

Rosa Malena Gehlen: A Lei da Liberdade Econômica

19/03/2022

Em breve fará dois anos que a Medida Provisória 881 foi editada. Promulgada em 30 de abril de 2019, posteriormente convertida na Lei 13.874/2019, veio com a missão de iluminar o princípio constitucional da livre iniciativa.



Embora alvo de calorosas discussões, variadas opiniões

e de quatro ADIs 6.156, 6.184, 6.217 e 6.528, não é possível negar que, no mínimo, trata-se de uma "norma de reforço" [1].

Entre a escolha de um modelo de estado liberal e de um modelo de estado social, a atual Constituição de 1988 preferiu ao Estado democrático de Direito, no ideal de compatibilizar interesses e direitos encontrando na "democracia a solução para administrar as tensões entre a liberdade e a igualdade" (FRAZÃO, 2020, p. 105).

Dentre outros exemplos de compatibilização de direitos/interesses promovida pela Constituição Federal tem-se a livre iniciativa, ora como fundamento da República (artigo 1º, inciso IV), ora como princípio da ordem econômica (artigo 170, *caput*), sempre justaposta com a valorização do trabalho e com o compromisso de proteger o meio ambiente, dar função social à propriedade privada, respeitar o direito do consumidor, primar pela livre concorrência, entre outros.

A livre iniciativa assegura o "direito à não intromissão do Estado" (MONCADA apud NETO; FREITAS, 2020, p.311) no sentido que o "*exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado (...)*" (BRASIL, STF, 2019), de forma que a liberdade seja a regra e a restrição, a exceção.

Nessa ambiência, a lei da liberdade econômica objetivou, ao realçar o princípio constitucional da livre iniciativa, resgatar o vetor liberdade também como uma diretriz estatal, ensejando interpretações condizentes com o texto constitucional, a fim de reequilibrar os pesos na balança, por isso Cyrino (in SALOMÃO, CUEVA e FRAZÃO (coords). 2020, p.206) explica que:

"de maneira alguma a edição da LLE implicará a transformação do Brasil numa nação liberal ao estilo laissez-faire" até porque a Constituição tem o seu modelo econômico bem delineado, mas segundo ainda o doutrinador "cada cidadão possui, diante da Constituição, uma margem de liberdade qualificada para que possa definir sua própria capacidade de trabalhar e empreender".

Nessa órbita de ideias a norma promoveu o resgate da autonomia das partes, do *pacta sunt servanda*, do princípio do consensualismo, alterou a redação do artigo 421, do Código Civil, inserindo-lhe um parágrafo, assim como incluiu o artigo 421-A.

Os referidos dispositivos legais deixaram mais claro que, sim, as partes contratantes são dotadas de liberdade (de contratar e a contratual) como entoa o princípio da livre iniciativa. Evidentemente não se pode perder de vista as balizas delineadas pela eticidade e pela socialidade [2] pretendidas pelo Código Civil, notadamente o princípio da boa-fé objetiva (com todos os seus desdobramentos interpretativos e integrativos) e da função social dos contratos, inafastáveis e, porque não dizer, mandatórios nos dias atuais.

No entanto, quando o artigo 3º, inciso VIII, da Lei 13.874/2019, estabeleceu como um direito essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários sejam objeto de livre estipulação das partes pactuantes, ele reconheceu a liberdade e também a expertise com que as partes desenvolvem suas atividades, quando mais profissionalmente, afinal os *"empresários devem ter total liberdade para realizar negócios — desde que lícitos, obviamente — bem como assumir os riscos das contratações malfeitas"* (CRUZ, 2021, p. 751).

A ideia reforça a temática de que o *"excesso de dirigismo social implica esvaziamento da liberdade por incremento do intervencionismo. Exagero na noção de decisionismo liberal implica graves efeitos colaterais aos mais fracos e desigualdade"* (CYRINO in SALOMÃO, CUEVA e FRAZÃO (coords). 2020, p. 206).

Nesta perspectiva, a alteração promovida no artigo 421-A, do Código Civil, estabeleceu como regra básica de interpretação que os contratos civis e empresariais sejam presumidos como paritários e simétricos. Note-se que desde 2002, o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial, do Conselho da Justiça Federal, já orientava neste mesmo sentido dizendo que *"nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais"*.

Isso porque, em linhas gerais, o contrato entre partes paritárias é (ou pelo menos é o que se espera) o resultado de uma ampla negociação, refletida e sopesada, externando-se não só no consenso entre o acordado (princípio do consensualismo) como no reconhecimento da obrigatoriedade do avençado (princípio da força obrigatória do contrato).

Na exposição de motivos da Medida Provisória 881/2019, convertida posteriormente na Lei 13.874/2019 consta que: *"mais de 60% das 500 maiores empresas do mundo estão registradas especificamente no Estado de Delaware, EUA. Isso se dá em razão de aquela jurisdição constituir um dos melhores ambientes para o desenvolvimento e preservação do direito empresarial. (...) Essa medida rapidamente permitirá que grandes empresas sintam-se seguras*

(...) os empresários terão respeitados os termos que acertarem entre si, sem prejudicar a soberania nos assuntos que de fato afetem terceiros e a coletividade (...)" (BRASIL, 2019, p. 3)

Aqui importa considerar a temática sob a Análise Econômica do Direito, isto porque segundo ainda aponta Ferreira (2020, p. 267) uma transação comercial se desdobra em três fases, a primeira é encontrar um parceiro, seguida da fase de negociação pela qual se alinham os interesses na relação comercial que poderá resultar num acordo (contrato) que, por sua vez, deverá ser cumprido pelas partes envolvidas sendo esta, portanto, a última fase.

Em todas essas fases existem custos que lhe são inerentes, quais sejam "*custos de informação, monitoramento, registro e execução de contratos e negócios (como são os contratos e acordos empresariais)*" (MAIOLINO; TIMM, p. 289), de modo que qualquer fator externo à justa expectativa lançada pelas partes acaba acarretando um incremento destes custos de transação os quais, infelizmente, "*tendem a elevar o custo social*". (MAIOLINO; TIMM, p. 290).

Como consectário, não só se justifica a introdução do novel artigo 421-A, como também a redação atribuída ao parágrafo único do artigo 421, todos do Código Civil, ditando que: "*nas relações contratuais privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*", pois com base na mesma razão em que se deve presumir a paridade e a simetria das partes civis e empresárias o legislador também visou a "*combater o excessivo intervencionismo e a reforçar o pacta sunt servanda, restringindo a possibilidade de o julgador alterar a vontade expressada pelas partes no contrato*" (FORGIONI, 2022, p. 277).

Evidentemente há críticas na redação e na abstração da norma, mas a justificativa da uma intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual é perceber que "*além da elevação dos custos de transação, a interferência judicial pode incorrer em externalidades negativas, como por exemplo, os efeitos que serão suportados indiretamente, por terceiros que venham a participar de futuras negociações, já que o risco de relativização do estabelecido no contrato (ou até o seu efetivo descumprimento) poderá ser repassado para a coletividade (...)" (AZOIA; RIBEIRO, 2016. p.10).*

Como sustenta Rosenvald (2020, p.4), o princípio da intervenção mínima deve ser lido a *contrario sensu*, para se compreender que se trata de "*uma reação democrática ao intervencionismo estatal desmensurado (...)*" quando não haja causa que lhe justifique, tais como os contratos de consumo em que a assimetria e a vulnerabilidade de uma das partes são presumidas.

É a ideia, repita-se, de encontrar um caminho do meio entre a liberdade e o excesso de intervencionismo. É adequar a legislação à Constituição Federal também com vistas ao princípio da livre iniciativa.

Perceba-se que além do incremento dos custos de transação, absolutamente nocivos ao desenvolvimento da economia e à circulação das riquezas, quando há ingerência judicial entre partes paritárias, acarretando a quebra do *pacta sunt servanda* e fazendo cair por terra a obrigatoriedade do contrato ou de parte dele, leva consigo, de arrasto, a segurança jurídica, pondo em xeque os próprios objetivos constitucionais que apregoam a garantia do

desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza (artigo 3º, incisos III e IV, da CF), afinal: quem dúvida que é pelos contratos que as riquezas circulam?

No entanto, andamos a passos lentos. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Interno no REsp 1.848.104-SP, debruçou-se sobre a seguinte questão fática: contrato firmado entre partes empresárias paritárias com previsão de cláusula penal para o caso de atraso no pagamento ou por falta de entrega do produto pela vendedora, sem menção da possibilidade de aplicação de multa para o caso de desistência da compra pela compradora.

Inicialmente designado como relator, o ministro Luis Felipe Salomão apontou que: "*o posicionamento esposado por este Tribunal Superior é no sentido de permitir às instâncias inferiores rever as cláusulas contratuais pactuadas, diante da mitigação do pacta sunt servanda, notadamente ante a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. (...) Ademais, afigura-se de lógica cartesiana o fato de que a mitigação da força obrigatória dos contratos, considerada hodiernamente, conduz, em consequência, à relativização da autonomia da vontade das partes contratantes*" (STF, 2021, p. 29-30).

Em voto vista, o ministro Antonio Carlos Ferreira divergiu indicando que "*a possibilidade de revisão judicial e de mitigação da força obrigatória dos pactos, em casos excepcionais, não permite ao Judiciário criar obrigação contratual não avençada entre as partes, sobretudo no âmbito de uma avença para a qual não se invoca a incidência da lei protetiva, como nos casos envolvendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Nem mesmo a evolução da teoria dos contratos parece-me autorizar tamanho dirigismo, notadamente à luz do novel parágrafo único do artigo 409 (sic), do CC/2002 (incluído pela Lei 13.874/2019) segundo o qual "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual"* (STF, 2021, p.5)

Acompanharam o voto divergente os ministros Raul Araújo e Maria Izabel Galloti, conhecendo do agravo e dando provimento ao Recurso Especial para declarar nula a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo lançada nos Embargos Declaratórios do Recorrente do Especial. Esta decisão, que concluiu o julgamento, é de 20 de abril de 2021. Os autos retornaram para novo julgamento, o que de fato ocorreu em 14 de setembro de 2021, nos Embargos de Declaração Cível nº 1008451-37.2018.8.26.0011/50002, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas sem alterar o resultado do julgamento do recurso de apelação pretérito.

Da leitura da nova decisão (lançada nos Embargos acima referidos), extrai-se o posicionamento meritório dos julgadores no sentido de respaldar a tese acolhida em primeiro e em segundo grau para o fim de dar interpretação extensiva à cláusula penal contratual que não previa aplicação de multa para o caso de desistência da compra, reconhecendo como válido o seguinte argumento: "*a notificante observou que o contrato previa cláusula penal somente em seu desfavor, mas observou que é sedimentado o entendimento jurisprudencial de que se aplicam a ambas as partes da relação contratual, em razão da preservação e respeito aos princípios da isonomia, boa-fé, função social e equilíbrio contratual*" (TJ-SP, 2021, p.10).

A aplicabilidade da cláusula penal não pactuada para fins de desistência da compra gerou um passivo (inesperado) no montante de aproximadamente um milhão de reais. Sem adentrar a um

critério subjetivo de justo/injusto, é fato que o Judiciário elasteceu a cláusula contratual por interpretação extensiva para incluir uma situação não avençada pelas partes, o que confronta claramente o desiderato de intervir minimamente e revisar excepcionalmente o contrato entabulado entre partes que são simétricas e paritárias.

Ao que tudo indica longo será o caminho até que as tensões entre igualdade e liberdade sejam devidamente equacionadas como pretende o texto constitucional, como bem realçado pela MP 881/2019 e a Lei 13.874/2019 na qual foi convertida.

REFERÊNCIAS

- AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. As funções sociais dos contratos e as externalidades: uma análise econômica. *Revista Virtual Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília*. Brasília. vol. 10.2. nº 2. p. 1-29, Jul-Dez 2016. Disponível: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7595>>. Acesso em 09 mar.2022.
- BRASIL. *Exposição de Motivos nº 00083/2019 da MP 881, de 30 de abril de 2019*, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Brasília, DF. 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2022/03/Exm-MP-881-19.pdf>>. Acesso em 09 mar.2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no REsp 1.848.104-SP*. 4ª. Turma. Rel.p/acórdão ministro Antonio Carlos Ferreira. J. 20/04/2021. DJe 11/05/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=20>>. Acesso em 09 mar.2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 449*. Plenário. Relatir ministro Luiz Fux. J. 08/05/2019. Brasília, DF: DJe 02/09/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>>. Acesso em: 09 mar.2022.
- CRUZ, André Santa. *Direito Empresarial*. 11ª. ed Salvador: JusPodvim, 2021.
- CYRINO, André. A constituição econômica e a Lei nº 13.874/2019. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (coords). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.198-210. Vários autores.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB*. 15ª.ed. rev.amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FERREIRA, Ronaldo Nunes. *Análise econômica do direito: a decisão judicial e a atuação da administração pública*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. nº 10. Florianópolis: PGE/SC, 2020. p. 261-274. Disponível em: <<https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2022/03/REVISTA-PGE-2020.pdf>>. Acesso em: 09 mar.2022.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica pra quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (coords). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.89-121. Vários autores.

MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. Contribuições da análise econômica do direito para a lei da liberdade econômica instituições e custos de transação. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coords). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 289-305. Vários autores.

MOMBACH, Matheus Martins Costa. *Considerações sobre a escolha do direito material aplicável ao mérito do litígio na arbitragem internacional e o papel do árbitro*. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. vol. 11, nº 1. p. 121 - 141, 16 de novembro de 2018.

Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15389>>.

Acesso em: 14 jun.2021

NETO; Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. Atos de liberação da atividade econômica privada e poder de polícia: pressupostos e limites. In SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coords). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.309-331. Vários autores.

ROSENVALD, Nelson. *A lei da liberdade econômica e a necessária (re)conciliação entre a autonomia privada e a função social do contrato*. In MeuSiteJurídico.com. 17 de abril de 2020.

Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/17/lei-da-liberdade-economica-e-necessaria-reconciliacao-entre-autonomia-privada-e-funcao-social-contrato/>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Embargos de Declaração Cível nº 1008451-37.2018.8.26.0011/50002*. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Adilson Araújo. j. 14/09/2021. DJe 22/09/2021. Disponível em:<

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0051XM912KY&uuidCaptcha=#?cdDocumento>>. Acesso em: 10 mar.2022

[1] Conclusão a que chegou o ministro Gilmar Mendes, no encerramento do Seminário dedicado aos Debates à MP 881, acerca da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica no C. Superior Tribunal de Justiça realizado em 2019. Disponível e: <
<https://www.youtube.com/watch?v=29URVVZZ38k&t=330s>>. Acesso em 09 mar.2022.

[2] É preciso muito cuidado para não incorrer em equívoco abraçando uma falsa maneira de encarar o princípio da socialidade. Para alguns, seria o predomínio do social sobre o individual. Parece-nos que, se prevalecesse esse modo de construir o princípio, estar-se-ia abandonando o exacerbado individualismo do Código Civil de 1916 e inaugurando uma rota oposta, mas igualmente perversa, do coletivismo. Significaria que a coletividade seria a essência da sociedade, pois o indivíduo despersonalizar-se-ia em favor de um todo. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, P. 54)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-mar-19/rosa-malena-gehlen-lei-liberdade-economica/>