

A RELEVÂNCIA SOCIAL DA CLÁUSULA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS EM TEMPOS DE CALAMIDADE, À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Por **Celso Ferreira da Cruz Victoriano**¹

Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro²

I. RESUMO

O presente artigo tem por escopo estudar a relevância social da cláusula de alocações de riscos à luz da análise econômica do direito. Desse modo, o objetivo geral é analisar a eficiência do Regime Jurídico Emergencial e Transitório, e a autonomia da Lei da Liberdade Econômica e do Código Civil. Como suas concepções de eficiência como critério de justiça podem trazer o crescimento econômico da sociedade em tempos de calamidade? Para alcançar os resultados, o estudo foi dividido em três objetivos específicos. No primeiro, analisar-se-á a cláusula de alocações de riscos sob a visão da *Law and Economics*. No segundo, a interpretação dos negócios jurídicos e da revisão contratual à luz dos artigos 113 e 422 do Código Civil. No terceiro, a alocação de riscos como uma cláusula de importância social nas relações contratuais contemporânea, além da percepção da vulnerabilidade perante a pandemia. Quanto à Metodologia, utilizou-se a base lógica Dedutiva, Indutiva e Crítica, além da técnica da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Lei da Liberdade Econômica. Alocação de riscos. Regime Jurídico Emergencial e Transitório. Análise Econômica do Direito.

SUMÁRIO: I. Introdução. II Ferramentais teóricos adotados. III. O Código Civil e a Lei da Liberdade Econômica. IV. A alocação de riscos: uma cláusula de importância social nas relações contratuais contemporânea. V. Conclusão. VI. Referências.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: celso.victoriano@tjmt.jus.br.

² Doutor de Ciências Empresariais e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA), Doutor em Ciências da Educação (FICS), Docente de Mestrado e Doutorado nos países do Mercosul.

I. INTRODUÇÃO

No limiar deste século XXI, em plena era da calamidade mundial – Pandemia, COVID-19 – a sociedade perpassa por esse momento cruel e letal, que de uma certa maneira, também afeta e ou afetará os negócios jurídicos empresariais realizados ou a realizar entre os contraentes e que necessitam de uma proteção jurídica nas suas relações negociais através dos pactos contratuais firmados.

Nessa emergência, surge a Lei da Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019, fruto da conversão da Medida Provisória n. 881/2019, que dispõe preliminarmente, a declaração de direitos de liberdade econômica e estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, alicerçada pela relevância principiológica que a norteiam, como: a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; a presunção de boa-fé do particular; e a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. Há muito a liberdade econômica é debatida por economistas e juristas mundo a fora, e com o advento da pandemia do novo coronavírus, COVID-19, a estar o país a vivenciar um período excepcional de instabilidade econômica e social, as discussões acerca do tema se acentuaram no Brasil, que sancionou, por meio da Lei n. 14.010/2020, um Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET).

O diploma emergencial apenas objetivou dar maior pacificidade, a cristalizar, em texto legal, soluções que tinham um apoio na base mais fluida de princípios e de cláusulas gerais. Daí surgem as cláusulas que amparadas pelos princípios constitucionais, realizam o seu papel na proteção aos contratantes quanto a necessidade da revisão do contrato firmado pelos mesmos. Assim, a *alocação dos riscos* como estratégia para proteger os riscos contratuais que, se ocorrerem, podem resultar num impacto negativo ou positivo aos objetivos do *contrato*. Conforme essa estratégia, ou seja, alocação dos riscos, as partes contratantes devem elaborar um instrumento contratual de forma que a parte mais capaz seja responsável pelos riscos do contrato. Seria justo? Com a era Pandêmica, as empresas foram buscar na legislação, saídas

legais para poderem apostar no crescimento dos lucros e no mercado das suas empresas.

O presente trabalho teve por foco o estudo da *cláusula da alocação de riscos*, bem como o reflexo no comportamento das empresas no tocante aos contratos firmados entre os contraentes, e na manutenção dos negócios jurídicos assegurados. A análise do tema, utilizou-se dos métodos dedutivo, intuitivo e crítico, por método intuitivo, a forma como esse *Regime* se vincula à cláusula de alocação de riscos e a posição de destaque dessa cláusula para com a economia nesse período de calamidade, e crítico ao criar questionamentos quanto aos benefícios e malefícios da atuação das empresas, frente aos contratos firmados entre os contraentes, e buscar caminhos possíveis para a solução das questões atuais. E, pelo intermédio da técnica de pesquisa bibliográfica, também contribui para este estudo.

Nesse panorama, questiona-se: a ocorrência de um evento desfavorável – risco – pode vir a onerar os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, a afetar a rentabilidade e a eficiência do instrumento contratual? Como ficaria a garantia jurídica aos contratados frente a essa cláusula de alocação de riscos em momentos pandêmicos? Quais as inovações da Lei da Liberdade Econômica para cumprir a função social e a segurança nessa relação contratual?

Por fim, dadas as circunstâncias, as normas de caráter transitório e emergencial para regulação das relações jurídicas de direito privado fixadas pela referida Lei, almeja proporcionar uma situação de equilíbrio para essas relações dentro um sistema econômico que se encontra em colapso. Enquanto da Liberdade Econômica e o Código Civil, nos remetem aos mais significativos dispositivos de preservação da autonomia privada e afastamento da interferência do Poder Judiciário na esfera das relações contratuais.

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, nota-se a revisão contratual estabelecida pelos contratantes, a análise do caso, utilizou-se da criatividade racional, para que a economia não pereça com o retrocesso que por ventura venha ocorrer, para enfrentar o atual momento pandêmico, e vencer a inevitável catástrofe que por ora se vive. Nesse cenário, o que persiste é a análise dos impactos da relevância social da cláusula de alocações de riscos celebrados na relação contratual empresarial, face a promover benefícios à sociedade em tempos pandêmicos. Será possível?

II. FERRAMENTAIS TEÓRICOS ADOTADOS

1 A cláusula de alocações de riscos sob a visão da *Law and Economics*

Buscou-se demonstrar, em primeiro lugar, por meio de estudo bibliográfico, o que é um contrato e as implicações da Lei n. 13.874/2019: Lei da Liberdade Econômica sobre essa relação jurídica. Ademais, tratar do princípio da boa-fé objetiva dentro das negociações privadas e, por *método dedutivo*, demonstrar sua relevância para a realização da interpretação do negócio jurídico, bem como a abordar a relevância do princípio da intervenção mínima do Estado, ora Poder Judiciário, nestas questões, utiliza-se da Lei n. 13.874/2019: Lei da Liberdade Econômica,³ da Lei n. 10.406/2002: Código Civil⁴ e da ótica da Análise Econômica do Direito – AED, ou *Law and Economics*. E, por conseguinte, abordar o evento da pandemia do novo coronavírus, COVID-19, e alguns de seus impactos no Brasil, bem como a sua influência para o estabelecimento da Lei n. 14.010/2020 que trata de um Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) e, por método intuitivo, a forma como esse Regime se vincula à *cláusula de alocação de riscos* e a posição de destaque dessa cláusula para com a economia nesse período de calamidade.⁵

Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira, ensinam que no dia 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria GM/MS n. 188/2020, para declarar *Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional* (ESPIN). Essa data pode ser considerada o momento em que, ao brado do *Luz, Câmera e Ação* e da batida da claquete, o vilão invisível entra em cena. Os autores ensinam que em 06 de fevereiro de 2020, nasce a Lei n. 13.979/2020 (Lei da Covid-19), que prevê medidas destinadas ao enfrentamento da situação emergencial, como a quarentena e o isolamento, Gagliano e Oliveira proferem que:

Governadores decretam medidas de restrição de circulação de pessoas e de comércio. Por exemplo, em 11 de março de 2020, o Distrito Federal já havia restringido o funcionamento de estabelecimentos comerciais para evitação da circulação e aglomeração de pessoas, conforme Decreto DF n. 40.509, de 11 de março de 2020. O Congresso Nacional, por meio do decreto Legislativo n.

³ BRASIL. *Lei n. 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, Edição Extra – B, Página: 1.

⁴ BRASIL. *Lei n. 10.406/2002, de janeiro de 2020*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Número: 8, Seção: 1, Página: 1.

⁵ BRASIL. *Lei n. 14.010/2020, de 10 de junho de 2020*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jun. 2020. Edição: 111, Seção: 1, Página: 1.

6, de 20 de março de 2020, reconhece estado de emergência pública para flexibilizar as rígidas regras orçamentárias.⁶

Gagliano e Oliveira, tecem comentários aos preceitos da Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020 (Lei da Pandemia). Informam que o Senado Federal, por meio do Projeto de Lei n. 1.179/2020, dá à luz o RJET (Regime Jurídico Emergencial e Transitório) de Direito Privado. E análise detalhada das questões de Direito Civil e Direito Processual Civil. A proposição, talhada por uma legião de civilistas - que participaram direta ou indiretamente da gestação, - esforça-se por abastecer todas as áreas do Direito Civil, desde a Parte Geral (ex.: prescrição e decadência) até a de Sucessões (ex.: prazos de inventários), a passar pela de Família (ex.: prisão civil domiciliar), pela das pessoas jurídicas (ex.: assembleias virtuais), pela das Coisas (ex.: condomínio edilício e usucapião) e pela dos contratos. Gagliano e Oliveira explicam que são duas as inspirações para a criação de uma lei emergencial e temporária: a *primeira* é da França da Primeira Guerra Mundial, pela edição da famosa Lei *Faillot* para tratar da revisão de contratos atingidos pelas contingências econômicas de uma guerra. A *segunda*, é de parlamentos de outros países, especialmente, o alemão. Que diante dos impactos da pandemia nas relações jurídico-privadas, a Alemanha editou a Lei de Atenuação dos Efeito da Pandemia da Covid-19 no Direito Civil, trata-se de uma lei transitória que flexibiliza contratos e outras figuras de direito privado em meio aos escombros de incertezas causadas pela COVID-19. Falimentar e Recuperacional. Tudo, para satisfazer desejos e socorros àqueles que se encontram em situações de riscos, e de reequilíbrio econômico e financeiro. Nesse raciocínio, o diploma emergencial apenas objetivou dar maior pacificidade, a cristalizar, em texto legal, soluções que tinham um apoio na base mais fluida de princípios e de cláusulas gerais.⁷

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. (2020). *Comentários à Lei nº 14.010: Análise Detalhada das Questões de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Disponível: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-undefined-comentarios-a-lei-no-14-010-analise-detalhada-das-questoes-de-direito-civil-e-direito-processual-civil-undefined-por-pablo-stolze-gagliano-e-carlos-e-elias-de-oliveira>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. (2020). *Comentários à Lei nº 14.010: Análise Detalhada das Questões de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Disponível: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-undefined-comentarios-a-lei-no-14-010-analise-detalhada-das-questoes-de-direito-civil-e-direito-processual-civil-undefined-por-pablo-stolze-gagliano-e-carlos-e-elias-de-oliveira>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk existe um conjunto bastante expressivo de críticas à Lei da Liberdade Econômica, a chegar ao ponto de afirmações de um modo contundente que ela já teria até mesmo nascida natimorta. Ruzyk, discorda quanto a essa percepção e, traz alguns argumentos atinente a essas críticas sobre a perspectiva principiológica que são lançadas contra a Lei da Liberdade Econômica. Sem dúvida, basta ler a Lei da Liberdade Econômica, para chegar a essa conclusão. A referida lei traz muitos problemas técnicos, muitos deles já foram adequados e aperfeiçoados pelo Congresso Nacional, que fez um bom trabalho com a contribuição de associações de juristas e colaboração individual de vários juristas de grande qualidade técnica.⁸ Ninguém duvida, que causa uma certa estranheza na norma infraconstitucional que faz uma declaração de direitos de liberdade econômica, quiçá que está na grande eloquência que não cabe em uma norma infraconstitucional, são críticas e aspectos que parecem bastante superáveis diante da relevância principiológica trazida pela Lei da Liberdade Econômica, que não traz uma verdadeira mudança em matéria, especificamente, de direito contratual, quanto aos princípios do direito contratual, o que ela faz é lançar luzes sobre uma dada leitura constitucional, especialmente, derivada do princípio constitucional da livre iniciativa, que estava até pouco tempo às sombras, aspectos que emergem da ordem constitucional que ali sempre estiveram e que precisavam ser desvelados. E a *pandemia* é sem dúvida um momento de gravíssima crise, não se sabe o ponto de vista econômico, para não falar sobre as questões pertinentes às próprias relações sociais, não se sabe sobre o ponto de vista econômico que acontecerá no *pós-pandemia*. E quem sabe? Mas de uma coisa é certa, a ordem constitucional vigente permanece sendo a ordem constitucional tanto em momentos de crise quanto em momento de normalidade. E a incerteza quanto às relações sociais é uma incógnita a respeito dos acontecimentos vindouros pós-pandêmicos. O professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, cita uma interessante fala do Ministro Luiz Edson Fachin a respeito especificamente dos temas de *Direito Constitucional da Tripartição dos Poderes da Democracia* no âmbito da crise, ele afirmava um enfoque específico nesses aspectos

⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Os impactos da Pandemia sobre a Lei da Liberdade Econômica no âmbito dos Contratos Cíveis e Empresariais* - palestra *on-line* – In Projeto: Empresa, Negócio e crise: a necessária Análise Econômica, jurídica e social. Marília-SP: PPGD – Unimar. Marília-SP: PPGD Universidade de Marília, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/ppgdunimar>. Acesso em 10 jun. 2021.

que a Constituição é uma só, não há uma constituição da crise e não há uma constituição dos tempos da normalidade, é possível transportar de raciocínio para nossa Seara do *Direito Privado* aqui no âmbito do *Direito Contratual*. O direito dos contratos, sua base constitucional não se modifica em tempos de crise, o sistema jurídico já traz um conjunto de remédios excepcionais para situação de crise, remédios estes, obviamente, devem ser compreendidos dentro de uma racionalidade constitucional. E qual é o ponto de partida para compreensão dos contratos dentro da racionalidade constitucional? O ponto de partida é o reconhecimento de que o contrato consiste na expressão jurídica de algo que antecede o direito, de algo que nasce na seara econômica. Como já ensinava Enzo Roppo dos velhos tempos e Vincenzo Roppo dos novos tempos: o contrato é simultaneamente, a cooperação econômica e o instituto jurídico é a inexorável, aumenta as duas coisas ao mesmo tempo. Como se dá a apreensão jurídica desse fenômeno do contrato? Se dá sobretudo, a partir de um grande princípio da Autonomia.⁹

Por outro lado, é notável o crescimento do estudo do direito e economia no Brasil. Abordagem inovadora, que cada vez mais tem tido avanço na análise das questões jurídicas, de forma consistente, a disciplinarização do estudo jurídico na análise econômica, que na sua essência, perpassa pela adoção de um exercício *interdisciplinar* entre o *direito* e a *economia*. Enquanto que, nos Estados Unidos, o advento e posterior domínio dessa metodologia deve ser bem compreendido em suas especificidades, tais como: (i) a política econômica americana (advento do neoliberalismo, crise fiscal, inflação e ascensão ameaçadora da indústria japonesa), (ii) a metodologia americana (e seu certo apreço a abordagens instrumentais do direito – realismo e *social science-oriented approach*, p.e.) e (iii) um sistema jurídico típico de um *common law*, em que o construtivismo jurisprudencial possui maior espaço.¹⁰

Enquanto isso, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein, prelecionam que a visão jurídica é mais objetiva, por ser a arte de regular o comportamento humano. E a Economia é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em

⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Os impactos da Pandemia sobre a Lei da Liberdade Econômica no âmbito dos Contratos Cíveis e Empresariais* - palestra *on-line* – In Projeto: Empresa, Negócio e crise: a necessária Análise Econômica, jurídica e social. Marília-SP: PPGD – Unimar. Marília-SP: PPGD Universidade de Marília, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/ppgdunimar>. Acesso em 10 jun. 2021.

¹⁰ ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em: 10 jun. 2021.

um mundo de recursos escassos e suas consequências. Pois, a Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.¹¹

Nesse prisma, José Maria de Andrade diz, mas o fato é que quando se menciona a expressão Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* (L&E) busca-se referir a um determinado método de estudo jurídico construído após o esforço inicial de alguns economistas e juristas que se valeram de técnicas econômicas neoclássicas para estudar assuntos jurídicos a partir de construtos derivados da teoria dos preços. Alguns temas já estavam bem próximos da preocupação econômica, como o direito concorrencial, regulatório e comercial; outros, contudo, pareciam mais distantes, como a responsabilidade civil, contratos, direito de família e direito processual. A origem desse movimento é identificada com o trabalho de Ronald Coase, a partir do ensaio “*The Problem of Social Cost*” e pelos estudos de Calabresi, e ganhou projeção com a pesquisa realizada na Universidade de Chicago.¹²

O autor salienta ainda que: Convém ressaltar, contudo, que o alvo de boa parte das críticas não é redirecionada àqueles primeiros estudos de Coase ou Calabresi, mas aos textos que se seguiram, notadamente o clássico *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, publicado em 1973, e isso porque a proposta passa a ser a de usar a economia como forma de aprimorar e influenciar a formação do direito, a partir da perseguição da *eficiência econômica* ou *maximização de riqueza*, o que corresponde a usar o direito como instrumento de atingimento de certas finalidades preestabelecidas.¹³

Nesse sentido, a utilização da economia como forma de aprimoração na formação do direito, na busca incessante da eficiência econômica ou a maximização de riqueza e, assim, poder utilizar no estudo em tela – alocação de riscos no contrato.

É importante registrar que a obrigatoriedade de disciplinar a alocação de riscos no contrato, de forma objetiva, expressamente, encontra-se no inciso VI, do artigo 4º, da

¹¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. *O que é Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17.

¹² ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹³ ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em 10 jun. 2021.

Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 – cotidianamente, referida como *Lei de PPP* – ou seja, alocação de riscos em contratos de parceria público-privada. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.*¹⁴

Assim, os reflexos da Lei da Liberdade Econômica e do Código Civil em relação à revisão contratual no momento pandêmico, necessitam de amparos dos princípios constitucional da livre iniciativa e o seu valor social; e o princípio da autonomia; que sem dúvida reflete na relevância a Lei da Liberdade em tempos pandêmicos. É viável informar que a obrigatoriedade de disciplinar a alocação de riscos no contrato, de forma objetiva, expressamente, encontra-se no *inciso VI, do artigo 4º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.*¹⁵

E, por conseguinte, abordar o evento da pandemia do novo coronavírus, COVID-19, e alguns de seus impactos no Brasil, bem como a sua influência para o estabelecimento da Lei 14.010/2020 que trata de um Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) e, por *método intuitivo*, a forma como esse Regime se vincula à cláusula de alocação de riscos e a posição de destaque dessa cláusula para com a economia nesse período de calamidade.

III. O CÓDIGO CIVIL E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

1. A interpretação dos negócios jurídicos e a revisão contratual à luz dos artigos 113 e 422 do código civil

Um dos instrumentos mais importantes para a realização de trocas econômicas é o contrato, que nas palavras de Luciano Benetti Timm: pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. É, assim, um meio de troca entre pessoas. E, alicerçado na autonomia da vontade das partes, quando celebrado, o contrato deve ser respeitado e cumprido de forma integral. Sendo que, tendo sido firmado

¹⁴ BRASIL. *Inciso VI do Artigo 4 da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.* Informação obtida no site: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10931477/inciso-vi-do-artigo-4-da-lei-n-11079-de-30-de-dezembro-de-2004> . Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁵ JUSBRASIL (2004). *Inciso VI, do artigo 4º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.* Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10931477/inciso-vi-do-artigo-4-da-lei-n-11079-de-30-de-dezembro-de-2004> . Acesso em: 10 jun. 2021.

por iniciativa das partes, depreende-se, ou ao menos pressupõe-se a inadmissibilidade de intervenção externa a fim de alterar o que foi pactuado entre os contratantes.¹⁶

Neste sentido, resultante da Medida Provisória 881/19, têm-se a Lei da Liberdade Econômica que corrobora com a ideia da intervenção Estatal de modo excepcional e limitada nos contratos. Conforme a Agência Câmara de Notícias,¹⁷ o objetivo da nova lei é reduzir a burocracia nas atividades econômicas e facilitar a abertura e o funcionamento de empresas. Portanto, a cumprir com este papel, a Lei da Liberdade Econômica afetou diretamente o Código Civil de 2002 no que tange os Contratos em Geral, conferindo nova redação ao artigo 421, e, também, a acrescentar um parágrafo único que estabeleceu, de forma taxativa, o novo princípio da intervenção mínima do Estado, veja-se:

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.¹⁸

Nota-se no *parágrafo único* o estabelecimento de dois novos princípios, quais sejam: o da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais privadas e o da excepcionalidade da revisão contratual de forma externa às partes. E, apesar de estes novos princípios serem de suma importância para assegurar maior autonomia para as relações contratuais, no *caput* do artigo 421 se encontra o ponto crucial para o firmamento dessa autonomia, uma vez que ele submete os limites inerentes à *função social do contrato* aos termos da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ou seja, à Lei da Liberdade Econômica. E isso é tão relevante pelo fato de esta lei ter alterado, também, a redação do artigo 113 do Código Civil, a inserir *os parágrafos 1º e 2º, e o artigo 421-A, incisos I, II e III*, antes não existentes, que dispõem o seguinte:

¹⁶ TIMM, Luciano. *Direito e economia no brasil*. Editora Foco. 1ª Edição, 2019, p. 159.

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Bolsonaro sanciona a Lei da Liberdade Econômica*: lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/588685-bolsonaro-sanciona-a-lei-da-liberdade-economica/#:~:text=O%20presidente%20Jair%20Bolsonaro%20sancionou,da%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20881%20F19.&text=O%20objetivo%20da%20nova%20lei,e%20o%20funcionamento%20de%20empresa>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406/2002, de janeiro de 2002*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Número: 8, Seção: 1, Página: 1.

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: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - For confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - Corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - For mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - Corresponder à qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

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:

I - As partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

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.¹⁹

Anteriormente à essas alterações, o princípio da função social do contrato, fixado no *caput* do artigo 421 do Código Civil, prevalecia de modo muito subjetivo, o que permitia ao Estado, ora Poder Judiciário, intervir quase que irrestritamente nas relações contratuais. Deste modo, a inclusão do *artigo 421-A* e seus incisos no Código Civil restringiu o poder de intervenção do Estado, uma vez que a revisão contratual passou a assumir caráter de *excepcionalidade*.

E, não apenas o artigo 421-A, mas os parágrafos 1º e 2º do *artigo 113 do Código Civil*, que tratam do *Negócio Jurídico*, foram perfeitamente incluídos no intuito de condicionar o Poder Judiciário a um papel secundário, a fazer protagonizar o princípio do *pacta sunt servanda*, do Latim '*acordos devem ser mantidos*'.

Portanto, por intermédio da *Lei da Liberdade Econômica*, o Poder Judiciário ofuscou-se frente às relações contratuais privadas. Pois proporcionou às partes

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406/2002, de janeiro de 2002*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Número: 8, Seção: 1, Página: 1.

contratantes a liberdade de estabelecer os parâmetros objetivos para interpretação das cláusulas contratuais, bem como a possibilidade de definir a alocação dos riscos a que cada uma estará sujeita, o que indiretamente incumbiu às partes maior responsabilidade, tanto no momento de elaboração do instrumento contratual, qual seja o contrato, quanto no momento da sua execução.

Destarte, a limitação do Poder Judiciário sobre tais questões em face da delegação de maior responsabilidade às partes contratantes, vem de encontro com a realidade de um sistema onde a resolução de conflitos via judicial culmina em processos judiciais longos e dispendiosos, o que torna a *Lei da Liberdade Econômica*, juntamente com os seus desdobramentos dentro do *Código Civil*, mecanismos eficientes para atenuar a judicialização de conflitos contratuais e reduzir a demanda do Poder Judiciário com litígios desta natureza.

Acerca da interpretação dos negócios jurídicos, sua base principiológica está no princípio da boa-fé, a ser que este princípio se apresenta sob duas vertentes, quais sejam a da boa-fé subjetiva e da boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva analisa a intenção do agente, mais especificamente, se existe/existiu a sua boa intenção para com o negócio jurídico firmado, observando, assim, a ocorrência da ignorância/desconhecimento do agente sobre o defeito presente no negócio jurídico, enquanto a boa-fé objetiva, analisa a conduta do agente, que deverá ser pautada nos deveres da honestidade, lealdade e cooperação, conforme preconiza os *artigos 422 e 113, inciso III, do Código Civil*.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, a *boa-fé objetiva*, parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, a levar em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a *boa-fé objetiva* se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.²⁰

Portanto, ao falar em análise de conduta do agente envolvido na relação jurídica como fundamento do princípio base de interpretação do negócio jurídico, é, também, falar em sociedade e de seus padrões sociais comuns estabelecidos e reconhecidos para cada caso concreto. A ser que essa análise do contexto social para a constatação da presença do princípio da boa-fé na relação contratual é uma ideia que pode ser

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 409.

depreendida, inicialmente, do artigo 113 do *Código Civil*, quando dispõe em seu *caput* que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos do lugar de sua celebração.

Ademais, com o advento da Lei da Liberdade Econômica, a nova redação atribuída ao artigo 113 do *Código Civil* instituiu em seu *parágrafo 1º, incisos I a V*, o sentido pelo qual o negócio jurídico deve ser interpretado. Sentido este que, nitidamente, trará à revisão contratual uma interpretação de cunho social de forma explícita, a poder ser vista como desdobramento do *princípio da boa-fé*, uma vez que deverão ser analisados o comportamento das partes posterior à celebração do negócio e os usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio de cada caso.

Ainda no artigo 113 do *Código Civil*, o *parágrafo 2º* instituiu autonomia às partes para pactuar as regras de interpretação do seu contrato, bem como de preenchimento de lacunas e de integração. Contanto que diversas das regras já previstas lei e, sabendo que, independentemente das regras pactuadas entre os contratantes, para a interpretação do negócio jurídico irá prevalecer o que for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável e, também, o que seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração artigo 113, *incisos IV e V*, do *Código Civil*, para que persevere o *princípio do equilíbrio contratual*, que embasa a *possibilidade da revisão contratual*. A realizar, assim, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

IV. A CLÁUSULA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: UMA CLÁUSULA DE IMPORTÂNCIA SOCIAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEAS

1. Percepção da vulnerabilidade perante a pandemia

Destarte, a ser o contrato um meio de trocas econômicas entre as pessoas, não há como se falar em contratos sem abordar o contexto econômico no qual essas transações se dão, qual seja o da economia de mercado combinada à economia orientada. A essa combinação de modelos econômicos dá-se o nome de economia mista. A Economia é uma ciência que se centra na análise da alocação de recursos, e a

partir dessa ciência é que são fundamentadas e tomadas as decisões acerca desses recursos, no sentido de empregá-los de modo mais eficiente individual, empresarial e socialmente falando. Por conseguinte, a economia de mercado pode ser entendida como um sistema de alocação de recursos marcado pelo predomínio da iniciativa privada, sendo essa a iniciativa que deverá ditar o ritmo do mercado. Essa estratégia econômica visa intensificar a geração de lucros e o acúmulo de riquezas. E, a considerar que no sistema da economia de mercado toda a economia está centrada no comércio, preconizou-se inicialmente a ideia de uma intervenção mínima do Estado na economia, ainda que em tempos de crise e de instabilidades sociais e econômicas, sendo essa ideia regida pelo *liberalismo*, o que posteriormente não se sustentou. Nota-se:

Liberalismo é uma filosofia política e moral baseada na liberdade, consentimento dos governados e igualdade diante da lei. Os liberais defendem uma ampla gama de pontos de vista, dependendo da sua compreensão desses princípios, mas em geral, apoiam ideias como um governo limitado, direitos individuais (incluindo direitos civis e direitos humanos), livre mercado, democracia, secularismo, igualdade de gênero, igualdade racial, internacionalismo, liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade religiosa.²¹

Percebe-se no neoliberalismo:

Neoliberalismo é um conceito cujo uso e definição têm sofrido algumas alterações ao longo do tempo. Na década de 1930, neoliberalismo tratava-se de uma doutrina econômica que emergiu entre acadêmicos liberais europeus e que tentava definir uma denominada "terceira via" capaz de resolver o conflito entre o liberalismo clássico e a economia planificada coletivista. Este desenvolvimento remontou ao desejo de evitar a repetição das falhas econômicas que deram origem à crise de 1929, cuja causa era atribuída principalmente à política econômica do liberalismo clássico. Nas décadas posteriores, a teoria neoliberal tendeu a divergir da doutrina mais *laissez-faire* do liberalismo clássico, promovendo, em vez disso, uma economia de mercado sob a orientação e regras de um estado forte - modelo que viria a ser denominado economia social de mercado.²²

Com o advento do neoliberalismo, a ideia passou a ser de que mesmo a ser necessária uma intervenção mínima do Estado, nos casos de crise e instabilidades sociais e econômicas o Estado poderia vir a intervir. Nesse diapasão, a economia orientada acentua essa lógica mais intervencionista, pois remete a ideia de que a

²¹ LIBERALISMO. In: *Wikipedia: thefreeencyclopedia*. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Liberalismo>. Acesso em: 22 set. 2020.

²² NEOLIBERALISMO. In: *Wikipedia: thefreeencyclopedia*. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Neoliberalismo>. Acesso em: 22 set. 2020.

economia deve ser planejada, a fazer emergir assim a interferência estatal na economia sob a imagem de um estado regulador. A existir economistas que defendem a ideia de que a eficiência das decisões acerca da alocação de recursos depende das regulamentações de mercado. Deste modo, a *economia mista* pode ser classificada como um arranjo econômico que mistura capitalismo (economia de mercado) e socialismo (economia orientada).

Portanto, a Economia e o Direito se relacionarão em diversas questões, posto também que os sistemas jurídicos se debruçam nos fatores que determinam o desempenho econômico, bem como o desempenho econômico gera efeitos sociais a ele relacionados, chamados *efeitos socioeconômicos*. A ser que, um deverá intervir no outro no sentido de cooperação, para atingir o equilíbrio econômico-social desejável. E ainda neste cenário as regulamentações devem se dar de forma a garantir o menor nível de interferências do Poder Judiciário, sob pena da ineficiência das transações econômicas. Desta feita, será possível observar a relação direito-economia ao adentrar a esfera contratual, uma vez que a Teoria dos Contratos, ou Teoria Geral dos Contratos, é uma área da Economia que se relaciona com o Direito, ao ponto que estuda os arranjos contratuais que podem ser elaborados. Deste modo, é evidente que as questões que envolvem os contratos transcorreriam pela Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por *Law and Economics*, que nas palavras do professor e advogado José Maria de Andrade, nada mais é senão um método de estudo jurídico construído após o esforço inicial de alguns economistas e juristas que se valeram de técnicas econômicas neoclássicas para estudar assuntos jurídicos a partir de construtos derivados da *teoria dos preços*.²³

Outrossim, o contrato é um instrumento essencial para a gestão da economia, e será pactuado apenas em havendo interesse/vontade das partes em fazê-lo, ou seja, as partes precisam se beneficiar de alguma forma, ou ao menos não piorar a sua situação inicial com determinada troca econômica ou, caso contrário, não existirá razão de ser do contrato, uma vez que ninguém em seu juízo perfeito deseja pactuar uma troca econômica que o prejudique. Para tanto, o ideal é que o contrato venha a garantir melhorias, tanto às partes como ao mercado, e conseqüentemente à sociedade. Contudo, se não observada também a variação na situação de terceiros ocasionada

²³ ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em 10 jun. 2021.

pelas consequências dessas transações, que são as chamadas de externalidades, os contratos podem se tornar ineficientes, pois as liberdades em contratar estão limitadas à condição social. Portanto, ao perturbar o bem-estar social que também é conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. o contrato afetará negativamente a economia, gerando falhas de mercado. Entretanto, a negociação para a resolução dos conflitos dele advindos devem se dar sem intervenção do Estado, pois as soluções alcançadas por meio do acordo entre as partes serão as socialmente eficientes.²⁴

Quem abordou essa temática foi o economista britânico Ronald Harry Coase, em sua obra de 1960, *O Problema do Custo Social*, onde observou que na presença de externalidades, as soluções para estes impasses deverão ser obtidas por meio da negociação privada, ou seja, *sem a intervenção estatal*, isto porque a solução alcançada por meio da negociação entre as partes será a mais eficiente do ponto de vista econômico-social por ser menos custosa, ideia que preconiza ao dizer o seguinte: claro está que o governo tem ao seu dispor poderes que fazem com que consiga algumas coisas a um custo menor do que poderia fazer uma organização privada (ou, em qualquer nível, alguém sem poderes governamentais). Mas, a máquina administrativa governamental não funciona, per se, sem custos. Ao reverso, pode ser, em algumas situações, extremamente custosa. Outrossim, não há razão para se supor que os regulamentos restritivos e de zoneamento, realizados por uma falível administração submetida a pressões políticas e que opera sem o peso da concorrência, será, necessariamente, o potencializador da eficiência com a qual o sistema econômico opera.²⁵

Neste sentido, as negociações privadas devem predominar sobre a intervenção estatal para a resolução de conflitos decorrentes dos contratos, a caber ao Estado apenas intervir juridicamente a fim de realizar a correção de ineficiências que surgirem

²⁴ ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em 10 jun. 2021.

²⁴ UOL (2020). *Estado do bem-estar social*. Disponível: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 23 set. 2020.

²⁵ COASE, Ronald. *O problema do custo social*. *The Journal of Law & Economics*, v. III, outubro de 1960, p. 15. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

em função das falhas de mercado, na economia, a falha de mercado é uma situação na qual a alocação de bens e serviços por um mercado livre não é eficiente, frequentemente a levar a uma perda líquida de *bem-estar social*. Os fracassos do mercado podem ser vistos como cenários em que a busca individual de puro interesse próprio leva a resultados que não são eficientes - que podem ser melhorados do ponto de vista da sociedade.²⁶

Ademais, a partir da Lei da Liberdade Econômica, emerge a possibilidade da cláusula de alocação de riscos dentro dos contratos, onde as partes envolvidas na relação contratual ficam livres para alocar os riscos que cada contratante deve suportar. A dever esta pactuação ser respeitada pelo Estado, a solidar a autonomia da vontade. A possibilidade da alocação de riscos dentro dos contratos civis e empresariais prevista no *inciso II do artigo 421-A do Código Civil*, traz ao negócio jurídico a ideia de antecipação da interpretação da alocação de riscos, que viria a ser feita, eventualmente, pelo Poder Judiciário. Ou seja, a referida cláusula faz evitar a interferência do Poder Judiciário nas questões privadas, como é o ideal desejável.

Deste modo, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez pactuada a distribuição dos riscos para cada parte envolvida no negócio jurídico, elas ficam condicionadas ao seu devido cumprimento sem que logrem êxito no caso de uma eventual judicialização do contrato para solucionar conflitos relacionados à *cláusula de alocação de riscos* estabelecida entre as partes. Isto porque, além de estar instituído na própria redação do *inciso II do artigo 421-A do Código Civil* que o Poder Judiciário deverá respeitar e observar a cláusula de alocação de riscos pactuada, ir à juízo recorrer acerca dessa cláusula, tendo em vista que as partes consentiram por ela e por consequência assumiram a responsabilidade pelos riscos delimitados, faria recair sobre essa situação o comportamento contraditório, do qual trata o *inciso I do artigo 113 do Código Civil*, a fazer com que seja caracterizada *má-fé* de quem dela recorrer.

Nas palavras de Arthur Villamil Martins: do ponto de vista contratual, o risco está relacionado com a probabilidade de *acontecimentos futuros e incertos*, não causados

²⁶ FALHAS DE MERCADO. In *Wikipedia*. Thefreeencyclopedia. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Falha_de_mercado. Acesso em: 23 set. 2020.

pelas partes, que possam prejudicar o cumprimento das obrigações contratuais de um ou mais contratantes.²⁷

Portanto, bem como as empresas necessitam realizar *mapas de risco*, é uma representação gráfica de um conjunto de fatores presentes nos locais de trabalho, capazes de acarretar prejuízos à saúde dos trabalhadores: acidentes e doenças de trabalho. Tais fatores têm origem nos diversos elementos do processo de trabalho (materiais, equipamentos, instalações, suprimentos e espaços de trabalho) e a forma de organização do trabalho (arranjo físico, ritmo de trabalho, método de trabalho, postura de trabalho, jornada de trabalho, turnos de trabalho, treinamento, etc.) para determinar o conjunto de fatores de riscos presentes nos locais de trabalho a fim de preveni-los, os contratos a conter cláusula de alocação de riscos também deverão mapear e distribuir, em cada caso e tipo de negócio, quais os riscos que cada parte deverá suportar, a fim de aumentar a eficiência contratual e evitar a judicialização do contrato por meio de uma ação de revisão contratual fundamentada na *teoria da imprevisão* e onerosidade excessiva.²⁸

Para tanto, os modelos de contratos prontos que há muito são copiados e colados em diversas situações, passarão a ficar obsoletos. Pois, tanto as partes, como seus respectivos advogados deverão se ater, de forma minuciosa, às possibilidades de riscos eventuais acerca do negócio em questão. O que, dadas as circunstâncias, fará com que os advogados se atenham e entendam cada vez mais, de forma mais completa e profunda possível, sobre os negócios de seus clientes, a fim de que redijam um *contrato com alocação de riscos* mais adequadas para os negócios de seus clientes e evitem a judicialização de conflitos futuros, caso ocorram.

Neste íterim, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a cláusula de alocação de riscos, a Lei da Liberdade Econômica compactua com a lógica de Coase ao afirmar que as soluções para os conflitos alcançadas por negociação privada serão as socialmente eficientes e que as soluções alcançadas se a utilizar da intervenção Estatal *serão mais custosas*. Nesse ímpeto, a Lei da Liberdade Econômica fez, também,

²⁷ MARTINS, Arthur Villamil. (2018). *Empresas devem definir alocação de riscos em contratos*. Disponível em: <https://villamiladvogados.com/artigos/empresas-devem-definir-allocacao-de-riscos-em-contratos/>. Acesso em: 18 set. 2020.

²⁸ MAPAS DE RISCOS. In *Wikipedia*. Thefreeencyclopedia. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Falha_de_mercado. Acesso em: 20 set. 2020.

garantir que a intervenção estatal será mínima e a sua atuação se dará de modo excepcional *artigo 421-A, inciso III, do Código Civil*.

Desta feita, na alocação de riscos as partes mapearão e distribuirão os riscos atinentes ao objeto do contrato pactuado, de forma a maximizar a sua eficiência, isto porque os riscos deverão ser distribuídos de forma que sejam criados incentivos às partes para proteger a relação contratual, a minimizar assim as chances de ocorrência de eventos que prejudiquem o cumprimento das obrigações contratuais.

Acontecimentos futuros e incertos, são eventos que ainda estão por vir, mas não se sabe ao certo quando. E sobre eles, a cláusula de alocação de riscos, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), instituiu que a probabilidade da ocorrência destes acontecimentos poderá ser discutida entre as partes para que possam estabelecer em contrato os encargos que cada contratante deverá suportar no caso da sua ocorrência. Para tanto, já cientes da relevância da autonomia das partes em barganhar entre si a fim de encontrar a solução para seus impasses, na presença de eventos que perturbem o equilíbrio da ordem econômica-social, a intervenção Estatal far-se-á necessária, ao contrário do ideal que se é desejável. Ao ponto que a eficiência das negociações privadas está relacionada à eficiência do mercado, e em a haver discrepâncias em relação ao ideal de um mercado competitivo, as negociações poderão acarretar numa perda líquida de bem-estar social. O que nos remete aos acontecimentos vivenciados no país atualmente.

Tendo no ano de 2019 ocorrido uma *pandemia mundial*, qual seja a do novo coronavírus, COVID-19, o Brasil passou a vivenciar um período excepcional de instabilidade econômica e social. O que fez surgir a necessidade da promoção de medidas governamentais a fim de restaurar o equilíbrio econômico-social e preservar a vida dos cidadãos brasileiros. A pandemia da COVID-19 não ocasionou no Brasil apenas uma crise de *caráter sanitário*, mas, também, uma crise de *caráter econômico e político*, o que fez ser decretada a ocorrência de estado de *calamidade pública*, por governantes em situações reconhecidamente anormais, decorrentes de desastres *naturais ou provocados* e que causam danos graves à comunidade, inclusive a ameaçar a vida dessa população. É preciso haver pelo menos dois entre três tipos de danos para se

caracterizar a calamidade: *danos humanos, materiais ou ambientais*, no país *Decreto Legislativo nº 6 de 2020*²⁹.

Segundo a Folha de São Paulo, já no primeiro trimestre de 2020, o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro caiu 1,5%, e muitas empresas passaram a operacionalizar com falta de liquidez, de modo parcial, ou fecharam suas portas por ser financeiramente inviável a abertura do seu negócio de forma restringida ou então *declararam falência*. E isso se deu, não apenas em virtude da pandemia, mas também como desdobramento das próprias medidas impostas pelos poderes municipal, estadual e federal para enfrentá-la. A exemplo têm-se o *Decreto nº 40.939, de 02 de julho de 2020*, que suspendeu o funcionamento de boates e casas noturnas, sem mencionar os outros inúmeros decretos, ora já revogados, que suspenderam ou inviabilizaram o funcionamento de tantos outros estabelecimentos comerciais a fim de se evitar a circulação e/ou a aglomeração de pessoas. Ademais, o país encontra-se a vivenciar um cenário caótico de quedas consecutivas nas bolsas de valores, de impactação negativa das atividades produtivas, a ter registrado mais de cem mil mortos e com um isolamento social em massa, que é o caso da quarentena. E foi sob esta realidade que se consolidou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) instituído por meio da Lei 14.010/2020, sancionada diante da vulnerabilidade e instabilidade ocasionada no país pelo evento da Pandemia.³⁰

O Regime Jurídico Emergencial e Transitório dispõe de normas de caráter transitório e emergencial para regulação das relações jurídicas de direito privado, que atuarão durante o período da pandemia da COVI-19. E, cientes também de que a pandemia não foi um evento do qual se tinha previsão, este acontecimento afetou basicamente todos os ramos do Direito Civil sem que a legislação estivesse preparada para o ocorrido, a fazer com que o governo passasse a enfrentar enormes dificuldades para a determinação e tomada de medidas eficazes para enfrentamento do novo vírus e que fossem capaz de estabilizar a situação da crise sanitária juntamente com a situação da crise econômica agravada no país. O que também se deu em vista do pouco

²⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *(In) segurança jurídica em épocas de Covid-19*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/06/juridicidade-combate-pandemia/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³⁰ FOLHA DE SAO PAULO. *PIB do Brasil cai 1,5% no 1º trimestre, início da pandemia, segundo IBGE*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2020/05/pib-do-brasil-cai-15-no-1o-trimestre-inicio-da-pandemia-segundo-ibge.shtml>. Acesso em: 21 set. 2020.

conhecimento científico acerca da COVID-19. Neste ímpeto, a Lei nº 14.010/2020 buscou socorrer a todos os ramos do direito com suas regulamentações que perpassaram pelos títulos da prescrição e decadência (Capítulo II), das pessoas jurídicas de direito privado (Capítulo III), da resilição, resolução e revisão dos contratos (Capítulo IV), das relações de consumo (Capítulo V), das locações de imóveis urbanos (Capítulo VI), do usucapião (Capítulo VII), dos condomínios edilícios (Capítulo VIII), do regime concorrencial (Capítulo IX), e do direito de família e sucessões (Capítulo X), isto porque não se tem um único problema, mas vários problemas que possuem uma origem em comum.

Portanto, tendo a *pandemia* fragilizado a forma em que se dá as relações jurídicas de direito privado, o *Regime Jurídico Emergencial e Transitório* apareceu no sentido de atenuar as consequências econômicas e sociais a advir da pandemia, regulando essas relações a fim de que os contratos sejam preservados mesmo durante esse difícil período e para que o processo de solucionar as questões e litígios de várias ordens e graus de complexidade que então emergiram, seja realizado de forma *razoável e justa*.

Deste modo, a considerar que as regulações realizadas pelo RJET trabalharam no sentido de corrigir/atenuar as falhas de mercado existentes, foi possível fazer protagonizar novamente a inovação trazida pela *Lei da Liberdade Econômica*, a *cláusula de alocação de riscos*, como a ser o artifício para a preservação e não judicialização dos contratos, bem como de se encontrar as soluções socialmente eficientes para os impasses sobre a relação contratual. A fazer ainda evidenciar o princípio da boa-fé e cooperação contratual. Isso porque, diante do cenário provocado pelo *coronavírus*, a valer do artifício da *alocação de riscos*, as partes envolvidas na relação contratual puderam se ater de forma mais ardente ao dever da *cooperação*, de ser *solidários*, não se a restringir a um objetivo individual, mas a dirigir a um interesse em comum, afim da preservação do contrato. E isso pôde ser evidenciado de forma concreta quando, a ter sido afetados os vários setores da economia brasileira pelos acontecimentos supracitados, as partes envolvidas na relação contratual passaram a distribuir os riscos inerentes ao objeto do seu contrato de forma a gerar incentivos para que, mesmo dadas as possibilidades de acontecimentos futuros e incertos, as prestações relativas ao contrato pudessem e fossem cumpridas, haja visto que sobre essa negociação não há que se falar em *intervenção judicial*.

Nesse sentido, é imperioso dizer que ainda não é possível precisar o que se sucederá *pós-pandemia*, política ou economicamente a falar. Pois, a *pandemia* é sem

dúvida um acontecimento de grande impacto social, e analisar as suas consequências enquanto ainda a vivenciamos é uma árdua tarefa. Principalmente ao considerar que seus desdobramentos resvalaram diretamente na legislação brasileira, que esteve a todo momento a fornecer novas informações e a emitir novos comandos em face da *pandemia*. E isso pode ser constatado ao se observar os inúmeros *decretos* emitidos e revogados e os novos *projetos de lei e medidas provisórias* aprovadas acerca da problemática na tentativa de amenizar os impactos que se sucederam e, especificamente na esfera dos *contratos*, foram a causa de diversas situações em que o cumprimento do contrato se tornou impossível ou ao menos extremamente oneroso para as partes. Para tanto o Capítulo IV do RJET deixou a encargo dos operadores do direito escolher entre revisar, resolver ou resilir estes contratos. Apesar de que, observa-se a melhor decisão acerca dos contratos deve ser pela negociação privada.

V. CONCLUSÃO

Diante do exposto neste artigo, constata-se que: em plena era da calamidade mundial – Pandemia, COVID-19 – a sociedade brasileira perpassa por esse momento trágico e cruel, que afetou e ou afetará os negócios jurídicos empresariais e nessa emergência, surge a Lei da Liberdade Econômica, que dispõe preliminarmente, a declaração de direitos de liberdade econômica e estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, alicerçada pela relevância principiológica que a norteiam, como: a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; a presunção de boa-fé do particular; e a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

Nota-se que o mundo neocapitalista não se dispõe a redução da produção e nem mudança do estilo de vida consumerista em defesa, principalmente, dos consumeristas, a ser assim, o risco na relação contratual, que, na era pandêmica, exige novos olhares e atitudes flexíveis neste momento de força maior. O que persiste é a análise dos impactos da relevância social da cláusula de alocações de riscos celebrados na relação contratual empresarial, face a promoção dos benefícios à sociedade em tempos pandêmicos. A negociação entre as partes será a melhor opção não apenas em tempos de calamidade, mas, principalmente em tempos de calamidade. E a novidade da cláusula de alocação de riscos veio ao ordenamento jurídico no tempo certo, uma vez que o país

enfrenta um desequilíbrio econômico-social de proporções desastrosas, e a economia que já era vista em condições não tão boas, colapsou de vez a deixar o país em estado de calamidade.

Por conseguinte, através de demonstrada a eficiência da revisão contratual estabelecida pelos contratantes a partir dos ganhos mútuos estratégicos que proporcionam às partes envolvidas, cabe ressaltar a relevância sob a ótica da AED. Pois, a análise do caso, utiliza-se da criatividade racional, para que a economia não pereça com o retrocesso que por ventura ocorra, para o enfrentamento do atual momento pandêmico, com vitória contra a inevitável catástrofe que por ora se vive. Portanto, sob a ótica da AED, destinada precipuamente à compreensão do comportamento dos indivíduos diante de uma norma jurídica e o resultado econômico desses comportamentos, observa-se que a cláusula de alocação de riscos é um instituto que garante a eficiência do Estado como responsável pela ordem econômica e a recuperação da empresa com retornos econômicos por meio dessa celebração. Por fim, como forma de abordagem do direito, a AED, revela-se os interesses dos responsáveis pelos dispositivos legais por meio de modelos econômicos baseados no pressuposto da racionalidade do comportamento humano, cujos resultados da análise são eficazes e úteis para a realização do bem-estar social.

A Lei da Liberdade Econômica e o Código Civil, remetem-se aos mais significativos dispositivos de preservação da autonomia privada e afastamento da interferência do Poder Judiciário na ceara das relações contratuais. Assim, os reflexos em relação à revisão contratual no momento pandêmico, necessitam de amparos dos princípios constitucional da livre iniciativa e o seu valor social; e o princípio da autonomia; que sem dúvida reflete na relevância a Lei da Liberdade em tempos pandêmicos. As inovações da Lei da Liberdade Econômica para o cumprimento da função social e da segurança nessa relação contratual, com a inclusão do artigo 421-A e seus incisos no Código Civil restringiu o poder da intervenção estatal, uma vez que a revisão contratual passou a assumir caráter de excepcionalidade. Além disso, mas os parágrafos 1º e 2º do artigo 113 do Código Civil, que tratam do negócio jurídico, e a inclusão do princípio do *pacta sunt servanda*. Assim, a novidade da cláusula de alocação de riscos veio ao ordenamento jurídico no tempo certo, uma vez que o país enfrenta um desequilíbrio econômico-social de proporções desastrosas, e a economia que já era vista em condições não tão boas, colapsou de vez deixando o país em estado de calamidade.

E a garantia jurídica frente a essa cláusula de alocação de riscos em tempos pandêmicos recebe a proteção do *RJET* que regulamentou as relações jurídicas de direito privado no sentido de estabilização dessas questões nesse cenário caótico, juntamente com a cláusula de alocação de riscos, uma vez que a sua existência corrobora para a não judicialização dos contratos, fomentando ainda, o princípio da boa-fé objetiva ao se valer do dever de cooperação entre as partes que deste princípio se abstrai. Deste modo, valendo da cláusula de alocação de riscos as partes passam a distribuição dos riscos referentes ao objeto do contrato entre elas da melhor forma, para que ambas as partes possam prosperar com suas negociações e manter a relação contratual, o que impacta positivamente a economia do país. Em suma, o *Capítulo IV do RJET* deixou a encargo dos operadores do direito a escolha entre a revisão, a resolução ou recuperação destes contratos. Ademais, finaliza-se que a melhor decisão acerca dos contratos deve ser pela negociação privada.

VI. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Maria. *Importância da análise econômica do direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].
- BRASIL (2002). *Lei n. 10.406/2002, de janeiro de 2020*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Número: 8, Seção: 1, Página: 1.
- BRASIL. *Inciso VI do Artigo 4 da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Informação obtida no site: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10931477/inciso-vi-do-artigo-4-da-lei-n-11079-de-30-de-dezembro-de-2004>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL (2019). Câmara dos Deputados. *Bolsonaro sanciona a Lei da Liberdade Econômica: lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/588685-bolsonaro-sanciona-a-lei-da-liberdade-economica/#:~:text=O%20presidente%20Jair%20Bolsonaro%20sancionou,da%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20881%2F19.&text=O%20objetivo%20da%20nova%20lei,e%20o%20funcionamento%20de%20empresas>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL (2019). *Lei n. 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, Edição Extra – B, Página: 1.

- BRASIL (2020). *Lei n. 14.010/2020, de 10 de junho de 2020*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jun. 2020. Edição: 111, Seção: 1, Página: 1.
- BRASIL (2020). *Decreto Legislativo n. 06/2020, de 20 de março de 2020*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Edição Extra C.
- BRASÍLIA DF (2020). *Decreto n. 40.939, de 02 de julho de 2020*. Diário Oficial do Distrito Federal, 02 jul. 2020. Edição Extra. n. 105.
- COASE, Ronald. *O problema do custo social*. The Journal of Law & Economics, v. III, outubro de 1960. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.p df. Acesso em: 23 set. 2020.
- FALHAS DE MERCADO. *In Wikipedia*. Thefreeencyclopedia. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Falha_de_mercado. Acesso em: 23 set. 2020.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *(In) segurança jurídica em épocas de Covid-19*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/06/juridicidade-combate-pandemia/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- FOLHA DE SAO PAULO. *PIB do Brasil cai 1,5% no 1º trimestre, início da pandemia, segundo IBGE*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2020/05/pib-do-brasil-cai-15-no-1o-trimestre-inicio-da-pandemia-segundo-ibge.shtml>. Acesso em: 21 set. 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. (2020). *Comentários à Lei nº 14.010: Análise Detalhada das Questões de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Disponível: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-undefined-comentarios-a-lei-no-14-010-analise-detalhada-das-questoes-de-direito-civil-e-direito-processual-civil-undefined-por-pablo-stolze-gagliano-e-carlos-e-elias-de-oliveira>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- JUSBRASIL (2004). *Inciso VI, do artigo 4º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10931477/inciso-vi-do-artigo-4-da-lei-n-11079-de-30-de-dezembro-de-2004>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- LIBERALISMO. (2010). *In: Wikipedia: thefreeencyclopedia*. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível em: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Liberalismo>. Acesso em: acesso em: 22 set. 2020.
- MAPAS DE RISCOS. *In Wikipedia*. Thefreeencyclopedia. [San Francisco, CA: WikimediaFoundation, 2010]. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Falha_de_mercado. Acesso em: 20 set. 2020.

- MARTINS, Arthur Villamil. (2018). *Empresas devem definir alocação de riscos em contratos*. Disponível em: <https://villamiladvogados.com/artigos/empresas-devem-definir-alocacao-de-riscos-em-contratos/>. Acesso em: 18 set. 2020.
- NEOLIBERALISMO. (2010). In: *Wikipedia: the free encyclopedia*. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2010]. Disponível: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Neoliberalismo>. Acesso em: 22 set. 2020.
- PORTUGAL, Maurício; NAVARRO, Lucas (2010). *Comentários à lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. Imprensa: São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (2016). *O que é Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Os impactos da Pandemia sobre a Lei da Liberdade Econômica no âmbito dos Contratos Cíveis e Empresariais - palestra *on-line* – In Projeto: Empresa, Negócio e crise: a necessária Análise Econômica, jurídica e social. Marília-SP: PPGD – Unimar. Marília-SP: PPGD Universidade de Marília, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/ppgdunimar>. Acesso em 10 jun. 2021.
- TIMM, Luciano. DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL. Editora Foco. 1ª Edição, 2019.
- UOL (2020). *Estado do bem-estar social*. Disponível: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 23 set. 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.