

Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica

Marcos Catalan

Editor Chefe

UnilaSalle, Canoas, RS, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-4775-7161>

Dar livre curso ao desenvolvimento ‘espontâneo’ não cria as condições da liberdade. A ‘mão invisível’ acaba por desembocar em um monopólio absoluto ou na guerra de todos contra todos, mas não na harmonia¹.

Há pouco mais de um quarto de século foram publicadas, na Itália, interessantíssimas reflexões sob o título *Il diritto privato futuro*². O livro, nascido na bricolagem de ideias lapidadas por autores do calado de Francesco Galgano, Pietro Rescigno, Pietro Perlingieri, Nicolò Lipari e Luigi Ferrajoli, tangencia aspectos importantes imbricados entre o intangível universo de possibilidades que envolve, sem limitá-lo, o exercício de liberdades positivas, a dimensão dogmática da autonomia negocial e a inegociável proteção da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Tal preocupação, aliás, pode ser encontrada desde seus primeiros instantes nas belas estrofes alinhavadas pelo professor Vincenzo Cantelmo com o escopo de apresentar uma obra que, tragicamente, não viu ser publicada.

*Il passaggio dal soggetto, come termine astratto di riferimento della norma, alla persona, come elemento umano di riferimento del diritto, è un transito di cui il giurista deve tener conto perché la produzione legislativa contemporanea è tutta realizzata sulle specificità e sulle contingenze delle persone umane*³.

Antes que os críticos se manifestem – e de forma acertada, denunciem a metafísica platônica que colore a parte final da

¹ JAPPE, Anselm. **Crédito à morte**: a decomposição do capitalismo e de suas críticas. Trad. Robson J. F. de Oliveira. São Paulo: Hedra, 2013. p. 218.

² Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993.

³ CANTELMO, Vincenzo Ernesto. Introdução. In: Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993. p. 11.



assertiva destacada no parágrafo anterior – é preciso esclarecer os leitores que desconhecem o texto original, não conseguiram encontrá-lo em suas bibliotecas ou buscá-lo nos porões da memória que, linhas mais tarde, tal qual um rio que, lenta e sinuosamente, desenha seu curso ao gentilmente sulcar a planície que maternalmente o acolhe para, mais tarde, por muito pouco, não encontrar-se consigo mesmo, o autor retoma sua linha de argumentação – atada à necessária tutela da pessoa humana no Estado Democrático de Direito – com o intuito de escancarar importante questão impregnada ao processo de produção do Direito.

L'osservatore della produzione giuridica contemporanea, peraltro, non può negare la frattura che si realizza con la realtà pratica in termini di incoerenza del metodo della considerazione del soggetto come elemento generale e astratto di riferimento applicativo delle norme di diritto privato⁴.

Uma aporia emerge despertando a atenção para o fato de que mesmo que décadas medeiem o intervalo que separa o tempo presente do momento histórico no qual se identificou a indelével necessidade de tutelar a *pessoa humana* – um ser a ser pensado, sempre, em concreto – em vez de abstrações pinçadas nas noções de *indivíduo* ou de *sujeito de direitos*⁵, o mesmo Estado ao qual se impõe o dever constitucional de fazê-lo, portanto, o qual deve albergar e proteger o ser humano de toda forma de exploração e (ou) miséria, segue arrogando para si o papel de única fonte de produção do Direito sendo incapaz de abandonar modelos e ferramentas criadas nos primórdios da Modernidade para lidar estereótipos e quimeras burguesas.

O problema que se manifesta, por exemplo, quando se pensa que a lei tem força suficiente para fundir *Sein e sein sollen* e, a partir daí, predizer comportamentos futuros – equívoco que, é preciso fazer justiça, também afeta personagens que não podem ser confundidas com o Estado – ou, ainda, quando despreza que uma das funções mais importantes do Direito, atualmente, consiste em promover a “*minimizzazione della violenza, sia privata che pubblica*”⁶,

con la piú generale funzione garantista della minimizzazione del potere, altrimenti assoluto: dei poteri pubblici, quali si esprimono negli arbitri politici e nei soprusi polizieschi e amministrativi; ma anche dei poteri privati, quali si manifestano nell'uso della forza fisica, nello sfruttamento e nelle infinite forme di opressione familiare, di dominio economico e di sopruso interpersonale⁷.

Em um hercúleo esforço de síntese é possível afirmar, portanto, que o Direito, hodiernamente, direcionou os seus holofotes à experimentação de liberdades positivas por parte de todos e, concomitantemente, à promoção da isonomia substancial. Quanto a essa última figura, aliás, é preciso ressaltar que seus contornos normativos há algum tempo ultrapassaram as fronteiras delimitadoras da igualdade formal outrora grafada, com *tons carmins*, nas Constituições e Códigos Civis decimonônicos.

⁴ CANTELMO, Vincenzo Ernesto. Introdução. In: Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993. p. 11.

⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et all* (Org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie. In: Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993. p. 26.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie. In: Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993. p. 26.

A fusão dos excertos acima bricolados – recortados entremeio a algumas lições lapidadas com bastante esmero por importantes artífices da literatura jurídica civilista italiana, mormente quando se considera (a) a antiguidade das previsões expectadas, (b) o perfil humanista que as informa e, evidentemente, molda seus autores e, enfim, (c) o profícuo diálogo existente, há algum tempo, entre professores e pesquisadores brasileiros e italianos – deveria ter cooperado para forjar o presente como um ambiente acolhedor, como aliás imaginara Pietro Rescigno ao afirmar que

[il] tema dell'eguaglianza resta affidato alla nostra sensibilità: dovremmo renderci conto che, al di là dell'eguaglianza formale e dell'eguaglianza sostanziale, si pone il problema di necessarie differenziazioni, tese non al ripristino di un diritto diseguale ma alla creazione di un diritto rispettoso delle diversità⁸.

Ocorre que, na contramão das referidas preocupações foi publicada, no final de abril de 2019, a Medida Provisória 881 instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Atualmente⁹, tendo ela sido aprovada por Comissão Mista no Congresso Nacional no limiar do prazo legal e com diversas alterações, encontra-se na Câmara dos Deputados sob a denominação *Projeto de Lei de Conversão* n. 17/2019.

O texto, em alguns de seus instantes mais eloquentes, ultrapassa de forma incontestada os contornos delineadores do Estado Democrático de Direito afrontando, até mesmo, comandos normativos contidos no artigo que se propõe a estabelecer os *princípios gerais da atividade econômica* na Constituição Federal vigente, no Brasil, desde 1988, consoante abaixo transcrito – e intencionalmente negrito – naquilo que interessa mais de perto a essas reflexões.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os **ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

[...]

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ele o faz, por exemplo, quando por meio da dicção proposta no art. 3º, VII¹⁰, transforma todo

⁸ RESCIGNO, Pietro. Diritto privato futuro. In: Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino (Org.). **Il diritto privato futuro**. Napoli: ESI, 1993. p. 41-42.

⁹ Congresso Nacional. Acesso em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531> aos 25.07.19.

¹⁰ Art. 3. São direitos [...] VII – implementar, testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo privado e restrito de pessoas maiores e capazes, valendo-se exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em hipóteses expressamente previstas em lei federal de segurança nacional, de segurança pública ou sanitária ou de saúde pública, respeitada a normatização vigente, inclusive no que diz respeito à propriedade intelectual.

cidadão e, em especial, os menos favorecidos pelos humores da Fortuna¹¹, em potenciais cobaias ao (a) negar a normatividade que emana do comando constitucional que alude à existências dignas, (b) ignorar importantes elementos no campo da economia comportamental¹² – negando, portanto, a complexidade que marca o contemporâneo –, (c) desprezar, por completo, o papel atribuído à prevenção e à precaução no Direito privado hodierno¹³ e, ainda, (d) fazer ouvidos moucos para o fato de que condenação alguma será capaz de promover o retorno ao inatingível *stato quo ante*.

E o que dizer quando o inciso VIII do referido artigo¹⁴ fecha os olhos para o incontestado fato de que o *poder negocial dominante* ou a *miséria humana* – que antes de ser teorizada de forma sofisticada pela dogmática jurídica emoldurada pela ideia de autonomia privada, atua como fonte legítima das condutas negociais –, em um sem número de ocasiões, fomentam a gênese de contratos marcados por escancarado desequilíbrio, contratos, evidentemente, não acobertados pelos véus da legalidade ante a presença de ilícitos, quase sempre, nulificantes ou caducificantes.

Outro absurdo a reverberar entremeio as paredes do obscuro labirinto arquitetado pelos artífices da Medida Provisória 881 pode ser identificado nas regras criadas nas alíneas que buscam detalhar a atuação do inciso XII do artigo esmiuçado¹⁵, regras que oferecem soluções semanticamente capazes de obnubilar a tutela de vulnerabilidades.

Regras que desprezam que a vulnerabilidade é característica fundante de uma série de personagens espalhadas de forma dispersa pelo direito pátrio¹⁶ e, ainda, que o fato de um ser tratado pelo Direito como vulnerável vincular-se a um contrato estando assistido por advogado não é apto, por si só, a equilibrar uma relação negocial.

A pretensão de impedir a revisão de contratos havidos no referido contexto sem facultar aos lesados a possibilidade de aferição da situação em concreto para, se necessário, revisá-los ou resolvê-los equivale à brutalidade de lançar muitas destas pessoas na escuridão do labirinto construído por *Minos*, melhor, equivale a lançá-las no covil do Minotauro sem a proteção de *Teseu* ou de *Ariadne*.

¹¹ Deusa da mitologia romana, que tem, em Tique, seu correspondente grego. A seus desejos costumava-se atribuir tanto a sorte como o azar, fatalidade ou desventura.

¹² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹³ MARIÑO LÓPEZ, Andrés. La función de prevención en el derecho de daños y el impacto del principio precautorio. In: MARIÑO LÓPEZ, Andrés (Coord.). **Tratado jurisprudencial y doctrinario**: derecho de daños. Montevideo: La Ley Uruguay, 2018, t. 2.

¹⁴ Art. 3. São direitos [...] VIII – ter a garantia de que todas as regras de direito empresarial são subsidiárias ao avençado, sendo 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.

¹⁵ Art. 3. São direitos [...] XII [...] (a) ninguém se beneficiará por alegação de assimetria, disparidade ou vulnerabilidade se estava no momento do pacto assistido por advogado de sua escolha, na forma dos artigos 133 ou 134 da Constituição Federal; (b) é lícito às partes negociantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (c) deve ser respeitada e observada a alocação de riscos definida pelas partes; (d) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada; e (e) a revisão contratual de ofício é vedada quando envolver preponderantemente interesse patrimonial das partes.

¹⁶ CATALAN, Marcos. Uma ligeira reflexão acerca da hipervulnerabilidade dos consumidores no Brasil. In: Ricardo Sebastián Danuzzo. (Org.). **Derecho de daños y contratos**: desafíos frente a las problemáticas del siglo XXI. Resistencia: Contexto, 2019.

Ainda mais grave é a insustentável alusão à impossibilidade de revisão contratual de ofício nas hipóteses nas quais o patrimônio tenha papel de destaque na relação negocial, mormente, quando se tem em mente que a revisão de um contrato, em um sem número de circunstâncias, busca tão somente o reconhecimento judicial de um vício impregnado ao clausulado nascido do assentimento manifestado pelo aderente. Ademais, como pensá-lo ante a regra contida no artigo 168 da codificação civil¹⁷, bem como, de toda a principiologia que a estrutura?

Outro espectro a se aproximar das fronteiras do Direito pátrio – apesar de manifesta contrariedade a ele – pode ser visualizado na regra insculpida no artigo 4º, § 1º¹⁸ do citado *Projeto de Lei de Conversão*, dispositivo que revela manifesto desprezo para o fato de que – ao menos, desde 1988 – a Constituição Federal deve ser identificada como o eixo hermenêutico formal e substancial em torno do qual todo processo de realização do direito deve gravitar. Em verdade, os artífices da referida regra – e de tantas outras que se aproximam entremeio a relâmpagos e trovões que anunciam tempos difíceis – parecem ignorar que uma Constituição, hodiernamente, não é apenas carta política; é o vetor integrador de todo o Direito¹⁹ pátrio.

Atualmente, é preciso esclarecer, regras e princípios constitucionais não de nortear o processo de construção de todas as respostas que precisam ser dadas para cada problema surgido na multifacetada existência humana interprivada. Em tal contexto, de suma importância, os institutos jurídicos civis servirão como pontes de acesso às promessas constitucionais – dentre elas, existências dignas, solidariedade e cidadania material – e não como simples mecanismos para a satisfação de interesses patrimoniais.

Daí que afirmar que devem ser interpretadas em prol da liberdade econômica, regras – muitas delas de caráter injuntivo, não meramente supletivo – que tangenciam relevantes aspectos atados à dimensão existencial impregnada a um sem número de situações jurídicas vividas cotidianamente no Brasil, implica em alimentar um conhecido predador do Direito e refutar importante parte das conquistas alcançadas desde o advento do Estado Democrático.

Enfim, entremeio à miríade de reflexões não alinhavadas por incomensuráveis motivos – dentre eles, a crueldade de *Chronos*, ficam aqui pouquíssimas palavras fundidas em torno da alteração do artigo 421 do Código Civil brasileiro²⁰.

Palavras que mostram que se de um lado a redação formulada na Comissão Mista alterou o *caput* do citado artigo de modo a adequá-lo àquela que parece ser a leitura mais repetida na literatura jurídica pátria, por outro, além de afirmar uma obviedade – em regra, *os contratos são cumpridos tal qual pactuados* –, não transitam pela empiria como se identifica no gráfico adiante esboçado:

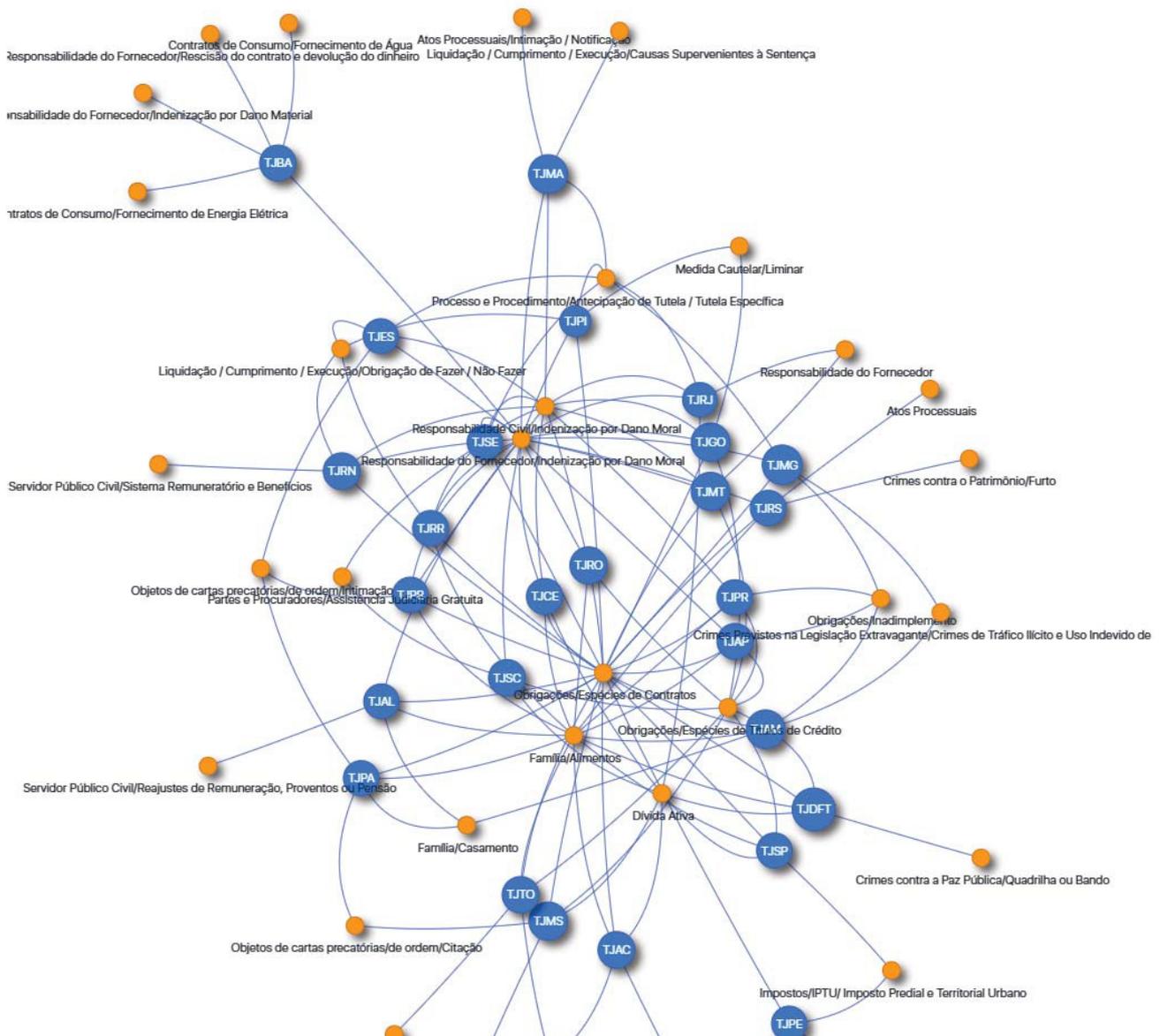
¹⁷ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

¹⁸ Art. 4º A liberdade econômica abrange as liberdades de iniciativa, de concorrência, de organização da atividade econômica e de inovação, e, ainda, as liberdades de empresa, profissional e contratual. § 1º Interpretam-se em favor da liberdade econômica e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional, **Revista de Derecho Comparado**, Santa Fe, n. 15, p. 243-272. 2009. p. 263.

²⁰ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Figura 01 - Assuntos mais demandados por tribunal da Justiça Estadual, em 2017



Fonte: Relatório Justiça em Números 2018.

Ademais, a regra sugerida a título parágrafo único do artigo 421 da codificação civil por ocasião dos movimentos articulados na Comissão Mista instaurada no Congresso Nacional se revela, indelevelmente, corroída pelo labor de *Eólo*. O comando que busca instaurar, se aprovado, nascerá enquanto fruto de um tempo que não existe mais.

O tempo positivista se concentra na formação dos atos jurídicos enquanto expressões da vontade individual ou da soberania estatal. Tais atos, espontaneamente gerados, não de ter vida eterna, beneficiando-se, instantaneamente – como se tem visto –, da força do Direito que os manterá em vigor até que outra fonte, também “espontânea”, venha a revogá-los ou substituí-los. [...] Deduz-se disso um modelo sincopado do sistema reduzido a sucessão de atos e de regras sem vínculo inteligível²¹.

²¹ OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, 93-115, maio 2018. p. 115.

Enfim, resta esclarecer ao leitor que a experimentação do *tempo nequentrópico*, do *tempo do imperfeito*, como ensina François Ost, emerge de forma indelével enquanto alternativa para a inteligência hermenêutica e normativa de contratos pensados, aqui, em toda a sua complexidade, até porque,

[mais] que cristalizar as prováveis vontades imantadas ao exato instante do nascimento do acordo inicial, não seria melhor, desde esse momento – como demonstra a prática jurisprudencial –, construir um espaço para deliberação e um campo no qual possam ser exploradas práticas que, antes ou depois do acordo, contribuam na identificação dos sentidos contidos no contrato, sentidos a serem alcançados pelo espírito de colaboração, essa regra fundamental da instituição contratual?²²

É possível registrar, agora, que além dos preciosos textos escritos por pesquisadores latino-americanos que vivem no Peru²³ e no Uruguai²⁴ – antecipados ao leitor, meses atrás, mediante recurso ao *ahead of print* ao lado do primoroso texto lapidado pelos professores Dennis Verbicaro, Pastora do Socorro Teixeira Leal com a jovem pesquisadora Gabriela Ohana Rocha Freire²⁵ – este exemplar da REDES contou com a inestimável colaboração de pesquisadores argentinos e italianos no processo de revisão dos originais mediante recurso ao *double blind peer review*.

Imperioso grafar, ainda, que todas as cinco regiões brasileiras têm legítima representação nas centenas de páginas e seções emolduradas pelo décimo terceiro exemplar da REDES na paternidade e maternidade dos artigos e resenhas aqui publicados e (ou) pareceres formulados de forma tão generosa quanto rigorosa.

Aproveitamos para informar, além disso, que ao largo dos últimos meses a REDES foi indexada pelos portais alemães (1) *Zeitschriften Datenbank* – administrado pela *Deutsche National Bibliothek* –, (2) *WZB* – gerido pelo *Social Science Research Center Berlin* – e *EZB – Electronic Journals Library* – mantido pela *University of Regensburg* –, pelo (4) *PKP – Public Knowledge Project* – indexador sediado no Canadá junto à *Simon Fraser University* –, foi incorporada ao banco de dados suíço (5) *SCILIT* – com sede em Basel – e ao *DRJI – Directory of Research Journals Indexing* – plataforma global gerida por pesquisadores que vivem em diversos países –, e ainda, aceita pelos portais brasileiros (7) *OASISBR* – Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia –, (8) *Enlaw* e (9) Sistema *LiVre* ampliando, dessa maneira, as possibilidades de vir a ser encontrada por investigadores espalhados pelo globo. Assim e na contramão do que se percebe na cena política brasileira – mormente, na esfera Federal –, seguimos cruzando – fronteiras físicas e virtuais – que parecem ser cada vez menos capazes de promoverem a exclusão social e a negação da alteridade.

²² OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, 93-115, maio 2018. p. 114.

²³ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto. La codificación civil europea y el desafío de la unidad jurídica del derecho privado en América Latina. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 2, *ahead of print*, ago. 2019.

²⁴ GARCÉ, Luis Meliante. Direito, comunidades interpretativas e movimentos sociais: uma fissura na ortodoxia. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 2, *ahead of print*, ago. 2019.

²⁵ VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; FREIRE, Gabriela Ohana Rocha. Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.331 - STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 2, *ahead of print*, ago. 2019.

Reconhecemos, enfim e, uma vez mais, que:

- (a) sem autores dispostos a reverem seus manuscritos ou mesmo a admitirem que seus textos carecem de maior tempo de maturação, quase nada seria publicado,
- (b) sem professores e pesquisadores, no Brasil e fora dele, dispostos a impulsionar, gratuitamente, o minudente processo de revisão dos originais, a REDES não teria a qualidade reconhecidamente alcançada,
- (c) sem os jovens pesquisadores que tem nos auxiliado com a tradução de textos seminais escritos na América Latina e na Europa, dificilmente alcançaríamos percentuais tão elevados de internacionalização, números que, desde meados de 2017, nunca foram inferiores à vinte por cento dos artigos publicados, e
- (d) o volume crescente de originais enviados por pesquisadores brasileiros e, também, estrangeiros.

Que les guste.