

Gomiero: A livre alocação de riscos contratuais contra a crise

O último quadrimestre do ano de 2019 foi marcado pela declaração de direitos de liberdade econômica, trazida pela Lei 13.874/19, fruto da conversão da Medida Provisória nº 881, também de 2019. Referida lei possui um caráter multidisciplinar, ou seja, seus regramentos trazem princípios e regras atinentes a diferentes áreas do Direito com a missão precípua de iniciar um movimento de desburocratização nas relações civis, empresariais, econômicas e de trabalho, entre outras, como assim já previsto no artigo



Com efeito, a inovação legislativa teve seus elogios e críticas.

Se por um lado muitos agentes do mercado festejaram a nova lei principalmente porque esta estabelece, como seu princípio norteador, o afastamento do Estado do exercício das atividades econômicas, por outro lado críticas surgiram pelo excesso de ideologia trazido pela lei, a ponto de demonizar a existência do Estado como o gerador de burocracias, sendo certo que este é quem deve garantir a liberdade nas relações econômicas, evitando que a "lei do mais forte" prevaleça.

Independentemente de acertos ou erros trazidos pela norma, fato é que no ano de 2020 a declaração da liberdade econômica teve contornos importantíssimos, visto a pandemia global da Covid-19. O reconhecimento, por lei, da possibilidade do uso de documentos eletrônicos validamente, regras para a segregação patrimonial das pessoas jurídicas e a livre pactuação das lacunas de negócios jurídicos entre as partes contratantes se mostraram como ferramentas importantes no enfrentamento da crise econômica e momentos de distanciamento social, facilitando as transações de sobremaneira.

Particularizando as questões aplicáveis ao Direito Contratual, cumpre mencionar a redação do novo artigo 421-A do Código Civil ao presumir (presunção esta relativa) que os contratos empresariais são paritários (com seus termos negociados pelas partes) e simétricos (partes em igualdade), sendo certo que tal presunção apenas pode ser afastada por elementos concretos. Por consequência, as partes contratantes são livres para estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e estabelecer uma alocação de riscos própria, de tal sorte que eventual revisão do contrato (pelo Poder Judiciário, por exemplo) será limitada e excepcional, ao menos em regra.

Tais medidas devem ser somadas àquelas também realizadas no artigo 113 do Código Civil, que impõe ao intérprete dos negócios jurídicos (não apenas os contratos) o dever de considerar a racionalidade econômica das partes e a negociação por elas conduzidas, observados os ditames da boa-fé. Em outras palavras, não cabe ao intérprete ou ao Estado conferir interpretações próprias. As partes decidirão sobre a linha interpretativa e integrativa de seus contratos, definirão a alocação de risco respectiva e contarão com a segurança de uma intervenção mínima de revisão conferindo estabilidade ao quanto negociado.

É de se notar, portanto, que em termos amplos a legislação procurou trazer mecanismos para fazer valer a máxima de que o negociado entre as partes contratantes prevalece ao menos que contrariem normas de ordem pública ou boa-fé, com intervenção mínima e limitada revisão dos pactos, ainda que pelo Poder Judiciário.

Essa intenção trazida pela norma, como dito, assume um papel extremamente relevante em tempos de crise (embora não tenha sido idealizada para o cenário de crise pós sua edição), uma vez que a vontade negocial das partes assume o protagonismo na relação ditando como cada qual assumirá ou não riscos em uma transação. Em um cenário de incertezas econômicas, mensurar a exposição ao risco é fundamental até mesmo para a continuidade das atividades e redução de prejuízos.

Uma pequena digressão se faz necessária neste ponto do estudo. Os contratos que são atingidos pela lei da liberdade econômica e sujeitos a esse tratamento de intervenção mínima são aplicáveis apenas e tão somente aos contratos civis cujo objeto seja patrimonial e de direitos disponíveis. Como é cediço, diversas relações contratuais hoje são de caráter não patrimoniais envolvendo desde questões existenciais até mesmo objetos metaindividuais. Para esses casos, seguindo a linha da constitucionalização do Direito Civil, imperioso manter-se a intervenção necessária estatal com o fim de garantir direitos fundamentais.

Ultrapassado esse ponto, e caminhando para o desfecho deste estudo, é de grande valia tratar do conceito de alocação de riscos trazido pela lei. Se as questões de ordem pública e ditames da boa-fé são as balizas para a livre negociação, o que significa para os contratantes decidir sobre a sua própria alocação de risco?

Alocar o risco significa estabelecer de maneira clara e objetiva quanto cada parte assumirá de responsabilidade para com a outra parte, respeitados os princípios contratuais da boa-fé, a função social do contrato (resguardar direitos de terceiros) e o equilíbrio econômico financeiro entre contratantes. O ponto aqui parece ser óbvio, mas não é: se por um lado é possível, por exemplo, reduzir o escopo de incidência da responsabilidade civil entre os contratantes (restringir a responsabilidade somente para perdas e danos diretos, estabelecer um teto indenizatório a partir do qual não haverá responsabilidade), impossível se mostra a retirada completa dessa previsão com relação a terceiros que possam sofrer danos.

Da mesma forma, é possível que as partes venham a convencionar o risco completo pelo adimplemento ou inadimplemento quanto ao pagamento do contrato e até mesmo uma cláusula penal maior que o valor da obrigação principal (respeitados entendimentos diversos), não podendo, porém, convencionar que o juiz não possa reduzir equitativamente a incidência da mesma (artigo 413 do Código Civil), por ser matéria de ordem pública. Ou ainda, não podem as partes, sob o argumento de fomentar a economia, negociar contratos com obrigações completamente desproporcionais e que comprometam o equilíbrio financeiro entre as partes (o que pode ser até mesmo um defeito social do negócio jurídico, matéria de ordem pública).

Toda essa possibilidade de livre alocar os riscos é crucial no enfrentamento da crise. Ter previsibilidade sobre a responsabilidade e os impactos assumidos, com segurança jurídica quanto à intervenção mínima dessa negociação, propicia o cenário de fomento econômico. O que mais impacta as relações em tempos de crise é a sombra quanto aos impactos que possam surgir, ainda que negociados em sentido diverso, em eventual discussão perante o Estado-juiz. Partes simétricas precisam dessa liberdade para multiplicar sua presença no cenário econômico.

Tanto isso é verídico que na prática contratual ainda é bastante tímido o movimento para negociações mais ousadas com base na Lei da Liberdade Econômica, visto que não há posicionamentos firmes dos tribunais quanto à sua efetividade. Muitos operadores do Direito preferem manter-se conservadores e nas linhas básicas de responsabilidade civil (dano, nexos causal e culpa) e até mesmo no uso de contratos físicos (ainda que a lei permita os digitais) ou presos à teoria clássica do inadimplemento para uma maior segurança jurídica.

Para que a lei traga os avanços desejados, a posição dos tribunais será essencial. Lei e doutrina já avançam nesse sentido, mas a segurança jurídica dependerá de uma jurisprudência alinhada com os movimentos econômicos e a esperança de boa-fé entre todas as partes.

Date Created

14/01/2021