, do Código Civil, já bastaria para que o instituto seja aplicado. Sendo assim, e por tudo isso, penso que a última previsão, quanto à alteração da finalidade da pessoa jurídica, deve ser devidamente analisada e ponderada pelos deputados e senadores e, se for o caso, excluída do texto.

3. MODIFICAÇÕES DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL: A RELATIVIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Art. 421 do Código Civil. Texto anterior.	Art. 421 do Código Civil. Texto pela MP n. 881/2019.
---	--

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, *observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.*”

Com o fito de concretizar a “Liberdade Econômica” que a fundamenta, a MP n. 881 pretende modificar o art. 421 do Código Civil, consagrador do princípio da função social dos contratos. O tema foi objeto de minha dissertação de mestrado, defendida na PUC-SP, sob orientação da Professora Maria Helena Diniz, em 2003. O trabalho foi lançado como livro pela Editora Método, em duas edições, em 2005 e 2007.³ Mais recentemente, escrevi novamente sobre o tema, em coautoria com Alexandre Gomide, em obra lançada em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin.⁴ Em suma, trata-se de assunto que tenho estudado há mais de quinze anos.

Sobre o princípio em questão, Miguel Reale, responsável por inserir o dispositivo na codificação privada, pondera que “o que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à outra parte ou a terceiros”.⁵ Na sequência, o jurista cita a vedação do abuso de direito, constante

³ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

⁴ TARTUCE, Flávio; GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Função social do contrato: estado da arte nos quinze anos de vigência do Código Civil Brasileiro*. As contribuições teóricas de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵ REALE, Miguel. *Função social do contrato*. In: *História do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 267.

do art. 187 da codificação, e que também traz como norma a finalidade social dos institutos privados como parâmetro para a configuração do ilícito.

Ainda segundo ele, não se justificaria o temor então existente a respeito do princípio, no sentido de que haveria a eliminação da autonomia privada e da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*): “a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas representa um dos seus primordiais de afirmação e desenvolvimento” (p. 268). E arrematava, demonstrando a solução de equilíbrio que foi dada pela codificação de 2002: “na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência a valores coletivos, promovendo a ‘socialização do contrato’; ou, então, assume uma posição intermediária, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras e cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida de que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002”.⁶

Com o devido respeito, o texto da Medida Provisória parece ter ressuscitado *antigos fantasmas* de temor a respeito da função social do contrato, no momento em que o princípio encontrou certa estabilidade de aplicação, seja pela doutrina ou pela jurisprudência. No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, são encontrados mais de cem julgados sobre o princípio, sem que qualquer um deles tenha eliminado o *pacta sunt servanda*. Como se retira de um dos últimos acórdãos superiores, “conquanto não se possa ignorar a força obrigatória das

⁶ REALE, Miguel. Função social do contrato. In: *História do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 268.

disposições na fase de execução contratual, há de ser ela mitigada pelos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social do contrato” (STJ, REsp 1.443.135/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2018, *DJe* 30/04/2018). Geralmente, tem-se utilizado o princípio em casos de abusos contratuais, na linha das palavras de Miguel Reale antes transcritas.

A Medida Provisória também parece voltar ao *espírito individualista*, que inspirou o Código Civil de 1916, tido por muitos civilistas como superado e que foi substituído por um modelo mais intervencionista, do Código Civil de 2002. E, na realidade contratual brasileira, não se pode negar a sua vital importância, ao lado da boa-fé objetiva, para mitigar – e não eliminar – a autonomia privada e a força obrigatória, mormente em casos de desequilíbrios e abusividades praticados por um dos contratantes perante o outro. Lembro, aqui, de uma antiga lição que me foi transmitida pela Professor Álvaro Villaça Azevedo nas Arcadas: *o contrato não pode ser utilizado como instrumento de massacre contratual de uma parte contra a outra*.

Como é notório, a doutrina civilista acabou por atribuir ao princípio da função social do contrato uma dupla eficácia. Há, assim, uma eficácia interna, entre as partes contratantes (Enunciado n. 360 da *IV Jornada de Direito Civil*), como também uma eficácia externa, para além das partes contratantes, possibilitando que o contrato gere efeitos perante terceiros (Enunciado n. 21 da *I Jornada de Direito Civil*). Nas duas aplicações, muito além de ser utilizada como concretizador da dignidade humana nas relações contratuais – o que é alvo de críticas por alguns –, a função social do contrato constitui um reforço da conservação negocial, assegurando trocas úteis e justas (Enunciado n. 22 da *I Jornada de Direito Civil*).

Aplicada isoladamente, sem apoio em qualquer outro comando legal, a função social do contrato fundamenta a possibilidade de resolução do contrato por desaparecimento de sua

causa, pela frustração de sua finalidade (Enunciado n. 166 da *III Jornada de Direito Civil*). Apoiada no art. 413 do Código Civil, a função social do contrato tem sido utilizada para reduzir a cláusula penal, quando esta for exagerada e geradora de enriquecimento sem causa: “a redução da cláusula penal preserva a função social do contrato na medida em que afasta o desequilíbrio contratual e seu uso como instrumento de enriquecimento sem causa” (STJ, REsp 1.212.159/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/06/2012). Ou, mais recentemente, conforme acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, “no atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio *pacta sunt servanda*” (STJ, REsp 1.641.131/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/02/2017, *DJe* 23/02/2017).

Partindo-se para a redação proposta pela MP, o novo parágrafo único do art. 421 traz o que me parece outra obviedade, ao prever o caráter excepcional da revisão contratual dos contratos civis. Ora, não obstante a exigência dos requisitos tradicionais para a sua incidência, constantes dos arts. 317 e 478 da codificação, sabe-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe outros pressupostos para a revisão contratual, na linha do que vinha exigindo a jurisprudência do STJ, quais sejam a verossimilhança das alegações, a determinação das obrigações contratuais controversas e incontroversas e o depósito referente às últimas, sob pena de inépcia da petição inicial (art. 330, §§ 2º e 3º). Na minha leitura, a revisão contratual de um contrato civil situa-se há tempos no campo da excepcionalidade.

Por seu turno, quanto ao caráter excepcional do intervencionismo do julgador, de nada adianta colocar um único

comando no Código Civil de 2002 quando vários outros dispositivos trazem conclusão em contrário, caso do seu art. 113 – que determina a necessidade de interpretação do contrato de acordo com a boa-fé objetiva e as regras de tráfico; do art. 187 – que veda o abuso de direito, trazendo a função de controle e reativa da boa-fé objetiva e da própria função social do contrato; do art. 413 – que consagra a redução equitativa da cláusula penal; do art. 412 – que limita o valor da cláusula penal à obrigação principal; do art. 422 – que estabelece a boa-fé objetiva como princípio aplicado a todas as fases do contrato; dos arts. 423 e 424 – que protegem o aderente contratual como vulnerável da relação jurídica, impondo-se uma interpretação contratual que lhe é favorável e a nulidade de cláusulas de renúncia prévia a direito inerente ao negócio; do art. 473, parágrafo único – que estabelece a continuidade do contrato diante de investimentos consideráveis realizados pelo contratante; e do art. 2.035, parágrafo único – que consagra a função social do contrato como princípio de ordem pública; sem prejuízo de muitos outros comandos.

Para que fosse possível a consagração do *princípio da intervenção mínima do Estado* como regramento contratual determinante, e na linha do que propõe a MP, seria necessário revogar todos esses dispositivos, que formam a *espinha dorsal* da codificação de 2002 a respeito dos contratos. Na verdade, um novo Código Civil deveria ser elaborado no momento em que a Lei Geral Privada vigente está próxima de encontrar sua maturação teórica e prática. Isso somente geraria mais incertezas, inseguranças, imprevisibilidades e dúvidas no meio contratual brasileiro, em um momento em que existe certa tradição a respeito dessa norma. Não se pode negar também – eis que esse é um argumento muito importante na atualidade e que inspirou a própria MP – um grande aumento de custos diante do surgimento de um novo cenário jurídico contratual no Brasil, aplicável às relações privadas.

Tudo isso também vale quanto à submissão da função

social do contrato à “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, constante do art. 3º da MP. Em resumo, são assegurados ali dez direitos, a saber: *a)* desenvolver, para sustento próprio ou de sua família, atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de atos públicos de liberação da atividade econômica; *b)* produzir, empregar e gerar renda, assegurada a liberdade para desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, observadas as normas ambientais, as restrições do Direito Privado, incluídas as relativas à propriedade e à legislação trabalhista; *c)* não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declaradas pela autoridade competente; *d)* receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento; *e)* 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 de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; *f)* desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos; *g)* implementar, testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo

privado e restrito de pessoas maiores e capazes, que se valerá exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em hipóteses de segurança nacional, de segurança pública ou sanitária ou de saúde pública, respeitada a legislação vigente, inclusive no que diz respeito à propriedade intelectual; *h*) ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato; *i*) ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto na própria Medida Provisória, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular receberá imediatamente um prazo expresso, que estipulará o tempo máximo para a devida análise de seu pedido e que, transcorrido o prazo fixado, na hipótese de silêncio da autoridade competente, importará em aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas na lei; e *j*) arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equipará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público.

Em termos gerais, muitas das regras e orientações poderiam anteriormente ser utilizadas para fundamentar a função social do contrato. Tenho dúvidas se seria interessante colocar tais valores e direitos expressamente na lei, quando caberia à doutrina e à jurisprudência fixar tais critérios, que são voláteis e podem ser alterados de tempos em tempos, de acordo com as mudanças pelas quais passa a sociedade brasileira.

Entretanto, causa-me grande preocupação o previsto na letra *h*, constante do inciso VIII do art. 3º da MP, ao expressar que constitui direito consagrador da liberdade econômica a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, a afastar a alegação de normas de ordem pública por qualquer uma das partes. Primeiro, a norma não tem muito sentido, pois a própria função social do contrato é um preceito de ordem pública, conforme o antes citado art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002.

Segundo e principalmente, sabe-se que muitos negócios empresariais são de adesão, com conteúdo imposto por uma das partes e sem margem de negociação e estipulação do conteúdo da avença. A grande maioria dos contratos civis enquadra-se nessas situações, inclusive alguns negócios empresariais, podendo ser citadas, apenas para ilustrar, a locação imobiliária não residencial, a locação em *shopping center* ou em centros de compras (*box*), a representação comercial, a agência, a distribuição e a franquia. Por esse comando que consta da MP, a parte mais fraca economicamente da relação contratual não poderá fazer uso de normas de ordem pública que lhe socorrem contra abusos contratuais praticados pelo outro negociante, caso dos antes citados arts. 113, 187, 413, 412, 423, 424 e 473, parágrafo único, sem prejuízo de muitos outros preceitos civis. Se o objetivo da MP foi tutelar o pequeno empresário, nesse ponto a projeção distancia-se muito dos seus objetivos, pois prevalecerão os interesses de grandes empresas perante os aderentes contratuais. Assim, sugiro a total exclusão desse inciso VIII do art. 3º da MP.

Quanto à letra *e*, elogiei outrora a presunção de boa-fé do negociante. Todavia, a parte final da previsão, que reforça sobremaneira a autonomia da vontade, está distante dos principais ditames da codificação vigente, que, como é sabido, consagrou a autonomia privada, com certos limites que devem ser observados quanto à liberdade contratual. Cite-se, a esse propósito, o art. 425 do Código Civil, que possibilita a criação de contratos

atípicos, desde que observados regras e preceitos de ordem pública da própria codificação. Por isso, recomendo que seja também retirada do texto final.

Como última nota, a MP perdeu a chance de reparar os dois equívocos técnicos que ainda constam do art. 421 do Código Civil, apontados por Antonio Junqueira de Azevedo, Álvaro Villaça Azevedo e Giselda Hironaka, conforme o antigo projeto legislativo do próprio Deputado Ricardo Fiuza, responsável pela última versão da codificação privada, e com uma longa tramitação no Congresso Nacional.

O primeiro equívoco é a menção à *liberdade de contratar* – que tem relação com a parte com quem se contrata e o momento em que se negocia –, que não é limitada pela função social. No comando deveria constar a *liberdade contratual*, relativa ao conteúdo da avença, essa sim limitada pela função social que o contrato exerce. O segundo erro do preceito está na menção a ser a função social *razão do contrato*, quando essa é formada justamente pela autonomia privada. Com a redação correta, proposta pelos juristas citados, o dispositivo teria a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Talvez seja o momento de resolver esses dois problemas, uma vez que foi feita proposta de alteração do dispositivo.

4. A ALTERAÇÃO DO ART. 423 DO CÓDIGO CIVIL, RELATIVO AOS CONTRATOS DE ADESÃO

<i>Art. 423 do Código Civil. Texto anterior</i>	<i>Art. 423 do Código Civil. Texto pela MP n. 881/2019.</i>
“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”	“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas <i>que gerem dúvida quanto à sua interpretação</i> , será adotada a mais favorável ao aderente. <i>Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput,</i>

	<i>exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.”</i>
--	--

A norma trata dos contratos de adesão, aqueles em que o estipulante impõe o conteúdo do negócio, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitá-lo ou não (*take it or leave it*). O contrato de adesão contrapõe-se aos contratos paritários ou negociados, figura na qual as cláusulas negociais são debatidas amplamente pelas partes. No primeiro caso, a liberdade contratual é mais limitada do que no segundo, o que justifica a intervenção legislativa.

Apesar da coincidência entre as figuras, na grande maioria dos casos práticos o contrato de adesão não necessariamente será de consumo. Nesse sentido, o Enunciado n. 171, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, em 2004, a partir de uma proposta realizada por mim. Como é notório, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990, o contrato de consumo é aquele em que o fornecedor ou prestador, que desenvolve atividade de forma profissional, fornece um produto ou presta um serviço a um destinatário final, fático e econômico, desse objeto do negócio.

São exemplos de contratos de adesão que não se enquadram como negócios consumeristas, como regra geral, e muitos aqui antes citados: a franquia, a locação empresarial, a locação de espaços em *shopping center*, a aquisição de imóveis por empresas para fins de investimentos, os empréstimos bancários empresariais, o seguro empresarial, o transporte de cargas para a entrega dos produtos da empresa, a representação comercial, a agência, a distribuição, entre outros contratos importantes para a realidade jurídica nacional.

O Código Civil de 2002 trouxe, como uma das suas principais inovações, a preocupação de tutela do aderente como vulnerável contratual, não importando a sua posição econômica frente ao estipulante. Além da interpretação que lhe é favorável,

prevista no dispositivo em estudo, o art. 424 da codificação privada estabelece a nulidade absoluta de qualquer cláusula de renúncia prévia a direito que resulte da própria natureza do negócio jurídico celebrado.

Sobre a proposta de alteração do art. 423 do CC/2002 pela Medida Provisória n. 881/2019, é a que mais me agrada, tendo os seus elaboradores, nesse aspecto, preocupado-se com os pequenos e médios empresários, na linha do que motivou a sua elaboração. Isso, ao contrário do antes combatido art. 3º, inc. VIII, da MP, que veda a tais figuras alegar a violação a normas de ordem pública, mitigando a força obrigatória do contrato. Como destaquei anteriormente, o último preceito deve ser retirado totalmente do texto quando da conversão em lei, até porque está em conflito com o que motiva a alteração que se estuda neste momento.

Pois bem, constata-se que, na sua redação original, a codificação privada estabelecia que, “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. O texto que consta da MP, no meu entender, amplia a interpretação mais favorável ao aderente, e contra o estipulante (*interpretatio contra proferentem vel stipulatorem*), ao preceituar que, “quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”. Observe-se, pelas redações transcritas mais uma vez, que a interpretação mais favorável ao aderente não se dará apenas quando houver ambiguidade, mas em qualquer situação de dúvidas, muito além de contradição entre duas previsões, por exemplo. A norma terá incidência, por exemplo, quando a interpretação ou o silêncio de uma previsão contratual possa trazer soluções diferentes para o caso concreto. Seguindo a linha adotada pela codificação privada, em prol dos princípios da eticidade e da socialidade que o inspiraram, segundo Miguel Reale, merece elogios a proposta de alteração legislativa.

Quanto ao parágrafo único do art. 423 constante do texto da MP, tenho duas sugestões de novas redações a fazer. De início, em vez da locução “nos contratos não atingidos pelo disposto no *caput*”, seria interessante mencionar os contratos paritários, categoria muito bem definida pela doutrina e pela jurisprudência. Como segunda sugestão, também seria interessante, a fim de deixar claro o seu conteúdo, constar da parte final do comando que a análise da eventual imposição negocial seja cláusula a cláusula. Em suma, ficará esclarecido que, mesmo no contrato paritário, é possível a presença de cláusulas impostas, devendo essas, isoladamente, ser interpretadas de forma contrária a quem as elaborou.

Em resumo, o dispositivo ficaria com a seguinte redação: “Nos contratos paritários, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controversa, o que deve ser analisado cláusula a cláusula”. Com isso, penso, fica melhor redigido o comando, com os fins de tutelar o aderente contratual, na linha do que pretende a Medida Provisória.

5. INCLUSÃO DOS ARTS. 480-A E 480-B NO CÓDIGO CIVIL

No que diz respeito a tais mudanças, no dispositivo que fecha o tratamento da teoria geral dos contratos no Código Civil de 2002, deixarei de montar a tabela comparativa, pois ambos os preceitos não têm correspondentes na lei então vigente. Cumpre, contudo, destacar, em comparação, que as normas inseridas estão no capítulo que trata da extinção dos contratos, na seção relativa à resolução por onerosidade excessiva. Essa seção é composta por três dispositivos.

O primeiro deles, o art. 478, trata justamente do instituto que dá nome à seção, tendo como origem a teoria da imprevisão, que remonta à antiga cláusula *rebus sic stantibus*. Conforme o

seu teor, nos contratos de execução continuada ou diferida, aqueles com cumprimento pendente no tempo, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. A norma ainda estabelece que os efeitos da sentença de resolução retroagem à data da citação. Tem-se entendido que o dispositivo trata não só da resolução, como também da revisão dos contratos civis. Nessa linha de conclusão, o Enunciado n. 176 da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Não se olvide, como destaquei anteriormente, que a resolução ou mesmo a revisão de um contrato civil dificilmente ocorre na prática, diante da rigidez dos seus requisitos, merecendo destaque o *fator imprevisibilidade*, ou seja, a presença de um acontecimento imprevisível e extraordinário superveniente que gere a onerosidade excessiva. Em complemento, vale lembrar mais uma vez que o art. 330 do CPC/2015, em seus §§ 2º e 3º, trouxe pressupostos adicionais para a revisão contratual, quais sejam: *a)* a verossimilhança das alegações, a ser comprovada pelo autor, geralmente por perícia contábil; *b)* a determinação das obrigações contratuais controversas e incontroversas; e *c)* o depósito referente às últimas; tudo isso sob pena de inépcia da petição inicial. Reitero que, na minha leitura, a revisão contratual de um contrato civil situa-se há tempos no campo da excepcionalidade.

Seguindo no estudo dos dispositivos da seção, o art. 479 do Código Civil traz a revisão do contrato por oferecimento do réu, dentro da ação de resolução, uma vez que essa poderá ser evitada, oferecendo ele a modificação equitativa das condições do negócio. Por fim, também tratando de revisão contratual –

desde que preenchidos os requisitos anteriores –, o art. 480 estabelece que, “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. Tem-se interpretado majoritariamente o último comando no sentido de possibilitar a revisão de contratos unilaterais e onerosos, caso do *mútuo feneratício*, do empréstimo de dinheiro a juros (art. 591 do Código Civil).

Observe-se que os comandos inseridos pela Medida Provisória n. 881 não têm relação direta com o último comando. De início, pelo art. 480-A, “nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual”. O dispositivo traz como conteúdo o teor do Enunciado n. 23, aprovado na *I Jornada de Direito Comercial*, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em março de 2013: “em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual”.

Como primeira ressalva dogmática a respeito dessa inserção, está ela mal colocada na codificação pela MP, devendo estar no art. 478 do Código Civil. No que concerne ao seu conteúdo, apresento duas objeções. Primeiro, pretende-se com o dispositivo – e também com o outro que será analisado – criar um *microssistema ou microcosmo próprio* de revisão para os contratos empresariais dentro do Código Civil, o que não me parece correto do ponto de vista metodológico.

Penso que isso deve ser feito eventualmente por meio de outro caminho legislativo, que não por medida provisória, com amplo e profundo debate no Congresso Nacional. Como segunda objeção a respeito do conteúdo, entendo que pode o julgador afastar tais parâmetros objetivos para a interpretação, revisão ou até resolução do negócio, pois vejo no art. 478 e em outros comandos da codificação a natureza de norma cogente ou

de ordem pública.

Exatamente na mesma linha, as lições de Anderson Schreiber, para quem “a norma, como alguns outros acréscimos promovidos pela MP, representa inovação de pouca ou nenhuma utilidade prática: os contratantes sempre puderam, no exercício de sua autonomia privada, estabelecer parâmetros objetivos (ou subjetivos) para a interpretação dos requisitos de revisão ou resolução do contrato, nas relações interempresariais ou de qualquer outra natureza. Tal faculdade, já há muito reconhecida pela doutrina, não exclui a necessidade de um juízo concreto de merecimento de tutela para determinar, em cada caso, a compatibilidade dos parâmetros contratualmente estabelecidos com a ordem jurídica brasileira, atentando especialmente para a impossibilidade de afastamento do princípio do equilíbrio contratual. A fixação convencional de parâmetros para a interpretação dos requisitos instituídos em lei não pode, a toda evidência, conduzir à supressão dos referidos requisitos”.⁷ Por essas razões técnicas, penso que, no trâmite no Congresso Nacional, o texto deve ser retirado.

A mesma conclusão vale para o art. 480-B do Código Civil, segundo o qual, “nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida”. Trata-se de projeção de outros dois enunciados doutrinários. O primeiro deles foi aprovado na *I Jornada de Direito Comercial*, o de número 25: “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”. O outro, com redação muito próxima, da *V Jornada de Direito Civil*, é o de número 439: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil---parte-i/18342>>. Acesso em: 3 maio 2019.

fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”.

Essa última previsão constante da Medida Provisória, exatamente como foi proposta, não tem qualquer relação com a resolução ou revisão contratual, justamente porque parece que foi suprimida a primeira parte constante dos enunciados doutrinários. Assim, deveria estar nos dispositivos iniciais da teoria geral dos contratos, possivelmente entre os arts. 421 e 423. Todavia, novamente quanto ao conteúdo, não concordo com o seu teor, novamente porque não vejo como viável construir um microcosmo legislativo próprio para os contratos empresariais na codificação privada, não havendo qualquer urgência que justifique o tratamento por MP. Além disso, o Código Civil não adota o modelo de simetria ou assimetria econômica como critério para interpretação, mas, sim, o debate ou não das cláusulas contratuais, protegendo o aderente, como antes exposto. Por fim, destaco, mais uma vez, as lições de Anderson Schreiber, a quem me filio integralmente, pelas suas próprias razões:

Já o art. 480-B prevê que “nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida”. A norma é insólita. A simetria entre os contratantes é presumida em qualquer relação contratual, e não apenas em relações interempresariais. A caracterização da vulnerabilidade de um dos contratantes é que afasta tal presunção, sempre relativa. Também a parte final do dispositivo que determina seja observada a alocação de risco estabelecida pelos contratantes parece fora de lugar: tal alocação deve ser observada em qualquer espécie de relação contratual, e não apenas nas relações interempresariais. O novo artigo 480-B é ruim, pois, se interpretado *a contrario sensu*, poderia levar à conclusão de que, fora das relações interempresariais, a simetria não se presume e a alocação convencional de riscos deve ser ignorada, bem ao contrário do que deveria pretender uma assim chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Merece crítica, ademais, a tentativa de estabelecer, pela

introdução de normas não constantes da redação original da codificação civil, uma espécie de microsistema das relações interempresariais, incompatível com um código que, ao revés, unificou as relações civis e empresariais, contemplando expressamente o direito de empresa.⁸

Em resumo, concluo que, na conversão da MP, os arts. 480-A e 480-B devem ser suprimidos. Reafirmo que não há qualquer necessidade de trazer regras próprias para os contratos empresariais, quando doutrina e jurisprudência já encontram certa estabilidade, na interpretação do Código Civil de 2002, no sentido de afastar a intervenção nesses negócios, especialmente se assumirem a forma paritária.

Nesse sentido, o Enunciado n. 21 da própria *I Jornada de Direito Comercial*, com o qual concordo, após muito refletir: “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”. No mesmo sentido, o Enunciado n. 29 do mesmo evento, do qual fui um dos proponentes: “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

Da jurisprudência superior, com mesma posição, destaca-se acórdão que debateu a validade e eficácia da cláusula de duplicação do valor do aluguel no mês de dezembro em contrato de locação de espaço em *shopping center*. Conforme o seu teor, “a discussão acerca da validade dessa cláusula centra-se na tensão entre os princípios da autonomia privada e da função social do contrato. De acordo com doutrina especializada, o princípio da autonomia privada corresponde ao poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil---parte-i/18342>>. Acesso em: 3 maio 2019.

respectivos efeitos. A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como a boa-fé e a função social do contrato), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado, especialmente no plano do Direito Empresarial. O pressuposto imediato da autonomia privada é a liberdade como valor jurídico. Mediatemente, o personalismo ético aparece também como fundamento, com a concepção de que o indivíduo é o centro do ordenamento jurídico e de que sua vontade, livremente manifestada, deve ser resguardada como instrumento de realização de justiça. O princípio da autonomia privada concretiza-se, fundamentalmente, no direito contratual, por meio de uma tríplice dimensão: a liberdade contratual, a força obrigatória dos pactos e a relatividade dos contratos. A liberdade contratual representa o poder conferido às partes de escolher o negócio a ser celebrado, com quem contratar e o conteúdo das cláusulas contratuais. É a ampla faixa de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico à manifestação de vontade dos contratantes” (STJ, REsp 1.409.849/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2016, *DJe* 05/05/2016). Ao final, a cláusula foi considerada válida, preservando-se a autonomia privada.

Reafirme-se também, quanto a tais mudanças, que os quinze anos de teoria e prática trouxeram certa estabilidade para a teoria geral dos contratos prevista no Código Civil de 2002, aplicando-se o seu teor com menos intervenção nos contratos empresariais. As propostas constantes dos arts. 480-A e 480-B já têm o seu reconhecimento por doutrina e jurisprudência, não havendo qualquer necessidade urgente de introdução por Medida Provisória, afastando-se do que consta do art. 62 da Constituição Federal. Reforço que tal introdução somente pode trazer mais dúvidas e instabilidades no momento, sendo o caminho correto para o seu debate o trâmite regular no Congresso Nacional.

6. DA INCLUSÃO DO § 7º NO ART. 980-A DO CÓDIGO CIVIL

Mais uma vez não farei a análise confrontada por falta de previsão no texto original da codificação, que trata da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), incluída por força da Lei n. 12.441/2011. Na verdade, o parágrafo proposto pela MP para o art. 980-A traz como conteúdo, pelo menos em parte, o antigo § 4º, que acabou por ser vetado pela então Presidente da República. Conforme o texto da Medida Provisória, “somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude”.

As razões anteriores do veto foram motivadas pelo fato de a norma supostamente limitar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa individual, até porque não havia qualquer ressalva anterior, mesmo quanto à fraude. Conforme a mensagem de veto, “não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão ‘em qualquer situação’, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio”.

Quanto ao atual texto da MP, concordo com o seu conteúdo, com uma pequena ressalva e proposta. De fato, o patrimônio da EIRELI não se confunde com o patrimônio da única pessoa que a constitui. Todavia, a ressalva quanto à fraude deve ser ampliada, para que conste também a possibilidade de desconsideração da sua personalidade jurídica em qualquer outra hipótese prevista pela legislação. Proponho, nesse contexto, o seguinte texto para a conversão legislativa: “Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa

individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, prevista neste Código Civil e na legislação específica”.

Em suma, é imperioso reconhecer a incidência da desconsideração da personalidade jurídica em qualquer hipótese prevista no art. 50 do Código Civil ou na legislação específica, caso do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Ambiental (art. 4º da Lei n. 9.605/1998). Segue-se, assim, o teor do Enunciado n. 470, aprovado na *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, a saber: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”.

Como palavras finais sobre essa mudança, registro aqui a crítica feita por Mário Luiz Delgado, que novamente pode afastar a necessidade urgente de o tema ser regulado por MP: “a inclusão desse parágrafo era desnecessária, eis que o § 6º já dispõe sobre a aplicação à EIRELI das regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio”. O autor também defende a aplicação do art. 50 à EIRELI, mesmo com o texto da MP: “de qualquer forma, a absoluta separação patrimonial entre a empresa e o seu titular não afasta as hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil (ver Enunciado n. 470 da *V Jornada de Direito Civil*)”.⁹ As lições do jurista reforçam a minha proposta.

7. DA CRIAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPES- SOAL (ART. 1.052, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CI- VIL)

⁹ DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 668.

Ainda sobre o Direito de Empresa, a MP inclui uma nova modalidade de sociedade limitada, tratada pelo art. 1.052, segundo o qual nessa pessoa jurídica a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Conforme o novo parágrafo único, que não tem correspondente no texto então em vigor, “a sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, hipótese em que se aplicarão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

Cria-se, portanto, a *sociedade limitada unipessoal*, o que já era defendido por alguns juristas. Há uma crítica no sentido de que a inovação poderá esvaziar a EIRELI, então a única opção para a constituição de pessoas jurídicas formadas apenas por um sujeito. Chega-se a afirmar que o legislador criou um *bis in idem societário*.

Com o devido respeito a quem critica a inovação, não vejo assim. A modalidade emergente de sociedade não cria qualquer problema, apenas valoriza a autonomia privada e representa mais uma saudável tentativa de redução de burocracias para a constituição de pessoas jurídicas no Brasil. Além disso, não vejo qualquer lesão à norma de ordem pública no texto proposto pela Medida Provisória.

Como outro argumento considerável a ser levado em conta, com importante repercussão prática, observe-se que a sociedade limitada unipessoal não sofrerá restrições existentes para a EIRELI, como a exigência de capital social mínimo de 100 salários mínimos e a vedação de uma mesma pessoa intitular mais de uma pessoa jurídica dessa forma (art. 980-A, *caput* e § 1º, CC).

Somente proponho que a inovação seja introduzida em um parágrafo do art. 981, que trata das sociedades da seguinte forma: “celebram contrato de sociedade as pessoas que

reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”. Penso que esse seria o melhor enquadramento dessa nova categoria que surge.

8. DO TRATAMENTO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO NO LIVRO DE DIREITO DAS COISAS DO CÓDIGO CIVIL (ARTS. 1.368-C A 1.368-E)

Como última categoria a ser analisada neste artigo, a MP n. 811/2019 inclui tratamento do fundo de investimento nos novos arts. 1.368-C a 1.368-E, dentro do Livro de Direito das Coisas e do capítulo da propriedade fiduciária, *in verbis*:

Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no *caput*.

Art. 1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto no regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 1.368-C:

I – estabelecer a limitação da responsabilidade de cada condômino ao valor de suas cotas;

II – autorizar a limitação da responsabilidade dos prestadores de serviços fiduciários, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade.

Art. 1.368-E. A adoção da responsabilidade limitada por fundo constituído sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos ocorridos após a mudança.

Sem ter correspondente no texto anterior, não vislumbro problemas a respeito do conteúdo dos comandos em si, salvo outra anotação redacional, que proponho a seguir. Todavia, alguém que seja mais especialista do que eu pode detectar e apontar eventuais problemas objetivos nos textos legais.

Entretanto, não vejo como viável juridicamente tratar do

assunto dentro do Código Civil, notadamente no Livro de Direito das Coisas. Isso porque a codificação privada está toda fundada na ideia de que “coisa” é bem corpóreo ou material, sendo os fundos de investimento formados por bens incorpóreos ou imateriais. Nesse contexto de afirmação, penso que o instituto deveria ser tratado por lei especial. No mesmo sentido, merecem destaque as palavras de Marco Aurélio Bezerra de Melo, que também contesta a necessidade de urgência para o tratamento do tema por medida provisória:

Por fim e não menos importante é o estranhamento desta matéria tão relevante para o interesse do país ser tratada por Medida Provisória sem os requisitos constitucionais, isto é, carente da explícita relevância e urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição Federal e encartada com a sua natureza condôminial no artigo que trata da propriedade fiduciária de modo genérico.

É verdade que o instituto possui traços de negócio fiduciário (*trust*) e a comunhão de investidores pode formar um condomínio, mas deveria ganhar corpo normativo por meio de uma lei especial, nos mesmos moldes da bem-sucedida lei do fundo de investimento imobiliário (lei 8868/93), tomando-se como base este regramento e também a citada Instrução Normativa 555/14 da Comissão de Valores Mobiliários com as correções e novas tomadas de rumo que se fizerem necessárias durante o processo legislativo que, por certo, não prescindirá da oitiva da academia e dos operadores do Direito que tenham experiência prática e afinidade doutrinária com o tema.

A ideia de tratar do fundo de investimento de um modo geral por lei federal especial e conferir maior segurança jurídica ao investidor e aos administradores e gestores pode ser promissora no sentido de incremento à economia, com a geração de bens, renda e, por conseguinte, de empregos, mas é preciso que o texto da futura lei seja o resultado de rápidas, mas atentas reflexões que, por certo, trarão luzes sobre pontos não abordados nessa tentativa tímida de regulamentação.

Enfim, muito ainda há a se discutir acerca dessa temática junto ao Congresso Nacional durante a tramitação da Medida Provisória, sendo estas apenas as nossas primeiras impressões

restritas ao texto posto.¹⁰

Apesar da força das palavras, faço uma sugestão no sentido de que os fundos de investimento sejam regulados como letras do art. 49 da Lei de Fundo de Capitais (Lei n. 4.728/1965). Fiz também algumas pequenas propostas de melhora dos textos, sem que isso atinja o conteúdo das disposições:

Art. 49-A. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no *caput deste artigo*.

Art. 49-B. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto no regulamento a que se refere o parágrafo único da norma anterior:

I – estabelecer a limitação da responsabilidade de cada comunitário ao valor de suas cotas;

II – autorizar a limitação da responsabilidade dos prestadores de serviços fiduciários, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade. (NR)

Art. 49-C. A adoção da responsabilidade limitada por fundo constituído sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos ocorridos após a mudança.

Vejamos como o Congresso Nacional analisará esse tratamento, com grande relevância para os investimentos realizados no País. Como palavras derradeiras, ressalto que essas são as minhas impressões iniciais da Medida Provisória n. 881/2019, sem prejuízo de novas reflexões que possam surgir de uma análise mais aprofundada do seu conteúdo.



REFERÊNCIAS

¹⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Apreciação preliminar dos fundos de investimento na MP 881/19*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/05/03/apreciacao-preliminar-dos-fundos-de-investimento-na-mp-881-19/>>. Acesso em: 3 maio 2019.

- DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *A medida provisória da “liberdade econômica” e a desconsideração da personalidade jurídica (Art. 50, CC): primeiras impressões*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 2 maio 2019.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Apreciação preliminar dos fundos de investimento na MP 881/19*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/05/03/apreciacao-preliminar-dos-fundos-de-investimento-na-mp-881-19/>>. Acesso em: 3 maio 2019.
- REALE, Miguel. Função social do contrato. In: *História do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil---parte-i/18342>>. Acesso em: 3 maio 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- TARTUCE, Flávio; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Função social do contrato: estado da arte nos quinze anos de vigência do Código Civil Brasileiro. As contribuições teóricas de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.