

## A TAL “LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA”

THE SO CALLED “ECONOMIC FREEDOM ACT”

*Eduardo Tomasevicius Filho\**

### Resumo:

Em 2019, a comunidade jurídica brasileira foi surpreendida pela edição da Medida Provisória n. 881, por meio da qual se instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, modificando leis especiais, entre elas, o Código Civil. Após críticas e debates sobre seu conteúdo, esta foi convertida na Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. A proposta desse artigo consistiu na análise do seu conteúdo e seus objetivos, que consistem em proteger a liberdade no exercício da atividade econômica e diminuir os efeitos da burocracia do Estado. Concluiu-se que essa lei pouco tem a acrescentar ao direito brasileiro, porque as liberdades nela declaradas são vazias de conteúdo normativo e as alterações realizadas no Código Civil são inócuas. No máximo, reconhece-se que dispositivos voltados à redução dos custos de transação serão eficazes, assim como a alteração em leis especiais relacionadas a Juntas Comerciais, dispensa de autenticação de documentos e expedição de certidões de órgãos públicos, a digitalização de documentos públicos e privados, bem como a cobrança de tributos federais, poderão facilitar a vida de quem pretende exercer atividades econômicas.

**Palavras-chave:** Lei da Liberdade Econômica. Desburocratização. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Função Social do Contrato. Fundos de investimento.

### Abstract:

In 2019, Brazilian jurists were surprised by the edition of Provisional Measure no. 881, by which a “Declaration of the Rights of Economic Freedom” was instituted, amending special Laws, including the Civil Code. After strong criticism and debates about its content, it was converted into Law no. 13.874, on September 20<sup>th</sup>, 2019. The purpose of this paper was to analyze its content and objectives, which is to protect freedom in the exercise of economic activity and to diminish the effects of state bureaucracy. The conclusions are the “Economic Freedom Act” has little to add to Brazilian Law, because the declared freedoms are empty of normative content and the changes made in the Civil Code are void. At most, measures aimed at reducing transaction costs will be effective, as well as the amendment of Laws about Board of Trade, waiver of document authentication and issuance of public agency certificates, the digitization of public and private documents, as well as the collection of federal taxes, may facilitate the activities of those who intend to pursue economic activities.

**Keywords:** Economic Freedom Act. Bureaucratization. Disregard for Legal Personality. Social Function of Contract. Investment Funds.

---

\* Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. E-mail: tomasevicius@usp.br.

## Introdução

Há exatos cem anos, em 11 de agosto de 1919, promulgou-se em Weimar a Constituição do Reich alemão, a qual entrou para a história do direito constitucional por conter regras relativas à vida econômica. Embora a Constituição Mexicana de 1917, ainda em vigor, tenha sido a primeira a tratar de questões relativas a direitos sociais em seu Título VI relativo ao trabalho e previdência social,<sup>1</sup> o que, de certo modo, consiste na intervenção do Estado na economia do ponto de vista do trabalhador, a Constituição de Weimar,<sup>2</sup> na Parte Segunda, Capítulo Quinto, trouxe uma série de garantias fundamentais de modo abrangente. Colocou-se que a economia era organizada com base em princípios de justiça, para que todos tivessem vida digna, declarou-se a liberdade econômica do indivíduo, reconheceu-se a liberdade de contratar como fundamento das transações econômicas, e garantiu-se a propriedade privada. Por outro lado, além de regras gerais relativas à organização do trabalho e dos trabalhadores, encontravam-se nela diversas limitações no exercício dessas atividades, como a liberdade de comércio e indústria dever ser exercida de acordo com a lei, além da proibição da usura, do abuso em matéria de moradia e a nulidade dos contratos em desacordo com os bons costumes. Por fim, consagrou-se a função social da propriedade no art. 153, última parte, ao afirmar-se que “[a] propriedade obriga. Seu uso deve estar simultaneamente a serviço do bem comum”.

Essa ideia serviu de inspiração aos diversos constituintes brasileiros em 1934. O art. 115 dessa Constituição brasileira é reprodução literal do art. 151 da Constituição de Weimar, ao mesmo tempo em que o art. 121 da Constituição brasileira é similar ao art. 124 da Constituição mexicana, no que compete aos direitos dos trabalhadores. As constituições brasileiras posteriores de 1937, 1946, 1967, Emenda Constitucional n. 1/1969 e, sobretudo, a Constituição Federal de 1988, tratam da ordem econômica, encontrando-se nelas verdadeiras declarações de direitos de liberdade econômica.

Em 2019, editou-se no Brasil a Medida Provisória n. 881, que instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, revogando artigos de diversas leis ordinárias e alterando institutos jurídicos no Código Civil. Essa mudança repentina causou perplexidade na comunidade jurídica, o que levou à mobilização para o aperfeiçoamento desse texto legal antes de sua conversão na Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Devido às vicissitudes do sistema político brasileiro, correu-se o risco de se ter criado uma

<sup>1</sup> MÉXICO. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857. *Diario Oficial: órgano del gobierno provisional de La Republica Mexicana, Poder Ejecutivo, Mexico*, Tomo 5, n. 20, p. 149-161, 5 feb. 1917. Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf). Acesso em: 10 dez. 2019.

<sup>2</sup> ALEMANHA. *Weimar Constitution*, 1919. Disponível em: [https://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy](https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy). Acesso em: 10 dez. 2019.

declaração efêmera de direitos, caso não fosse convertida em lei ordinária em tempo hábil. Sendo assim, o objetivo desse artigo é o de analisar a “Lei da Liberdade Econômica”, e avaliar as consequências das alterações que por esta se fez no Código Civil brasileiro e em leis especiais.

## 1. A interferência do Estado na economia

A atividade econômica é inerente à vida humana em sociedade, porque é impossível a uma pessoa satisfazer sozinha suas necessidades sem contar com as demais, que também querem ter o mesmo. De forma natural, o trabalho é organizado para a produção. É um processo tão basilar, que, na etimologia do termo “economia”, tem-se, de um lado, *oikós* (casa) e *nomos* (regras). Afinal, no ambiente doméstico – em sentido amplo – eram realizadas as principais atividades produtivas, enquanto pequena parte dos homens participava da esfera pública, decidindo os destinos da cidade. (ARENDR, 1995, p. 33). O comércio era outra importante atividade econômica, porque proporciona a obtenção daquilo que não é possível produzir por conta própria. Inclusive uma das acepções de justiça em Aristóteles é a justiça comutativa, ou justiça das trocas. (ARISTÓTELES, 1999, p. 98).

Para evitar que produtos causassem danos às pessoas ou que houvesse fraudes nas transações, o Estado preocupou-se em zelar desde longa data pela higidez dessa atividade. Em Roma, havia os *edis curuis* (ALVES, 2007, p. 17), que cuidavam das construções, templos, e também dos mercados. Nas Ordenações do Reino de Portugal, regulamentou-se o ofício do almotacé, com funções similares a do edil romano, o qual fiscalizava, entre outras coisas, a atividade dos carneiros, padeiros, alfaiates, ferreiros, e aferia se os pesos usados nas balanças estavam adulterados.<sup>3</sup>

Além disso, as corporações de ofício, as companhias de comércio e privilégios reais também foram formas de controle da atividade econômica pelo Estado. As corporações de ofício, do ponto de vista sociológico, eram instituições que reuniam os indivíduos que realizavam a mesma atividade econômica para disciplinar a atividade de seus membros. Elas tinham suas próprias leis, suas hierarquias internas e seus próprios tribunais. Somente quem pertencia à corporação de ofício, podia exercer a atividade. Já as companhias de comércio eram “empresas” que detinham o monopólio de realização de determinada atividade, o que facilitava o controle sobre o comércio e o combate

<sup>3</sup> PORTUGAL (Reino de). Primeiro Livro das Ordenações. Título LXVIII. Dos Almotacés. In: PORTUGAL. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’el-Rei D. Filipe I. Ed. Fac-similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821, por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

ao contrabando. Os privilégios reais eram os monopólios de exercício de determinada atividade a uma determinada pessoa, concedidos por meio de alvarás régios, tais como o de realizar a pesca da baleia, a extração do sal e a fundição de ferro. Todo esse controle era passível de realização pelo fato de que se tinha o absolutismo político.

Por isso, no século XVIII, com o advento da primeira revolução industrial e das primeiras revoluções políticas burguesas, foram promulgadas declarações de direitos, como as da Filadélfia e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ao mesmo tempo, desenvolveu-se o liberalismo econômico como doutrina econômica, pela qual se reclamava menor participação do Estado na vida econômica e maior liberdade para os indivíduos realizarem suas atividades. É do século XVIII a célebre frase “Laissez faire, laissez passer, que la vie va par lui-même”. Na época da Revolução Francesa, promulgaram-se as leis D’Allarde e de Le Chapelier (DUVERGER, 1834, p. 22) de 1791, que aboliram as corporações de ofício na França, sendo, na prática a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” daquela época.

Porém, essa liberdade econômica era formal. Quando exercida sem controle, tem-se o abuso. E foi exatamente isso que aconteceu na relação entre patrões e operários. Em contrapartida, o socialismo evidenciou os problemas decorrentes dessa nova ordem econômica liberal. No mesmo sentido, o Papa Leão XIII, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, denunciou a condição dos operários. O Estado, assim, teve que legislar sobre o trabalho. Com a crise de 1929, o Estado retomou o protagonismo na atuação na vida econômica, deixando de ser mero garantidor das regras, para ser o agente transformador da sociedade em diversos aspectos. Viu-se, no direito civil, o dirigismo contratual, a interferência do juiz no equilíbrio dos contratos, assim como a consolidação do direito do trabalho como ramo autônomo e o surgimento de direitos novos, entre os quais o direito do consumidor e ambiental. Desde a década de 1980, ganhou força o neoliberalismo e a defesa do Estado mínimo, embora não seja possível afirmar, atualmente, a prevalência de uma maior ou menor participação do Estado, devido à complexidade da ordem internacional e das economias dos países.

No caso brasileiro, o Estado foi o grande fomentador da atividade econômica, tanto por atuação direta, quanto por meio de financiamento de capitais. Criaram-se diversas empresas estatais nos mais diversos setores da economia brasileira, assim como foram realizadas diversas obras de infraestrutura pelo país, destacando-se a construção de Brasília, rodovias e usinas hidrelétricas. A partir da década de 1990, iniciou-se o processo de privatização dessas empresas, valorizando-se a regulação jurídica da atividade econômica por meio de agências. Existe, todavia, uma cultura do empresariado brasileiro, de reclamar o apoio do Estado para cada um dos setores da economia, tal como se fosse possível dizer “Fais-le pour moi, ne me quitte pas”.

Ainda persistem fortes traços da herança burocrática de controle das atividades pelo Estado. A quantidade de normas jurídicas existentes torna muito difícil o conhecimento de todas elas, assim como o seu manejo. Em matéria tributária, há impostos da União, dos Estados da federação e dos municípios, dificultando a atuação daqueles que comercializam em âmbito nacional. Ademais, o Brasil é considerado um dos países mais difíceis para fazer negócios. No relatório do Banco Mundial intitulado “Doing Business”, o Brasil, em 2019, está na 124º lugar entre 190 países, em termos de facilidade para realização de negócios.<sup>4</sup> Todas essas dificuldades são consideradas custos de transação. Somadas as dificuldades em logística devido à precariedade da infraestrutura de transportes, fala-se em “Custo Brasil”. (Cf. TOMASEVICIUS FILHO, 2004).

No entanto, houve diversas tentativas de solução desses problemas. Merece ser lembrado o Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979, que criou o Plano Nacional de Desburocratização e o Ministério Extraordinário para a Desburocratização, exercido por Helio Beltrão, que não conseguiu implantar completamente todas as medidas que havia planejado e exonerou-se em 1983. (Cf. BELTRÃO, 1984). Do mesmo modo, na década de 1990, instituiu-se o Pano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e criou-se o Ministério da Administração e Reforma do Estado, exercido por Luiz Carlos Bresser-Pereira (1998). Em 1998, a Emenda Constitucional n. 19 inseriu a eficiência como princípio da administração pública, mas pouco se conseguiu nesse sentido.

Tempos depois, a Lei n. 11.598, de 3 de dezembro de 2007, foi promulgada com o intuito de simplificar e integrar o registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas e, nos últimos tempos, em 2018, entrou em vigor no Brasil a Lei n. 13.726, também conhecida como “Lei Geral de Desburocratização”, voltada à redução dos custos de transação do particular com o Estado pela eliminação de exigências desnecessárias ou superpostas, ou cujo combate às fraudes seja superior ao risco do prejuízo. Foram tomadas importantes medidas, tais como a dispensa de reconhecimento de firma, quando o agente público pode conferir a assinatura por autenticidade; a dispensa de cópia autenticada, quando esta puder ser atestada pelo agente público; a juntada de documentos pessoais que podem ser substituídos por cópias; e a apresentação de certidão de nascimento, título de eleitor, ou de certidões lavradas pelo próprio poder que as requer. Porém, a despeito de todas essas tentativas normativas e institucionais para a redução da burocracia estatal, nada disso ainda era suficiente para a modificação dessa triste realidade cultural brasileira.

<sup>4</sup> THE WORLD BANK. *Doing business*. Measuring business regulations. Disponível em: [https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/pdf/db2020/Doing-Business-2020\\_rankings.pdf](https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/pdf/db2020/Doing-Business-2020_rankings.pdf). Acesso em: 10 dez. 2019.

## 2. A “Lei da Liberdade Econômica”

Visando a mais uma tentativa de proteger e desburocratizar o exercício da atividade econômica no Brasil, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 881, a qual instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, estabelecendo garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e outras providências. Em sua tramitação no Congresso Nacional, houve alterações no texto proposto e, em 20 de setembro de 2019, foi convertida na Lei n. 13.874, a qual passou a ser conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”.

O objeto dessa lei está consubstanciado no art. 2º, com o elenco de princípios que “norteiam” o disposto nessa Lei. Podem-se reuni-los em duas categorias: a liberdade como regra e a boa-fé nas relações entre particular e Estado.

Na primeira categoria, com redação inadequada do ponto de vista estilístico, estatuiu-se, no inciso I, a “liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas”. Pretendeu-se dizer “garantia da liberdade no exercício da atividade econômica”, sendo a consequência o disposto no inciso III: “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, correspondente, em termos, ao art. 174 da Constituição Federal. Na segunda categoria, reconheceu-se no inciso IV a “(...) vulnerabilidade do particular perante o Estado” e, como meio de equilíbrio nessa relação, em seu inciso III, “a boa-fé do particular perante o Estado”.

Quanto à sua estrutura, a Lei n. 13.874 pode ser dividida em três partes. A primeira delas consiste no conteúdo da lei, na qual se encontram, de fato, uma “Declaração de direitos de liberdade econômica” e regras de interpretação de normas relativas à livre iniciativa. Na segunda parte, há uma série de regras de redução de custos de transação, baseadas na boa-fé, não somente neste texto legal, como também através de modificações em leis especiais. Na terceira parte, alterou-se o Código Civil.

## 3. Existem direitos de liberdade econômica na Lei n. 13.874?

A Lei n. 13.874 instituiu a “Declaração de direitos de liberdade econômica” no art. 3º e, no art. 4º, trouxe as “Garantias de Livre Iniciativa”. Naquele art. 3º, foram elencados direitos do indivíduo em face do Estado e dos demais indivíduos, e, no art. 4º, estipularam-se deveres de abstenção do Estado. Considerando-se que o direito é correlato ao dever, a consequência é que tal divisão é meramente formal.

Com efeito, a expressão “Declaração de direitos de liberdade econômica” tem mais cunho retórico do que um verdadeiro rol de “direitos” e “garantias”, uma vez que pouco se acrescenta ao que já está verdadeiramente declarado e garantido no art. 170 da Constituição Federal. Por exemplo, o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal,

estatui que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, enquanto a Lei n. 13.874, no art. 4º, VII, garante que é dever da administração pública e das demais entidades que se vincula a esta Lei “introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas”. Do mesmo modo, o art. 170, IV, da Constituição, elegeu a livre concorrência como um dos fundamentos da ordem econômica, e o art. 4º, I e II da Lei n. 13.874 dispõe que é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei não “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes nem “redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado”. Em ambos os casos, há de se fazer enorme esforço hermenêutico para conseguir extrair conteúdo normativo diverso daquele já previsto na Constituição Federal.

Ademais, “liberdade econômica” absolutamente falsa é aquela prevista no art. 3º, III, a qual consiste em “definir livremente, em mercados não regulados, o preço dos produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”. Para que se possa compreender essa situação, importa lembrar que existem leis infalíveis nos limites da mecânica clássica. Não faria sentido propor legislação sobre a lei da gravidade ou lei da ação e reação. O mesmo se dá no âmbito da economia, cuja lei fundamental do mercado é a lei da oferta e da procura. Ainda que se pretenda legislar sobre preços, tal esforço é inútil, pois é impossível a uma lei jurídica revogar uma lei econômica. Quando se tentou fazer isso, por exemplo, por meio de tabelamento de preços, simplesmente a lei econômica prevaleceu: os produtos e serviços desapareceram imediatamente e eram somente encontrados mediante pagamento de ágio. Foi o que aconteceu no Brasil na época do Plano Cruzado, em que se tabelaram os preços dos produtos no Brasil. Os produtos voltaram às prateleiras, a despeito da atuação dos “fiscais do Sarney” e decretação de prisões pirotécnicas de gerentes de supermercados de bairro. Algo similar ocorreu na Venezuela: tabelamentos de preços foram realizados e a consequência foi o desabastecimento do país e a crise migratória que ainda existe nesse país.

Outra “liberdade econômica” que não precisava ser declarada é aquela prevista no art. 3º, VIII, em que a pessoa terá “(...) a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”, ou, em outras palavras, que se reconhece a autonomia privada, exceto quando o exercício da liberdade de contratar estiver em desconformidade com as normas de ordem pública. No entanto, é elementar à vida em sociedade que as pessoas estipulem acordos, avenças, contratos, para regular seus interesses. Nem mesmo em sociedades totalitárias, em que o Estado controla a vida dos indivíduos e empresas, é

factível a anulação do espaço de autonomia privada. É pacífico o entendimento de que, entre empresários, o Estado deve interferir menos do que faz em contratos celebrados entre fornecedores e consumidores, ou entre patrões e empregados. Dessa forma, há de se questionar em que medida essa garantia trará maior segurança jurídica.

No mesmo sentido é a “liberdade econômica” afirmada no art. 4º, VIII, de que é dever do Estado não “restringir o uso e exercício de publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal”. Basta lembrar o disposto no art. 5º, IV, V e IX, bem como no art. 220 da Constituição Federal. Tão respeitada é essa liberdade, que existe, no Brasil, a autorregulação da atividade, por meio do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR.

Também causa estranheza a liberdade econômica declarada no art. 3º, VI, de acordo com a qual se autoriza “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”. Parece haver autorização legal para desobediência a normas infralegais e se editará regulamento para definição dos critérios que permitam a aferição do que se considera desatualização. Seria mais lógico revogar o existente, em vez de permitir essa situação de descon sideração da norma vigente, causando insegurança jurídica ao empresário. Por outro lado, essa autorização seria cabível nos casos em que medicamentos usados no exterior, de eficácia comprovada, porém, proibidos no Brasil, poderiam ser desenvolvidos ou comercializados no Brasil, independentemente de autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Exemplo de liberdade econômica “aparente” é aquela do art. 3º, II, por meio da qual se permite “desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais (...)”. No entanto, as alíneas ‘a’, ‘b’, e ‘c’ desse inciso II diminuem sensivelmente a extensão dessa liberdade, pois esta não prevalece em conflito com normas de direito ambiental, direito das obrigações e dos contratos, direitos reais e direito do trabalho. Em outras palavras, pode-se exercer livremente a atividade, salvo respeitadas todas as exceções já existentes no ordenamento jurídico! Parece não fazer sentido a relação entre poluição atmosférica ou do solo com horário e dia da semana, e usou-se o termo “repressão” à poluição sonora, quando teria sido mais estilisticamente adequado o uso do termo “proibição”, assim como a desnecessidade do uso simultâneo dos termos “poluição sonora”, “perturbação do sossego público” e “direito de vizinhança”. Assim, o reconhecimento da liberdade econômica também não permite a alteração da destinação

do condomínio, tampouco autoriza a redução de direitos dos trabalhadores em termos de descanso e convívio familiar.

No limite, a única liberdade econômica inovadora manifesta-se em termos de interpretação do direito, por meio de um *in dubio pro empresário*. Por exemplo, no art. 1º, § 2º, estabelece-se que, na dúvida na interpretação de normas de “ordenação pública” – melhor teria sido o uso do termo “ordem pública”, deve-se preservar a liberdade econômica e admitir a licitude do ato, em vez de pressupor a má-fé, assim como se deve conservar o contrato, favorecendo os investimentos e a amplitude dos poderes inerentes à propriedade privada. Já no art. 3º, V, segunda parte, impõe-se a preservação do contrato, quando houver dúvidas de interpretação em matéria de direito civil, empresarial, econômico e urbanístico. Poderia ficar a cargo da doutrina a elaboração de regras de interpretação do negócio jurídico (Cf. MAXIMILIANO, 2019), mas esta foi a opção do legislador.

#### 4. Desburocratização pela redução dos custos de transação

Com o intuito de facilitar a realização de atividades econômicas, medida salutar da Lei n. 13.874 consistiu na redução dos custos de transação, que, de forma simples, podem ser definidos como os “atritos” decorrentes do exercício da livre iniciativa. Têm como causas o estado de informação assimétrica entre as partes, por meio do qual se dá margem ao oportunismo pelo desconhecimento da situação de fato na tomada de decisões, como também o exercício do poder de forma abusiva, quando a relação interpessoal é entre partes desiguais, em que uma pode exigir ou impor mais vantagens do que o normal. Esta situação pode ocorrer, inclusive, por meio do Estado que, no exercício do poder de polícia, impõe exigências desnecessárias, as quais não se justificam em uma análise de custo-benefício, por serem ineficazes para o propósito com que foram criadas. Reduzem-se custos de transação por meio do princípio da boa-fé, o qual impõe deveres de coerência comportamental, ou proibição do comportamento contraditório (“*venire contra factum proprium*”), informação e cooperação ou consideração para com o outro. (TOMASEVICIUS FILHO, 2007).

Nesse sentido, tem-se, no art. 4º, V, a regra, embora com redação incompleta, de que é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei a proibição de “aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios”, entendendo-se “benefícios” como prova da facilitação do exercício da livre iniciativa ou da liberdade de contratar. De igual modo, impõe-se ao Estado, no art. 3º, V, o dever de considerar que o particular pode “gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica (...)”.

Exige-se do Estado a observância do dever de coerência comportamental, conhecido por princípio da confiança no direito administrativo, quando, ao reconhecer-

se tratamento isonômico do particular, a administração é obrigada a usar os mesmos “(...) critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores (...)”, conforme disposto no art. 3º, IV. Outra situação de proibição do comportamento contraditório do Estado é aquela correspondente ao art. 4º, IX, em que se veda “exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei”.

Em relação ao disposto neste inciso I, de acordo com o qual é lícito “desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica”, pretendeu-se estimular a atividade do microempresário individual, dispensando-o de alvarás e demais autorizações, quando o controle do entre risco da atividade pelo Estado for ineficaz. Acerca do que se considera de “baixo risco”, reconhece-se no art. 3º, § 1º a competência residual do Poder Executivo Federal para tal definição, quando esta não for feita por legislação estadual, distrital ou municipal específica. Assim, na ausência dessas normas, aplica-se a Resolução n. 51, de 11 de junho de 2019, do âmbito do Ministério da Economia, que versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória n. 881,<sup>5</sup> nos termos do art. 4º, § 5º da Lei n. 11.598, de 3 de dezembro de 2007.

Ao verificar-se a relação de atividades de baixo risco, a maior parte delas realmente tem essa característica, excetuando-se, por exemplo, a de aluguel de material médico. No entanto, não se justifica a referência à propriedade privada própria ou de terceiros consensuais para que se reconheça tal liberdade. Existem atividades de baixo risco que são exercidas sem qualquer objeto material, como os serviços de ensino e de tradução. Também causa estranheza a expressão “terceiros consensuais”, pois não faria sentido pensar em exercício de atividade econômica com o uso não consensual de coisa alheia. Para que o Estado não perca seu poder de fiscalização, basta que o Estado ou município edite norma definidora de atividades de baixo risco para considerá-las como de médio risco, mantendo-se o *statu quo ante*.

No que concerne ao dever de cooperação do Estado, tem-se o disposto no art. 4º, V, em que é vedado “criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros”, como também no art. 3º, XII, de acordo com a qual é direito do particular “não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei”,

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Resolução n. 51, de 11 de junho de 2019. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Edição 112, Seção 1, p. 30, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-51-de-11-de-junho-de-2019-163114755>. Acesso em: 10 dez. 2019.

complementada pelo § 11 do mesmo artigo, de acordo com o qual “(...) é ilegal delimitar prazo de validade de certidão emitida sobre fato imutável, inclusive sobre óbito”. Igualmente se reduzem custos de transação por meio da autorização contida no art. 3º, X, de que se pode “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”.

Na Lei n. 13.874, há regras adicionais voltadas à redução dos custos de transação daquele que exerce atividade econômica. Trata-se do art. 3º, IX, que impõe prazo máximo de resposta para que a administração pública se manifeste sobre “(...) solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica (...) sujeitos a essa lei, o qual é complementado pelo § 8º deste artigo, de acordo com o qual esse prazo máximo será definido pelo “(...) órgão ou entidade da administração pública solicitada, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência, observados os limites máximos estabelecidos em regulamento”. No entanto, o próprio Estado não quis abrir mão de certas prerrogativas de abuso quanto ao atendimento do interesse do particular, posto que, no § 6º do art. 3º, exclui-se tal exigência quando se tratar de questões tributárias ou de concessão de registro de marcas, ou quando importar compromisso financeiro da administração pública ou em caso de objeção expressa em tratado em vigor no País. Excetuando-se essa última situação, a demora da decisão administrativa impacta negativamente no funcionamento da economia. Em outras palavras, a lei autorizou a lentidão do Estado nos casos em que se requer rapidez.

Ainda relacionado ao dever de agir conforme a boa-fé, a Lei n. 13.874 proíbe o abuso do direito, sobretudo quando este ato gera custos de transação proibitivos ou muito elevados, pelo exercício do poder de polícia, regulamentar ou regulatório, conforme o caso. Por exemplo, não se pode, pelo art. 4º, III, “exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado”, nem, de acordo com o art. 4º, IV, “redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco”. No mesmo sentido, tem-se o disposto no art. 3º, XI, em que se veda exigir “medida ou prestação compensatória ou mitigatória (...) em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico (...)”, entre as quais aquelas que exigem medidas inócuas, extraordinárias, irrazoáveis, desproporcionais, coativas e intimidatórias. Como medida preventiva de geração de custos de transação, o art. 5º da Lei n. 13.874 estabelece a obrigatoriedade da análise de impacto regulatório, prática que surgiu nos Estados Unidos e adotada pelos países-membros da OCDE. Mesmo que não se consiga evitar o mal decorrente do excesso de regulação, ao menos, com essa

regra, exigir-se-ão justificativas mais técnicas para a elaboração de normas relacionadas à intervenção do Estado na economia.

##### 5. Desburocratização pela alteração e revogação de leis especiais

A Lei n. 13.874 promoveu alterações significativas em leis especiais também com o intuito de redução dos custos de transação. Em linhas gerais, consiste na adoção de documentos em suporte digital, como também na digitalização de arquivos e documentos em suportes físicos.

Estatuiu-se regra geral na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), para permitir a escrituração, publicidade e conservação dos registros em meio eletrônico. Dessa forma, com o passar dos anos, os livros físicos dos registradores serão eletrônicos, tal como se tem em matéria contábil. No mesmo sentido, a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, sobre elaboração e arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos, tinha sido publicada sem o vigor que dela se esperava, posto que se havia vetado o art. 2º, que autorizava o armazenamento de documentos públicos e privados em meios eletrônicos, sob a alegação de que se causaria insegurança jurídica. Agora, corretamente, a Lei da “Liberdade Econômica” autoriza esse armazenamento, como também a destruição dos originais, exceto aqueles de valor histórico, tendo o suporte digital a mesma força probante do documento em suporte físico. Criou-se a “Carteira de Trabalho Digital”, por meio das alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, assim como se alterou a Lei n. 6.404/76, para que, por meio do art. 85, §§ 1º e 2º, seja possível a subscrição de ações por meio de envio de carta, quando atender ao disposto no prospecto e acompanhado da respectiva integralização e dispensa de assinatura, quando esta for realizada por meios eletrônicos.

Quanto ao aperfeiçoamento do registro do comércio, as Leis n. 13.874 e n. 13.833 (esta última de 4 de junho de 2019, resultante da conversão da Medida Provisória n. 861, de 2018), modificaram a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, prevendo a publicidade dos atos na Internet e o registro deferido automaticamente nos casos previstos em lei. Foram alteradas normas relativas à cobrança de créditos da União, previstas na Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, sobre o Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – CADIN. Ficam autorizadas a dispensa da cobrança de tributos e a desistência de processos judiciais em que, por parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, se tenha concluído pela procedência dos argumentos do particular, ou por efeito de decisão dos tribunais superiores.

## 6. A adequação de institutos de direito privado

De modo a procurar o aperfeiçoamento do exercício da atividade econômica, a “Lei da Liberdade Econômica” alterou institutos de direito privado, assim como inseriu outros, para que estivessem adequados à nova realidade que se pretende estabelecer na economia brasileira.

### 6.1. Pessoa jurídica

O primeiro tema que sofreu alterações foi em matéria de pessoa jurídica, visando à redução dos riscos da atividade empresarial em termos de responsabilidade patrimonial do empresário.

A finalidade da pessoa jurídica é a separação das atividades específicas de uma ou mais pessoas, em relação às demais atividades exercidas na vida civil. Todos podem realizar atividades econômicas em nome próprio, arriscando todo o patrimônio pessoal como garantia de pagamento dos credores, mas se podem reduzir esses riscos ao exercerem tais atividades por meio de uma pessoa jurídica.

No entanto, é comum a situação em que se pode fazer mau uso dela. A partir do famoso caso *Salomon v. Salomon*,<sup>6</sup> sustenta-se a ideia de desconconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir a expropriação dos bens pessoais dos sócios para a satisfação dos credores prejudicados. Essa ideia irradiou-se pelos ordenamentos jurídicos, foi objeto de estudo de juristas e começou a ser aplicada nos tribunais. Rubens Requião escreveu, em 1969, célebre texto sobre o tema (REQUIÃO, 1969), apontando que a jurisprudência brasileira já vinha desconsiderando a pessoa jurídica em casos excepcionais.

O Código de Defesa do Consumidor instituiu a desconconsideração da personalidade jurídica no art. 28, de forma objetiva, conhecida como “teoria menor”, sem que se tenha que levar em consideração elementos de conduta subjetiva dos sócios, e o Código Civil de 2002 adotou tal possibilidade no art. 50, exigindo, ao contrário, a existência daqueles elementos subjetivos, razão pela qual se fala em “teoria maior”. O Código de Processo Civil de 2015 regulou o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Devido às reclamações quanto a facilidade para a desconconsideração da personalidade jurídica, especialmente em matéria trabalhista, a Lei n. 13.874 resgatou a disposição existente no Código Civil de 1916, pela reafirmação do conceito de pessoa jurídica, de acordo com o qual “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus

<sup>6</sup> UNITED KINGDOM. House of Lords. *Salomon v A Salomon & Co Ltd*. [1896] UKHL 1, [1897] AC 22. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

membros”. No art. 49-A, tem-se que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”.

Curioso é o enunciado do parágrafo único do art. 49-A, pelo qual o legislador manda um “recado” a todos: “A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”. Além do deselegante termo “segregação” – por exemplo, se poderia ter usado o termo “redução”, este art. 49-A, parágrafo único, parece declarar legislativamente a função social da pessoa jurídica, ao esclarecer a sua finalidade e que o seu uso atende ao interesse da sociedade.

O art. 50 do Código Civil de 2002 foi modificado pela Medida Provisória n. 881, convalidando-se essa situação na Lei n. 13.874. Alterou-se a redação do *caput*, substituindo o verbo “decidir” por “desconsiderá-la”, o que nada muda em termos normativos, e inseriu a expressão “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, repetindo-se a palavra “abuso” duas vezes na mesma frase, o que não é adequado do ponto de vista estilístico.

Os parágrafos 1º e 2º do novo art. 50 descrevem as hipóteses de desvio de finalidade e de confusão patrimonial. Definiu-se como desvio de finalidade a “(...) utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza” e, como confusão patrimonial, a “(...) ausência de separação de fato entre os patrimônios”, exemplificando-se como “I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa”; “II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante” e “III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

No entanto, essas hipóteses já eram exemplificadas pela doutrina brasileira, de modo que se questiona em que medida essa exemplificação normativa concorrerá para a proteção da livre iniciativa no Brasil. A título de exemplo, basta ler o que Maria Helena Diniz (2014. p. 354) já explicava em seu curso:

Pelo Código Civil, como se vê, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins (objetivo diferente do ato constitutivo para prejudicar alguém; mau uso da finalidade social) que determinaram sua constituição, pelo fato de os sócios ou administradores a utilizarem para alcançar objetivo diverso do societário, ou, quando houver confusão patrimonial (mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando dano a terceiro) em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes e abusos dos

sócios que dela se valeram como escudo, sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica.

De forma positiva, tal como se fez no Código de Processo Civil de 2015, reconheceu-se no art. 50, § 3º a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica, para que os bens da pessoa jurídica possam ser usados para pagamento de credores das pessoas naturais. Definiu-se, com redação ambígua, no art. 50, § 4º, que grupo econômico não é, por si só, motivo para desconsideração da personalidade jurídica, ou que não se podem estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica a outras pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico e, no art. 50, § 5º, que “não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”. Em outras palavras, não se admite a desconsideração quando a alteração tácita do objeto social for lícita.

De fato, a reforma do art. 50 do Código Civil não será suficiente para a pretendida redução dos riscos do empresário em matéria de responsabilidade patrimonial. Basta lembrar que as duas situações mais comuns de desconsideração da personalidade jurídica, que afetam a atividade empresarial, decorrem da aplicação em matéria consumerista, por meio do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, e, sobretudo, em matéria trabalhista, que também aplica esse mesmo dispositivo legal de forma análoga por ser mais protetiva ao trabalhador. Para lograr a redução dos riscos da atividade empresarial, como se pretendeu fazer, o correto seria ter inserido capítulo específico na Consolidação das Leis do Trabalho acerca desse instituto jurídico.

Também se adotou, por meio da Lei n. 13.874, a sociedade unipessoal no direito brasileiro. Por muito tempo, grande parte dos empresários brasileiros usou a sociedade limitada para conseguir a limitação da responsabilidade patrimonial, por meio de sociedade com o cônjuge, parente ou profissional, com a única finalidade de obter-se o mínimo de sócios necessários para a sua constituição. Ainda que um dos sócios tivesse cinquenta por cento das quotas, era essa divisão uma situação meramente formal. Entre as possibilidades de limitação de capital, havia o patrimônio de afetação, adotado na Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, por meio da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, como também se poderia ter admitido a sociedade unipessoal ou, ainda, a figura do empresário individual de responsabilidade limitada, reconhecida em outros ordenamentos jurídicos. O legislador brasileiro, por meio da Lei n. 12.441, de 11 de junho de 2011, acertadamente criou a figura da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, inserindo-a no art. 980-A do Código Civil de 2002.

No entanto, em certas praças comerciais, como a de São Paulo, a EIRELI não foi bem-aceita, ou usada em menor frequência que a esperada, sob a alegação principal de que o capital social mínimo exigido para sua constituição seria muito elevado (cem salários mínimos). Em vez de corrigirem-se os erros, aprimorando o que já existe,

optou-se por inserir a figura da sociedade unipessoal no art. 1.052, §§ 1º e 2º. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro tem dois institutos jurídicos para uso na mesma situação, o que não parece ser adequado, do ponto de vista de técnica legislativa.

Ainda em relação à EIRELI, o legislador reafirmou no art. 980-A do Código Civil aquilo que está previsto no art. 49-A do mesmo texto legal, de que o patrimônio social responderá pelas dívidas da empresa, sem confundir-se com o patrimônio pessoal do empresário. Porém, parece que restringiu o alcance do art. 50, relativo à desconsideração da personalidade jurídica, posto que esta se aplicaria somente em casos de fraude, mas não para confusão patrimonial.

## 6.2. Contratos

O segundo tema que sofreu alterações foi o contrato, tanto em relação à sua interpretação, quanto à função social.

O art. 113 do Código Civil previu a interpretação conforme a boa-fé e os usos do lugar em sua celebração. Esta consiste na vedação ao intérprete de propor entendimentos abusivos, oportunistas, que estejam em contradição com o comportamento adotado, de modo a obter vantagens não previstas entre as partes. Quanto aos usos do lugar de sua celebração, consiste no emprego dos termos consagrados em determinado setor, de compreensão de todos, em vez de buscarem-se interpretações supostamente inovadoras.

A Lei n. 13.874 inovou em relação à Medida Provisória n. 881, inserindo-se dois parágrafos ao art. 113 do Código Civil, os quais são pouco elucidativos, ou até mesmo redundantes. Por exemplo, o art. 113, *caput*, estabelece a interpretação conforme a boa-fé e o § 1º, III, desse mesmo artigo, prevê que o negócio deve ser interpretado de modo a corresponder à boa-fé. O mesmo art. 113 dispõe sobre usos do lugar de sua celebração e o inciso II estabelece que o negócio deve ser interpretado em correspondência aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. Mais uma redundância decorre da regra relativa à interpretação em favor de quem não redigiu a cláusula, nos termos do art. 113, § 1º, IV, à semelhança dos contratos de adesão, em que se faz em favor de quem não redigiu a cláusula.

De qualquer modo, o legislador estabeleceu, no § 1º, I, a figura da *supressio*, por meio da qual se reconhece, com fundamento na boa-fé, que deve prevalecer o entendimento decorrente do comportamento tácito de concordância com a alteração do que previamente foi estabelecido no contrato. Estabeleceu-se como regra de interpretação, no art. 113, § 1º V, o critério de “razoável negociação das partes”, sendo que seria mais adequado falar em “razoável intenção das partes”. Não há como qualificar uma negociação como razoável ante a liberdade de contratar, mas, por outro lado, é possível reconstruir a comum intenção das partes, a partir do que o próprio dispositivo estabeleceu, em termos

de racionalidade econômica, informações disponíveis no momento da celebração e demais disposições do negócio. Ademais, a regra do novo art. 113, § 2º, a qual permite às partes “pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” é tão dispensável quanto aquela do art. 425 do Código Civil, por meio do qual se reconhece a possibilidade de celebração de contratos atípicos.

A Medida Provisória n. 881 quis trazer regras sobre interpretação dos contratos de adesão bastante confusas. Em substituição à redação original do art. 423, de acordo com a qual “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, estipulou-se nova redação, de acordo com a qual “Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”. Inseriu-se, provisoriamente, ao parágrafo único ao art. 423, que “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”. Pretendeu-se, com essa medida, que, na dúvida quanto à interpretação de contratos sem cláusulas ambíguas ou contraditórias, beneficia-se quem não as redigiu. Com efeito, se houve dúvidas interpretativas é porque a cláusula era ambígua ou contraditória. Porém, ao final, não foram aceitas as modificações ao art. 423, relativas aos contratos de adesão, conservando-se a redação original.

A função social do contrato foi e continua sendo a expressão da socialidade no direito privado, tal como preconizou Miguel Reale, enquanto coordenador da comissão de elaboração dos trabalhos que resultaram no Código Civil de 2002. É uma derivação da ideia de função social da propriedade, em que se regula a harmonização dos interesses do indivíduo-proprietário, com os interesses da coletividade. Por analogia, em matéria contratual, as partes não podem levar em consideração somente os seus interesses pessoais, mas também devem atentar-se às consequências que podem resultar na esfera de terceiros pelo exercício da liberdade de contratar, assim como a sociedade tem interesse que a finalidade do contrato seja mal usada pelas partes, sobretudo, para evitar que aquela mais forte obtenha mais vantagens do que poderia, em face da parte mais fraca. Por exemplo, o contrato de emprego tem grande função social, porque o trabalho é um dos fundamentos da ordem econômica.

No Código Civil de 2002, a função social do contrato foi consagrada no art. 421, em que se declarava que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Devido a críticas da doutrina, entendia-se que a expressão “em razão” era a consagração de valores do corporativismo, havendo um dever de produção de resultados benéficos à sociedade no exercício da liberdade de contratar. Apesar de o art. 421 do Código Civil de 2002 referir-se a todo e qualquer contrato,

verificava-se na jurisprudência que situações de aplicação da função social do contrato eram justamente aquelas que se referiam aos denominados “contratos existenciais”, cujo conteúdo versa sobre direitos sociais previstos no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, entre os quais a saúde, educação e moradia. Praticamente, não se admite a aplicação da função social nos denominados “contratos empresariais”. Isso não significa que sejam desprovidos de função social. O que se tem é que, quando contratos empresariais têm grande função social, como nos casos em que seu conteúdo consiste, por exemplo, na reorganização das estruturas de mercado, afetando a concorrência, a função social desses contratos será julgada previamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do art. 88 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Na edição da Medida Provisória n. 881, inseriu-se nova redação ao art. 421 do Código Civil, a qual se tornara tautológica: previa-se o exercício da liberdade, a qual era limitada pela função social do contrato, que, por sua vez, era neutralizada pelas liberdades consagradas na “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. Ademais, inseriu-se, provisoriamente, que se deveria prevalecer nas relações privadas o princípio da intervenção mínima do Estado por qualquer dos seus poderes, limitando a revisão contratual a situações excepcionais. A intenção do Poder Executivo, por meio da medida provisória, foi a de esvaziar o conteúdo do princípio da função social do contrato, o qual, dessa forma, não mais poderia ser invocado amplamente em situações que envolvessem direitos sociais, inclusive. Com redação malfeita na Medida Provisória, inseriram-se os arts. 480-A e 480-B, de acordo com os quais se estabelecia que, em contratos celebrados entre empresas, admitir-se-iam parâmetros de interpretação de revisão e resolução contratuais, como também se impunha a presunção de simetria dos contratantes e o respeito ao que foi estipulado em termos de alocação de riscos.

Com a conversão da Medida Provisória em Lei, corrigiram-se essas deficiências técnico-normativas. Abandonou-se a ideia de que a função social do contrato é limitada pela “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, limitando-se a suprimir o termo “em razão”, existente no art. 421 do Código Civil de 2002. Inseriu-se parágrafo único a este artigo e as alterações e inclusões no art. 480 foram deslocadas para o novo art. 421-A do Código Civil, preservando-se o modelo de revisão contratual no texto original.

Em relação ao art. 421, parágrafo único, e 421-A, do Código Civil, estatuídos pela Lei n. 13.874, podem ser feitas importantes observações. A primeira delas é a redundância. Se o enunciado do art. 421, parágrafo único, impõe a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, questiona-se a necessidade do inciso III do art. 421-A, de acordo com o qual “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. A segunda delas é a presunção de que contratos civis e empresariais gozam da presunção que são paritários e simétricos, salvo a verificação de elementos concretos que evidenciem o contrário ou aplicação de legislação especial. Não é de boa técnica o Estado

pretender a realização de prévia interpretação contratual legislativa, quando é plenamente possível a qualquer pessoa o questionamento da imposição de cláusulas ou insurgência quanto ao desequilíbrio contratual por força da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O enunciado normativo do art. 421, parágrafo único, deveria trazer, logo após “nas relações contratuais privadas”, a expressão “regidas por este Código”, uma vez que não há como afastar a intervenção do juiz nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de lei especial e também por ser direito fundamental e fundamento da ordem econômica, previstos na Constituição Federal. Do mesmo modo, não há motivos para ter-se inserido a palavra “negociantes” no inciso I do art. 421-A, pois o fato descrito neste inciso pode também ocorrer em contratos de adesão. Tendo em vista a liberdade de contratar assegurada no art. 421, *caput*, do Código Civil, sempre foi lícita a inserção de parâmetros objetivos de interpretação de cláusulas contratuais ou de pressupostos de revisão ou resolução. A alocação de riscos, prevista no art. 421-A, II, deve sim ser respeitada e observada, porque é expressão da força obrigatória dos contratos, sendo desnecessária a sua previsão, posto que o próprio art. 421, parágrafo único, e o redundante art. 421-A, III, preveem a revisão contratual, assim como não se pode imaginar, no limite, que se admita determinada assunção de riscos, quando esta estiver em desacordo com a função social do contrato.

### 6.3. Fundos de investimento

A Lei n. 13.874 também acrescentou capítulo sobre fundos de investimento no Código Civil. Essa matéria já tinha previsão legal desde a Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais no Brasil e, atualmente, é regulada de forma específica e detalhada em diversas instruções da Comissão de Valores Mobiliários,<sup>7</sup> em especial, a Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014.

A redação original, constante na Medida Provisória n. 881, era bastante sucinta, e previa a competência da Comissão de Valores Mobiliários para essa matéria. Em linhas gerais, pretendeu-se apenas fazer a sua previsão em lei geral, para que se conferisse maior segurança jurídica a essa atividade. No entanto, ao ter-se colocado essa disciplina no Código Civil, no livro do Direito das Coisas, no título relativo à propriedade,

<sup>7</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. *Portal da Comissão de Valores Mobiliários*, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst555.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

com a reprodução de que se tratava de comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, a consequência jurídica dessa decisão inadvertida era inevitável: o fundo de investimento teria como disciplina geral as regras sobre condomínio. Aliás, nem se requeria profundo conhecimento em mercado de capitais para deduzir que o regime jurídico do condomínio é inaplicável a fundos de investimento. As regras sobre condomínio surgiram para minorar os efeitos da situação em que mais de uma pessoa disputa o uso e a fruição de uma coisa, por todas terem os mesmos direitos e poderes, como também cuidam dos atos de disposição da coisa entre eles. Ao contrário, os fundos de investimento têm como natureza jurídica a comunhão, à semelhança do que se tem nos regimes de bens. Não é porque se usou o termo “condomínio”, que os fundos de investimento teriam sua natureza jurídica alterada. Tal situação é similar àquela que se tinha com o Decreto-Lei n. 911, que dispunha acerca da conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, com o único intuito de promover a prisão civil do devedor da coisa alienada fiduciariamente.

Na conversão da Medida Provisória n. 881 na Lei n. 13.874, alteraram-se substancialmente as regras relativas aos fundos de investimento. Curiosamente, afirmou-se, no art. 1.368-C, que estes são constituídos sob a forma de condomínio especial, para afastar a crítica feita quanto à aplicação indevida das regras gerais sobre condomínio, de modo que “Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código”. Ou seja, trata-se de condomínio ao qual não se aplica uma regra sequer sobre condomínio! Trata-se de violação da lógica formal, porque algo não pode, simultaneamente, ser e não ser: *tertium non datur*. Melhor seria terem-se inserido essas regras na Lei n. 4.728 ou ter criado lei específica para isso, em vez do Código Civil. Doravante, nas faculdades de direito, o tema “fundos de investimento” fará parte do conteúdo programático da disciplina de direito das coisas, totalmente dissociado do contexto da matéria. Em todos os semestres essa situação se repetirá: “Professor, o que cai na prova?” e a resposta será: “A matéria de prova será posse, propriedade, direitos de vizinhança, usucapião, condomínio e... fundos de investimento”.

## Conclusão

Considerando a existência de histórico legislativo de tentativas frustradas ou ineficazes de pôr fim à desburocratização, para facilitar o exercício da livre iniciativa, a Lei n. 13.874 dificilmente terá vigor suficiente para impor a mudança desses comportamentos arraigados desde há muito tempo na cultura brasileira. Como visto, existe um vazio normativo na “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, porque quase nada se inovou em relação ao que já existia na Constituição Federal de 1988, no capítulo sobre a ordem econômica. Se já havia regra anterior e nada havia mudado, não será agora com a Lei n. 13.874, que tudo se transformará rapidamente.

As alterações realizadas no Código Civil de 2002 não surtirão os efeitos esperados, posto que foram atacados problemas inexistentes, deixando-se de lado o que se deveria ter feito. É o caso da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil, em que se especificou a matéria, mas se esqueceu que esta regra, tanto na redação original, quanto na redação nova, não são aplicadas pela Justiça do Trabalho. Do mesmo modo, a estrutura normativa da função social do contrato foi modificada, mas esta não é usada em contratos empresariais em geral. Em vez de aperfeiçoar a EIRELI, criou-se a sociedade unipessoal. Por fim, inseriu-se, indevidamente, a disciplina dos fundos de investimento no livro sobre direito das coisas, como se esse fosse o fator que impedia maior desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil.

Portanto, a Lei n. 13.874 parece ser mais um texto repleto de boas intenções, que fará parte da coleção de outros diplomas legais sobre o mesmo tema. No máximo, pode-se esperar serão eficazes as regras de eliminação de custos de transação com certidões, registros e cadastros, assim como a obrigatoriedade da coerência de comportamento na tomada de decisões, no sentido de proteção da boa-fé do particular e vedação do abuso do direito no poder regulamentar de atividades econômicas, por meio da análise do impacto regulatório. Mais eficazes talvez sejam as alterações que, por intermédio desta Lei, se fizeram em leis especiais, como nos casos relacionados a Juntas Comerciais, cobrança de tributos, registros eletrônicos e digitalização de documentos públicos e privados. Em suma, será essa reforma legislativa realizada nas leis especiais que facilitará a vida de quem pretende exercer atividades econômicas, em vez de invocarem-se direitos e garantias da “Lei da Liberdade Econômica”.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

## Referências

- ALEMANHA. *Weimar Constitution*, 1919. Disponível em: [https://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_yve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy](https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_yve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy). Acesso em: 10 dez. 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução: Mario da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BELTRÃO, Hélio. *Descentralização e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 1984.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. *Portal da Comissão de Valores Mobiliários*, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst555.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Resolução n. 51, de 11 de junho de 2019. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, Edição 112, Seção 1, p. 30, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-51-de-11-de-junho-de-2019-163114755>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Teoria geral do direito civil.

DUVERGER, J. B. (org). *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*. 2. ed. Paris: A. Guyot et Scribe, 1834. Tome troisième.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermeneutica e aplicação do direito*. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, Barcellos, Bertaso & Cia, 1925.

MÉXICO. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857. *Diario Oficial: órgano del gobierno provisional de La Republica Mexicana, Poder Ejecutivo*, Mexico, Tomo 5, n. 20, p. 149-161, 5 feb. 1917. Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf). Acesso em: 10 dez. 2019.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PORTUGAL (Reino de). Primeiro Livro das Ordenações. Título LXVIII. Dos Almotacés. In: PORTUGAL. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. Fac-similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821, por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

THE WORLD BANK. *Doing business*. Measuring business regulations. Disponível em: [https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/pdf/db2020/Doing-Business-2020\\_rankings.pdf](https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/pdf/db2020/Doing-Business-2020_rankings.pdf). Acesso em: 10 dez. 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Infra-estrutura de transportes brasileira e o custo Brasil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 9, n. 13, p. 193-221, jan./dez. 2004.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *Salomon v A Salomon & Co Ltd*. [1896] UKHL 1, [1897] AC 22. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

