

Meio: Jota	
Editoria: Economia	Data: 03/05/2019
Link: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-economica-e-autoajuda-empresarial-030520199	

Liberdade econômica e autoajuda empresarial

Na última terça-feira, dia 30 de abril, o presidente Jair Messias Bolsonaro assinou a medida provisória 881, batizada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. Trata-se, segundo sua ementa, de uma inovação legislativa destinada à introdução de práticas de “análise de impacto regulatório” e à promoção de “garantias de livre mercado”. O texto traz uma série de mudanças confusas, redundantes e contraproducentes para a regulação dos contratos.

As mudanças confusas falam por si. O inciso VIII do artigo 3º, por exemplo, determina ser direito de toda pessoa, natural ou jurídica, “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 se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato”.

Esse raciocínio tortuoso se repete nos outros incisos. O problema aqui não é estético, mas prático: regras claras são respeitadas; regras duvidosas são levadas aos tribunais.

As mudanças contraproducentes não são menos significativas. Uma delas diz respeito ao artigo 421 do Código Civil de 2002, que dispõe que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Embora problemática, essa regra vinha sendo aplicada com parcimônia pelo Judiciário, sobretudo após uma primeira leva de críticas à sua redação, no começo dos anos 2000. Em vez de corrigir o soneto, a medida provisória lhe faz duas emendas.

A primeira é um exemplo de técnica legislativa precária: determina que seja “observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, ou seja, que seu próprio texto seja “observado.” A segunda embute um parágrafo único ao artigo 421, dispondo que 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.”

A ideia de intervenção mínima lembra a suposição de que o direito nasce em árvores, como diz José Reinaldo de Lima Lopes. Sem “intervenção” do estado, contratos não têm “força de lei”, nem podem ser executados. Sem estado ou organização social equivalente não há mercado. Mas o sentido da inovação, diriam seus defensores, é outro. O que está em jogo é ampliar a liberdade contratual.

O problema é que ao transformar esse propósito em um “princípio” – mais um, e desta vez um princípio particularmente vago – o que a medida provisória faz é criar controvérsias onde elas não existem. Quem deverá dizer quando a intervenção do estado é “mínima”? O descumprimento da lei de franquias por um franqueador pode ser justificado por esse princípio? A resolução judicial de um contrato cumprido apenas parcialmente violará a intervenção mínima? E o que dizer do descumprimento de tetos legalmente estabelecidos para taxas de juros contratuais? Quem violará o novo princípio neste caso, o Judiciário ou o Ministério da Economia?

A invenção de controvérsias não para por aqui. A próxima diz respeito ao artigo 423 do Código Civil, conforme o qual quando “houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.” Outra vez um parágrafo único: “Nos contratos não atingidos pelo disposto no *caput*, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.”

Trata-se aqui de contratos negociados, característicos de relações empresariais não verticalizadas. Tanto o Judiciário quando as cortes arbitrais brasileiras tendem, neste ponto, a adotar a boa prática internacional sintetizada pela expressão *parol evidence rule*. Trata-se de restringir a interpretação do contrato à versão final de seu instrumento, sem controverter sobre suas minutas. O que o novo parágrafo único faz é determinar que a redação dessas minutas – e mais especificamente, a autoria deste ou daquele ponto – seja levada em conta na determinação do que os contratantes devem ou não fazer. Na prática, isso significa mais, e não menos “intervenção.”

Na fronteira entre as mudanças contraproducentes e as redundantes, como aquelas que procuram engessar a suposta – e apenas suposta – jurisprudência a respeito de temas como desconsideração da personalidade jurídica e revisão contratual, está o novo artigo 480-B do Código Civil, que diz o seguinte: “Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.” Há dois problemas aqui.

O primeiro diz respeito à presunção de “simetria”. Há décadas os tribunais brasileiros vêm desenvolvendo parâmetros para definir quando um contrato é ou não empresarial e em que medida um contrato empresarial celebrado entre partes reconhecidamente desiguais (como um pequeno supermercado e um grande fabricante de alimentos ou um posto de gasolina e uma distribuidora de combustíveis) deve ser interpretado sem considerar sua desigualdade. A medida provisória faz tábula rasa desse esforço, submetendo a generalidade das relações empresariais a uma presunção de igualdade – uma presunção disputável, como toda presunção.

O segundo problema diz respeito à obrigação de “observar a alocação de riscos” definida pelos contratantes. É comum que as partes optem por não definir contratualmente todos os riscos envolvidos em sua relação. Isso ocorre quando os custos dessa definição se mostram excessivamente elevados ou quando sua deliberação dificulta ou impede o acordo a respeito dos termos do contrato. Na terminologia da literatura especializada, isso corresponde ao deslocamento dos custos de transação do *front end* para o *back end* da relação contratual.

Alheio a isso, artigo 480-B cria dois incentivos perversos. O primeiro é um incentivo para que juízes e árbitros invistam esforços na identificação da intenção “consubstanciada” nas declarações dos contratantes, nos termos do art. 112 do Código Civil. Será preciso, afinal, atender à sua alocação de riscos, ainda que ela não seja evidente. O segundo, decorrente deste, é um incentivo para que as partes definam contratualmente quem deve arcar com cada risco mesmo quando isso for contrário aos seus interesses.

No que toca ao direito dos contratos, a medida provisória 881 não garante o livre mercado. O que ela faz é transpor mensagens vagas de autoajuda empresarial para o direito, ampliando ainda mais a insegurança jurídica, a discricionariedade judicial e os custos de transação. Infelizmente não há torcida que resolva esses problemas. A boa notícia é que se trata de uma medida *provisória*, e portanto haverá tempo para abandonar disposições inapropriadas, preservando em seu texto aquilo que de fato contribui para o desenvolvimento da atividade empresarial no Brasil.