

A Medida Provisória da Liberdade Econômica

Temos razões para comemorar ou para nos preocupar?

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB. Ex-
Conselheira do CADE.

Na segunda-feira 12/08 tive o prazer de participar de importante evento no Superior Tribunal de Justiça no qual se discutiu a Medida Provisória da Liberdade Econômica. Fruto de excelente iniciativa dos eminentes Ministros Ricardo Cueva e Luís Felipe Salomão, que me deram a honra de com eles compartilhar a coordenação do seminário, tratou-se de encontro plural cujo objetivo era entender os exatos impactos da Medida Provisória a partir de diferentes atores, perspectivas e olhares.

Adianto que, ao fim do evento, as vozes empolgadas com a MP foram dominantes. Não que o texto tenha sido isento de críticas. Os apontamentos negativos existiram, foram muitos e, em alguns casos, contundentes, embora nada que não pudesse ser resolvido com alterações pontuais da MP ou com a supressão de alguns artigos.

Saí do evento com a impressão de que era eu a mais incomodada com o texto, não por questões específicas, mas sobretudo pelo que a MP representa como sinalização para o mercado e como norma geral de aplicação e interpretação do Direito Civil, Empresarial e Econômico, dentre outras áreas. Talvez por isso tenha sido considerada por um dos defensores da MP como a mais pessimista dentre todos os palestrantes.

E qual seria a razão desse meu pessimismo ou das minhas preocupações? Eu, que sou advogada e professora de Direito Comercial, que vivo enfrontada com essas questões há mais de duas décadas, que sinto na pele as dificuldades para o empreendedorismo no Brasil, não deveria estar exultante com o reconhecimento daquele que, além de ser um dos princípios mais importantes

da ordem econômica constitucional, é a própria razão das minhas pesquisas e da minha atividade profissional?

Não há dúvidas de que temos que valorizar o empreendedorismo e readequar o papel entre Estado e mercado, não somente para impedir intervenções abusivas do primeiro no segundo, como também para vedar ingerências indevidas do segundo sobre o primeiro, por diversas formas como compra de votos, *lobby* sem controle, captura e tantos outros fenômenos. Não podemos continuar a ter um capitalismo sem risco, sem concorrência e dependente de favores estatais.

Ademais, há verdadeiro consenso em relação a várias das premissas da MP, notadamente a de que precisamos desburocratizar e destravar a economia, bem como prestigiar o empreendedorismo.

Ocorre que a MP, a pretexto de valorizar a livre iniciativa e desburocratizar a economia, vai muito além desse objetivo, trazendo uma série de modificações em diversas áreas jurídicas nem sempre bem concatenadas. O professor Marcos Lisboa, um dos palestrantes do evento, chegou a defini-la como uma combinação entre uma parte inicial principiologicamente - de eficácia duvidosa e potencial de gerar ainda mais insegurança jurídica - e outra que seria uma “árvore de Natal”, em que se procurou acomodar diversas pautas que envolvem reformas muito mais substanciais do que aquelas que seriam necessárias para o objetivo de desburocratização.

Outro ponto importante, ressaltado pela palestra do Professor Diogo Coutinho, é que a MP confunde desburocratização com desregulação. Daí ter retomado, em sua fala, o equívoco da ideia de que o estado é exógeno à economia, já que ele é constitutivo dos mercados. Logo, é um grande mito defender a primazia de transações naturais de mercado em detrimento da ação “artificial” do estado. Se todos os mercados são regulados de alguma forma, a questão não é optar em regular ou não regular, mas sim em *como* regular, o que torna o debate sobre o tema essencialmente qualitativo.

Foi no contexto inclusive dessas considerações que o professor Diogo Coutinho manifestou preocupações com a largueza da definição de abuso de poder regulatório, que poderia ser interpretada no sentido de praticamente impedir qualquer atuação por parte do Estado.

Além dos pontos muito bem invocados pelo professor Diogo Coutinho, a MP preocupa-me inicialmente pelo próprio contexto. Trata-se de uma dentre inúmeras outras iniciativas ou reformas que procuram implementar política econômica cujo objetivo principal, senão o único, é crescimento econômico sem maiores preocupações com o desenvolvimento sustentável ou com a redução da desigualdade. Baseia-se no *mainstream* econômico tradicional e na ideia de que basta focar no crescimento pois, atingida esta meta, todas as demais poderiam ser alcançadas, quase como se fossem consequências naturais e espontâneas.

O problema é que tal visão econômica é hoje altamente criticada por grandes expoentes, muitos dos quais apontam que a excessiva desigualdade pode comprometer até mesmo o objetivo de crescimento. Daí a necessidade de ser confrontada com outras posturas mais abrangentes e inclusivas de desenvolvimento sustentável, que observem os impactos sociais e econômicos. Aliás, sobre tal tema, é interessante que a própria MP, apesar de valorizar os estudos de impacto regulatório, não foi precedida de nenhuma análise mais rigorosa nesse sentido.

Por outro lado, não é correto que apenas a visão econômica do governo, que permeia a MP da liberdade econômica, seja tratada como uma questão técnica, enquanto todas as outras posições sejam consideradas ideológicas. Embora a equipe econômica insista no fato de que existe uma cegueira cognitiva dos opositores, o mesmo argumento pode ser utilizado em relação a ela, na medida em que a sua visão de mundo igualmente a impede de ver outros argumentos e alternativas, os quais deveriam ser debatidos com maior profundidade, o que certamente não é compatível com o célere ritmo de tramitação de uma MP.

E nem se venha recorrer a estatísticas e a índices que, normalmente referentes a países desenvolvidos, mostram a relação entre liberdade econômica e democracia. Todos nós sabemos que as instituições importam e que o Brasil padece de uma história marcada por instituições extrativistas e perpetuadoras de desigualdades, muitas das quais dificultam precisamente o crescimento econômico. Não havendo soluções jurídicas e econômicas propriamente universais, exige-se que sejam elas adaptadas para o contexto e as preocupações específicas de cada país.

A maior prova do risco da exacerbação dos livres mercados é que o que tem ocorrido com o meio ambiente e a proteção ao trabalho. A lógica econômica prevalecente tende a ver tais preocupações como meros custos inconvenientes ao crescimento econômico, de forma que simplesmente devem ser reduzidos ou eliminados. Tornou-se aceitável sustentar que é melhor ter mais empregos com menos direitos, assim como que a proteção ambiental pode ser afrouxada para não comprometer o crescimento.

Ocorre que a valorização social do trabalho e a proteção do meio ambiente, são princípios constitucionais tão importantes quanto a livre iniciativa, assim como a redução de desigualdades sociais e regionais e todos os demais incisos do art. 170 da Constituição. Não bastasse isso, é o próprio *caput* do artigo que deixa claro que “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”. Portanto, a introdução de questões relacionadas ao meio ambiente, à proteção do trabalho e à justiça social no debate sobre livre iniciativa não é ideológica: é imperativo constitucional.

A Constituição não permite que o intérprete pince ou escolha, dentre os princípios da ordem econômica, aqueles aos quais ele quer dar eficácia. Ela impõe a harmonização. A eleição de uma política econômica não pode depender exclusivamente da posição teórica ou política de quem a escolhe ou da premissa de que o povo brasileiro conferiu mandato para que o governante fizesse o que bem entendesse; ela tem como limite e fundamento precisamente a ordem econômica constitucional. Portanto, é a política econômica dos governos que deve ceder à Constituição e não o contrário.

Por mais que a ordem econômica constitucional brasileira seja complexa, procurando compatibilizar uma série de princípios de difícil conciliação e dando margem a um grupo considerável de arranjos possíveis, uma conclusão é relativamente óbvia: dela não se extrai a possibilidade de posições extremistas, seja a favor dos livres mercados, seja a favor de uma intervenção maciça do Estado na atividade econômica.

Aliás, para muitos, a ordem econômica constitucional é reflexo de um novo paradigma – o Estado Democrático de Direito – que, procurando superar as deficiências dos anteriores – tanto do Estado liberal como do Estado social –

propõe um novo arranjo entre mercado e sociedade, sem os extremos dos paradigmas anteriores. Abre-se, assim, caminhos para a busca de uma posição intermediária entre um Estado ausente e um Estado interventor, mas sempre se evitando os reducionismos em favor de um modelo ou do outro.

Consequentemente, a livre iniciativa não é um valor absoluto e, mais do que isso, deve ser adequadamente compatibilizada com inúmeros outros princípios, incluindo função social da empresa, proteção do trabalho, do meio ambiente e do consumidor, dentre inúmeros outros.

Diante dessa perspectiva, indago-me em que medida se pode falar, diante do arcabouço constitucional brasileiro, em garantia de livre mercado, tal como pretende a MP. Para começar, livres mercados sequer existem, porque todos eles dependem, em alguma medida, da regulação jurídica. De toda sorte, ainda que existissem, não seriam autorizados pela Constituição, pois ela condiciona os mercados a outras preocupações e objetivos, tais como os delineados no art. 170 e seus incisos.

E nem venham me dizer que estou sendo excessivamente rigorosa com a expressão “livres mercados”, que dá margem a distintas interpretações. Para o direito, as palavras importam. Importam ainda mais quando o texto da MP é interpretado no contexto político atual, claramente despreocupado com princípios igualmente importantes da ordem econômica. Importam ainda mais diante da experiência histórica, que já mostrou que o *laissez faire* está associado à prevalência dos mais fortes ou simplesmente à manutenção do *status quo*.

É interessante que a Exposição de Motivos da MP insiste na compatibilidade e na harmonia entre a livre iniciativa e os demais princípios constitucionais da ordem econômica mas, além do fechamento interpretativo que decorre de expressões como “livre mercado”, não há, no seu texto, nenhuma referência aos demais princípios nem qualquer outro indicativo de como seria tal diálogo.

Pelo contrário, além de acolher as garantias do livre mercado, a MP prevê igualmente o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas e ainda determina que “O disposto nesta Lei será observado na aplicação e interpretação de Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho, nas relações jurídicas que se encontram no seu âmbito de aplicação, e na ordenação pública, inclusive sobre o exercício

das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito e transporte e proteção ao meio ambiente.”

Felizmente o Direito do Consumidor não entrou nessa lista, mas o que dizer de outras áreas, especialmente daquelas que lidam com interesses de vulneráveis, como o Direito do Trabalho, e as que lidam com interesses difusos, como o Direito Ambiental e Direito Antitruste? Este último não foi mencionado expressamente, mas está incluído no que se chama de Direito Econômico.

Fico aqui a pensar como as autoridades antitruste poderão agir diante do princípio da atuação subsidiária e excepcional do Estado, principalmente quando verifico que o Direito da Concorrência foi criado a partir da constatação de que os chamados mercados livres precisam ser contidos, sob pena de darem margem à lei do mais forte e aos abusos daí decorrentes. Daí por que manter as condições adequadas de acesso e permanência nos mercados é função regular e indispensável do Estado, como fica claro pelo art. 173, § 4º, da Constituição.

A MP ainda segue, prevendo que “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.” Ou seja, fica claro que se escolhe, dentre os princípios constitucionais da ordem econômica, não somente aqueles que devem ser privilegiados, mas sim os únicos que podem funcionar como vetores interpretativos.

Por mais que sejamos sensíveis aos problemas econômicos do país, não podemos flexibilizar a ordem econômica constitucional a tal ponto. A livre iniciativa não pode ser descolada dos demais princípios da ordem econômica constitucional nem muito menos do seu compromisso de “assegurar a todos uma existência digna conforme aos ditames da justiça social.”

Obviamente que, para tais compromissos, livres mercados não são compatíveis. Na verdade, são incompatíveis até mesmo para assegurar eficácia à própria liberdade econômica. Afinal, em um país desigual como o nosso, em que o pequeno empreendedorismo poderia ser uma excelente solução para a questão redução da pobreza, parcela substancial da população brasileira não tem acesso aos mercados porque lhe falta as condições mínimas de sobrevivência – incluindo comida, saúde e educação – e, com maior razão, as condições mínimas para empreender – incluindo acesso ao crédito.

Dessa maneira, em relação à parte expressiva da população brasileira, não se faculta a opção entre empreender - correndo o risco mediante a remuneração respectiva, ou seja, o lucro - ou oferecer a sua força de trabalho - abrindo mão do risco em nome da segurança e do salário. Para essa parte da população, resta apenas a opção de oferecer sua força de trabalho em condições cada vez mais precarizadas.

Tais circunstâncias mostram que não é possível conferir plena eficácia à chamada liberdade econômica apenas com desburocratização e redução de custos de transação, embora tais objetivos sejam louváveis, fundamentais e urgentes. Para conferir plena eficácia à liberdade econômica, há necessidade de intervenção do Estado para assegurar o acesso aos mercados, o que somente pode ocorrer com a redução da desigualdade, com a efetiva existência de oportunidades minimamente equitativas para o empreendedorismo e com a preservação das condições concorrenciais.

Os defensores da MP estão corretos ao afirmar que são os pequenos empresários os que mais sofrem com as travas e as burocracias desnecessárias. Entretanto, fecham os olhos para o fato de que, desde a experiência do Estado liberal, ficou claro que as liberdades, para serem efetivas, não podem ser meramente formais. De nada adianta desburocratizar e reduzir custos de transação sem assegurar condições materiais mínimas que possibilitem o exercício desses direitos para todos.

Para muitos brasileiros, retirar o Estado “do cangote” resolve muita coisa. Afinal, para os que já têm condições materiais para empreender, basta que o Estado não lhes atrapalhe. Para muitos outros, entretanto, o empreendedorismo apenas será uma real opção com um Estado que assegure minimamente ao menos a possibilidade de acesso.

Logo, a preocupação genuína com a valorização da liberdade econômica precisa ser inclusiva, de forma a assegurar esse direito fundamental a todos. Em um país desigual como o nosso, tal objetivo jamais será atingido sem políticas públicas que procurem reduzir a desigualdade. Tal objetivo será também dificultado caso se impeça que outras áreas jurídicas possam ao menos considerar os demais objetivos da ordem econômica constitucional na aplicação e interpretação das suas normas, tal como pretende a MP.

Não estou, com isso, defendendo qualquer forma de coordenação de mercado pelo Estado. O que defendo aqui é o oposto: é assegurar o regime de mercado para todos, missão para a qual não se pode isolar a liberdade de iniciativa ou considerá-la sob uma perspectiva exclusivamente formal.

É por essas razões que eu me preocupo com a MP da liberdade econômica. Na ânsia de ser remédio, temo que se ela se torne veneno, diante da alta dosagem dos vetores da propriedade, da liberdade e do *pacta sunt servanda* e da completa desconsideração dos demais princípios.

Temo ainda mais porque discussões com esse grau de complexidade e impacto na vida social e econômica certamente mereceriam um debate e uma reflexão que é impossível de ser feita por meio de uma medida provisória, ainda mais quando os pressupostos econômicos que a embasam são apresentados como verdade universal, sem diálogo com outras alternativas da própria economia e muito menos com o conjunto dos princípios da nossa ordem econômica constitucional.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/mp-da-liberdade-economica-temos-razoes-para-comemorar-ou-para-nos-preocupar-14082019

Publicado em: 14/08/2019