

## **A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA (MP Nº 881) E O DIREITO PRIVADO**

*Sílvia de Salvo Venosa*

### **1. O sentido da lei.**

Foi expedida pela Presidência da República, em 30 de abril deste ano de 2019, a Medida Provisória nº 881, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e dá várias outras providências.

O objetivo do diploma, como sustenta a Presidência, é diminuir a ingerência do Estado na atividade econômica. O texto prevê, entre outras providências, o fim da prévia autorização para atividades econômicas de baixo risco, trazendo, em tese, a possibilidade de menor burocracia para licenças, registros e alvarás como condição prévia para o exercício de atividade. Segundo sinalizou o Ministério da Economia, o texto baseia-se em princípios de liberdade de empreender, modernizar, contratar bem como liberdade econômica. A norma é, sem dúvida, essencialmente programática, devendo ser regulamentada, representando a intenção do Governo Federal de incentivar os agentes econômicos nacionais e estrangeiros a exercer atividade no País, com o objetivo de dinamizar nossa competitividade internacional.

Busca-se, ademais, maior segurança jurídica nos investimentos, com alterações em leis tais como a de sociedades anônimas, de recuperação judicial, Código Civil e outras. Várias disposições necessitam de regulamentação.

A Medida objetiva afastar a estagnação econômica e o alto índice de desemprego que nos assola desde governos passados. No art. 1º do diploma descortina-se o desiderato:

*“Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador...”*

O texto legal dessa Medida Provisória deverá ser observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho bem como na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção do meio ambiente (§1º).

Os direitos nela previstos, como parece evidente, não se aplicam, em princípio, a situações que envolverem segurança nacional, segurança pública ou sanitária ou saúde pública; quando se tratar de defesa da concorrência, direitos do consumidor e demais disposições protegidas por lei, com algumas outras exceções atinentes a empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Essa exortação legal, como norma programática que é, se dirige aos aplicadores da lei, precipuamente aos agentes da Administração, legisladores e aos juízes. Não resta dúvida que no seu vasto campo de aplicação, tudo que é alcançado pela presente lei deve ter a interpretação legal determinada. Cuida-se aqui de raro exemplo de interpretação legal ou autêntica da norma, algo que raramente se vê nos sistemas. Há, contudo, um aspecto flexível na lei a ser levado em consideração, o que aproxima o texto das chamadas cláusulas abertas. Veja que o art. 2º estabelece:

*“São princípios que norteiam o disposto nesta medida provisória:*

*I – a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas;*

*II – a presunção de boa-fé do particular; e*

*IV – a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”.*

Cuida-se de verdadeiras regras de conduta para os agentes públicos e regras interpretativas a serem seguidas pelos magistrados. Não se pode mais partir do malfadado vezo de a Administração julgar sistematicamente pela má-fé do Administrado, regra não escrita, que nos acompanha desde o período colonial.

Assim, cada vez mais verdadeiro que interpretar o Direito não significa simplesmente tornar clara ou compreensível as normas, mas principalmente revelar seu sentido apropriado para a vida real. Interpretar é de fato, a ponte que une o abstrato ao mundo real. Assim o intérprete é um renovador, pois atualiza a extensão e compreensão das normas para o presente:

*“O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Essa é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas bastos, 1961, p.26).*

Nessa norma há sem dúvida um desafio que exige uma nova postura perante as leis e regulamentos, distante dos empedernidos regimes e sistemas que nos sufocam. Oxalá possam todos os aplicadores da lei neste País, em todos os níveis, em todos os Poderes, absorver os elevados ditames da presente lei, em prol de uma sociedade mais justa, mais equânime e menos burocrática.

Muitas disposições do texto se aproximam do que a doutrina denomina interpretação autêntica. Exorta-se os aplicadores a sustentar positivamente seus princípios de programa. São normas interpretativas expostas pelo próprio legislador.

A finalidade legal é aprimorar e sustentar a vontade contratual das partes, com mínima intervenção do Estado. Isso fica bem claro em vários dispositivos da lei.

## **2. Desconsideração da pessoa jurídica.**

A Medida Provisória alterou a redação do art. 50 do Código Civil em seu *caput* e inseriu cinco parágrafos.

*“ART.50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.*

*“§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.*

*“§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios caracterizada por:*

*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 o de valor proporcionalmente insignificante; e*

*III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.*

*“§ 3º O disposto no caput e nos §1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica”.*

*“§4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”;*

*“§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica”.*

Com esse novo texto há uma substancial alteração na extensão e compreensão para a caracterização da desconsideração da pessoa jurídica, o que, a nosso ver, tornará mais complexa a tarefa do juiz, porém propiciará decisões mais justas.

Deve ser utilizada a desconsideração sempre que a personalidade da pessoa jurídica seja utilizada para fraude. Quando a pessoa jurídica age para fugir de suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, deve ser atingido o patrimônio dos sócios ou de terceiros que tenham se valido do estratagema. A esse respeito deve ser lembrada a dicção colocada por esta lei no final da redação do ar. 50: os bens atingidos pela desconsideração devem alcançar os *direta ou indiretamente envolvidos* no abuso ou na fraude. Essa posição já vinha sendo determinada pela jurisprudência, não sem alguma dificuldade. A desconsideração deve ser sempre considerada quando a personalidade jurídica sofre desvio de finalidade. Note que o § 3º acrescentado menciona que a desconsideração também deve ser aplicada aos sócios e administradores da pessoa jurídica, a saber, quando essas pessoas naturais desviam bens próprios para pessoa jurídica para finalidades fraudulentas. Cuida-se do que podemos denominar *desconsideração inversa da pessoa jurídica*.

As modalidades de fraude são infindáveis, não se podendo aprioristicamente descrevê-las. Daí porque o texto adverte que não há número fechado de hipóteses e menciona no inciso III do § 2º “*outros casos de descumprimento de autonomia patrimonial*”. Nem sempre a caracterização da fraude será facilmente descoberta. Poderá necessitar prova técnica que somente o caso concreto poderá constatar.

O novo texto adverte que a mera existência de um mesmo grupo econômico entre as empresas não implica em desconsideração. Impõe-se, nesse caso, comprovação cabal de fraude.

Lembre-se que persistem integralmente os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, inclusive os dispositivos da desconsideração da pessoa jurídica, que devem se integrar e interagir com os textos do Código Civil.

Em síntese, a teoria da desconsideração autoriza o juiz, quando há desvio de finalidade, a não considerar os efeitos da personificação, para que sejam atingidos bens particulares dos sócios (ou vice-versa, como aponta o presente texto legal), ou de outras pessoas jurídicas, mantidos incólumes pelos fraudadores, para propiciar ou facilitar a fraude.

Essa Medida Provisória introduziu também na lei de recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005) o art. 82-A, se reportando à possibilidade de aplicação dos efeitos da falência com desconsideração da pessoa jurídica quando presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil.

### **3. Função social do contrato.**

O art. 421 do Código Civil teve acréscimo de dicção determinando a observação da presente lei à função social do contrato:

*“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”.*

Esse decantado dispositivo do Código Civil gerou grandes discussões sobre seu alcance. O texto indica uma das denominadas normas abertas ou genéricas, a ser preenchida pelo julgador no caso concreto. Sempre nos posicionamos no sentido que não cabe destacar aprioristicamente o que significa a função social do contrato e o que viola essa função. Preservada a autonomia da vontade, o grande baluarte pactual, importa verificar no caso concreto se o contrato em si, ou cláusulas deste, transgridem uma função social. Não só o caso concreto responderá a questão, como outros fatores como o momento histórico e o posição geográfica do contrato, por exemplo. Um mesmo contrato pode ter valoração diversa depois de dez anos de vigência, como um mesmo contrato firmado no norte do país pode ter uma característica diversa de outro concluído no sul.

O fato, de essa nova lei determinar que na avaliação da função social do contrato se levará em conta seus princípios, adiciona um *plus* na avaliação do julgador e das próprias partes, para definir sua eventual invalidade. O contrato poderá, por exemplo, contrariar a proteção ao meio ambiente, prejudicar uma vizinhança, tangenciar a observância da lei trabalhista etc. Nada que no passado não fosse levado em conta, porém, de forma enfática a presente lei deseja que se leve em conta o espírito deste ordenamento. Os futuros julgados nos darão certamente um balizamento.

#### **4. Contratos de adesão.**

Foi modificada a redação do art. 423 do Código Civil:

*“Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”.*

*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 controversa”.*

Não nos parece que a alteração desse artigo, no *caput*, já que houve introdução de parágrafo, tenha sido necessária. O texto originário mencionava *cláusulas ambíguas ou contraditórias*, que certamente geram dúvidas. Parece-nos que *“a última flor do Lácio, inculta e bela”* cantada em versos por Camões, está cada vez menos culta e menos

bela. O texto originário de Miguel Reale estava claríssimo. Palavras clássicas, porém, estão sendo esquecidas pelas atuais gerações e por nossos legisladores.

A ideia do texto, desde o sempre lembrado Pothier, é que quem redigiu o texto deve ser claro. Se não o foi, na dúvida prepondera a interpretação daquele que não redigiu as cláusulas, o aderente. Mesma noção presente na legislação consumerista.

O legislador do novo texto nos deixa, contudo, uma dúvida, no parágrafo único ora introduzido: se em um parágrafo, seu texto deve se referir ao *caput*. No entanto o texto dispõe que nos contratos não atingidos pelo *caput*, a dúvida beneficia a quem não redigiu a cláusula. Ora o *caput* se refere a contratos de adesão. Teria então o parágrafo o alcance de atingir todos os demais contratos? Parece que sim, pois do contrário não faria sentido se referir a cláusulas que não trazem dúvidas. O texto deveria estar em um artigo e não no parágrafo desse artigo. Leve-se em conta, da melhor forma, que se trata de má técnica redacional.

De qualquer forma, a regra interpretativa é da doutrina tradicional. independentemente de texto legal e não deve trazer dificuldades. Quem redige contrato deve ser claro e se não o foi, terá contra si a interpretação mais favorável à outra parte.

## 5. Interpretação nas relações interempresariais.

De modo que se pode considerar surpreendente, esta lei acrescenta dois novos artigos no Código Civil que cuida de relações interempresariais. Se entendesse necessários, melhor seria estarem colocados na parte do direito da empresa. Vejamos:

*“Art. 480-A. Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual”.*

*“Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida”.*

Esses textos são herméticos e de difícil compreensão, refugindo aos princípios tradicionais. As partes podem estabelecer seus próprios requisitos de revisão ou resolução dos contratos por parâmetros objetivos. Afasta-se a subjetividade, ainda que bilateral.

Quais seriam então os parâmetros objetivos para interpretação? Tabela e estudo oficial de preços; estudos efetuados por empresas especializadas? Há sem dúvida um sem número de estudos envolvendo especializações que podem ser trazidos à contratação, mas o texto não é claro.

A simetria dos contratantes é essencial em todos os contratos, empresariais ou não. Não podem os direitos onerar só um dos lados do contrato. Os dois artigos devem ser vistos em conjunto. Em síntese, o contrato deve ser equilibrado.

## 6. Fundo de investimento.

Foram introduzidos três novos artigos no Código Civil:

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

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

*Art.1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto no regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 1.358-C:*

*I - estabelecer a limitação da responsabilidade de cada condômino ao valor de suas cotas; e*

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

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

Não cremos seja o Código Civil o local mais adequado para esses dispositivos. Regula-se superficialmente o fundo de investimento, apontando-se-lhe a modalidade de condomínio, sobre o que, aliás, não resta dúvida. Os fundos de investimento são por demais complexos para serem reduzidos simplesmente a um condomínio, ainda porque suas particularidades são específicas e orientadas pelas autoridades financeiras.

O próprio texto do art. 1.368-C determina a necessidade de regulamentação pela Câmara de Valores Mobiliários. E não só por essa instituição como por autoridades estatais da área financeira e tributária. O artigo seguinte apenas indica objetivos legais do regulamento, que deverá ser muito detalhado para uma problemática ampla que abrange os fundos de investimentos. E o último artigo nada mais faz do que cancelar que a lei não terá efeito retroativo, o que é óbvio.

Mal colocada, a nosso ver, a matéria nessa Medida Provisória. Aguardemos se será mantida ou mais especificada na lei. Há necessidade de se regulamentar

particularidades dos fundos, que são inúmeros, e reduzi-los a uma fórmula simples não parece ser a solução adequada, nem o Código Civil local apropriado para tal.

Os vários fundos de investimento têm atraído cada vez mais pessoas que buscam uma alternativa à caderneta de poupança ou simplesmente diversificar investimentos. O investidor desses fundos tem acesso a uma diversidade de ativos que outras aplicações não proporcionam. Tendem a ser mais baratos e as diversas entidades financeiras, na sua concorrência, tentam apresentar melhores atrativos de taxas de administração.

Um fundo de investimento é formado por uma carteira de ativos financeiros, das mais diferentes modalidades e origens, e, como quis acentuar o novo texto legal, funciona mesmo como um condomínio: cada investidor paga uma taxa de administração e segue algumas regras estabelecidas pelo titular do fundo e pelas autoridades financeiras. No entanto, as regras do condomínio ordinário não são suficientes para caracterizá-lo. Serão tão-só normas supletivas.

Os fundos são divididos em cotas, que são atribuídas aos investidores, os cotistas. A cota é a menor parcela do fundo. O valor dessas cotas altera diariamente conforme a performance de cada fundo.

Os fundos são classificados de acordo com sua composição. Desse modo temos fundos de ações, fundos de curto prazo, de renda fixa, multimercado, imobiliários etc.

Essa variedade está a apontar a impropriedade de uma regra geral ou insignificância no Código Civil. Seguindo a orientação contemporânea, os fundos de investimento devem ser objeto de um estatuto ou microsistema, que se faz necessário, de molde a instruir os investidores sobre seus direitos e facilitar sua compreensão em geral.

.....

O intuito dessa Medida Provisória, em linhas gerais, merece encômios. Daí à sua correta aplicação há uma enorme distância a ser vencida, muitos obstáculos a serem superados, pelo próprio Poder Executivo e por todos aplicadores da legislação. Nosso enfoque aqui girou em torno das inovações no direito privado. Muito há ainda que se falar quanto aos dispositivos que tocam o direito público, matéria que certamente os doutos dessa área o farão. Ao contrário do que enunciou Dante Alighieri, não deixemos morrer nossa esperança, ainda que aparentemente nos aproximemos de um umbral.