

**EL LIBRE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL*****O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONOMICA NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL***

Artigo recebido em 21/09/2020

Revisado em 24/10/2020

Aceito para publicação em 21/11/2020

Miguel Lobato GómezDoctor y Prof. Titular de Derecho Civil
de la Universidad de León, España

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo discutir la relación existente entre la libertad, aquí definida por el libre ejercicio de la actividad económica y el proceso de desarrollo del Brasil, como uno de los objetivos de la sociedad brasileña, reconocido en la Constitución Federal. La discusión tiene como razones de fondo la importancia y la actualidad del tema. Desde el punto de vista metodológico se ofrece una reflexión crítica del tema en aras de su razón práctica, por haber sido este asunto objeto de otras anteriores reflexiones.

PALABRAS CLAVES: Economía. Libertad económica. Constitución Federal brasileña.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir a relação existente entre a liberdade, aqui definida pelo livre exercício da atividade econômica e o processo de desenvolvimento do Brasil, como um dos objetivos da sociedade brasileira, reconhecido na Constituição Federal. A discussão tem como razões de fundo a importância e a atualidade do tema. Do ponto de vista metodológico se oferece uma reflexão crítica do tema em face da sua razão prática, por ter sido este assunto objeto de outras anteriores reflexões.

PALAVRAS-CHAVES: Economia. Liberdade econômica. Constituição Federal brasileira.

SUMARIO: Introducción. 1 Derechos fundamentales, derechos sociales y derechos de titularidad difusa el colectiva. 2 El principio constitucional de la libre iniciativa económica. 3 Libre iniciativa económica, autonomía privada y libertad de contratación. 4 Libre iniciativa económica, libertad de contratación y solidaridad social. 5 Libre iniciativa económica, libertad económica y garantía del libre mercado. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En cuanto a las razones de fondo, hay dos razones fundamentales. La más importante es que el tema a desarrollar se enmarca claramente dentro de las líneas de pesquisa del programa de Maestría, pues se trata de analizar un derecho económico fundamental que figura expresamente consagrado en la CF. Derecho que, por lo demás, forma parte del núcleo de lo que se ha dado en llamar la constitución económica de un estado democrático de Derecho [junto al derecho de propiedad privada y su función social, el derecho al trabajo y la búsqueda del pleno empleo, la defensa del consumidor y del medio ambiente, etc.] como el que consagra la Constitución de Brasil. La otra razón es la indiscutible actualidad del tema. En efecto la reciente aprobación de la llamada Ley de Libertad económica [*Ley 13.874, de 20 de septiembre de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Libertad Econômica; e, estabelece garantias de livre mercado*] ha colocado este asunto en el centro del debate jurídico.

En cuanto a las razones metodológicas [que me parecen decisivas en los programas de posgraduación] hay dos aspectos que quiero destacar y que pueden contribuir muy bien a los objetivos del curso en tanto sirven de base para hacer una reflexión crítica del sistema de derechos individuales, sociales y colectivos de los ciudadanos que garantiza la CF de Brasil.

El primero de ellos es que derecho de libertad de empresa, de iniciativa económica o de “libre iniciativa” no está expresamente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como si lo están la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento; la libertad de opinión o la libertad de asociación. Circunstancia esta que permite introducir una reflexión crítica sobre las relaciones entre ambos documentos cuando nos preguntamos por qué este aspecto esencial de la libertad no es garantizado por la Declaración como un derecho humano.

El segundo aspecto se refiere a la necesidad de tomar en consideración la configuración jurídica y el contenido material de los derechos fundamentales de las personas o derechos de primera generación a la hora de perfilar y definir los llamados derechos de segunda generación o derechos sociales [educación, salud, vivienda, etc.] y los llamados derechos de tercera generación [derecho al desarrollo sostenible, a gozar de un medio ambiente sano, etc.] para establecer una relación correcta entre todos ellos.

Por último, existe una razón práctica. Hace unos años tuve la fortuna de disfrutar de un año sabático concedido por mi Universidad, la Universidad de León, para realizar tareas docentes y de investigación en Brasil, tanto en la UFRGS donde impartí un curso sobre Metodología Jurídica y otro sobre el Estatuto da Ciudades, como en la UFSC donde impartí un curso sobre la transformación de los paradigmas en el Derecho Civil [propiedad, contrato, responsabilidad y familia]. Pues bien, como resultado de aquellas tareas dediqué alguna atención a este asunto que se materializó en dos publicaciones. “Livre-iniciativa, autonomia privada e Libertad de contratar”. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord.). *Contrato & Sociedade: A autonomia privada na legalidade constitucional*. v. II. Curitiba: Juruá, 2006 [Coincidí con el Prof. Nalin en un Tribunal de Doctorado en la UFSC y me convidó a dar una conferencia sobre el asunto en Curitiba, en la PUC], posteriormente, organicé las notas de las aulas sobre la transformación del contrato impartidas en la UFSC y las publiqué con el título “Autonomía privada e Libertad contractual”, en la *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14238>.

Es evidente que esta intervención toma como base y como referencia las ideas que allí se exponían, por eso el aparato bibliográfico citado en esos dos trabajos sigue siendo de utilidad en la actualidad.

1 DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS DE TITULARIDAD DIFUSA EL COLECTIVA

Tengo la impresión de que la preocupación de la doctrina brasileña por la construcción teórica de los Derechos sociales, difusos y colectivos que se manifiesta en los *currícula* de los programas de posgrado en Derecho [es, por ejemplo, el caso de este propio programa de UNISAL, pero hay más de cien cursos de posgrado en Brasil con esta temática o similar] está dejando al margen y dejando en el olvido el estudio de los derechos fundamentales de las personas y la reconstrucción teórica de los derechos económicos de carácter individual [derecho de propiedad privada, derecho a la herencia, libertad de iniciativa económica, libertad de empresa y libertad de contratación] y se fija mucho más en la construcción del derecho al trabajo y de otros derechos sociales como la vivienda, la educación, la salud, el ocio, etc., e incluso en la construcción de los nuevos derechos colectivos y difusos de las personas.

Al asumir esta opción metodológica, muy común en los programas de posgraduación brasileños como ya he advertido, se adopta una perspectiva eminentemente filosófica que deja

en un segundo término la perspectiva estrictamente jurídica y, con ello, se olvida que la correcta definición y construcción teórica de estos derechos se relaciona íntimamente con la configuración de los derechos individuales y que sin la existencia y reconocimiento de estos, los derechos sociales y colectivos pierden su sentido, pues, en general, estos derechos se materializan a través de actuaciones y políticas públicas y se construyen como límites o limitaciones de los derechos económicos individuales o como elementos condicionantes de su ejercicio.

Me explico, no sería necesario organizar la defensa del medio ambiente por el Estado si éste no estuviera en peligro por la abusiva actuación de las empresas y por el ejercicio egoísta de los derechos de propiedad de las personas. Y si pensamos en el derecho a la vivienda es evidente que su efectividad está muy condicionada por el derecho de propiedad privada. En cuanto al derecho al trabajo siempre está conectado con la configuración jurídica de la empresa que permite que éste derecho “social” se materialice en concretos derechos individuales de los trabajadores (al salario, a la seguridad en el trabajo, al descanso, etc.). Y por lo que se refiere a otros derechos llamados sociales sólo pueden conseguirse mediante la financiación pública que se nutre de los impuestos que el poder público obtiene, fundamentalmente, a partir de la propiedad privada y de la actuación empresarial.

Es decir, la construcción teórica de estos nuevos derechos, que sin ninguna duda suponen un avance importante de la sociedad y que indudablemente la hacen mejor y más justa, nunca debe olvidar el estudio de los derechos individuales que fundamentan el sistema económico y que la CF de Brasil resume en su **art. 170** al definir los principios rectores de la actividad económica, dando protagonismo en su párrafo único al libre ejercicio de la actividad económica¹.

Y si hacemos un análisis de la CF, ya sea cualitativo, ya sea cuantitativo, podemos comprobar como las referencias a los derechos individuales de carácter económico son claras,

1 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: I - soberania nacional; II - **propriedade privada**; 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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#)), 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995](#)).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

precisas y abundantes. El derecho de propiedad o el derecho a la herencia están claramente reconocidos y garantizados, aunque se subordinen a su función social.

Los derechos sociales se enuncian en la CF, pero salvo los relativos al derecho al trabajo, que también es un derecho individual, y a la previdencia social, no se define su contenido y se dan pocas pistas en la Ley Mayor para conocer su alcance constitucional. Además hay que anotar que si hay un término del que la CFB abusa con un significado muy ambiguo ese es el termino el adjetivo “social” [lo utiliza más de 200 veces, aplicado a los conceptos más dispares: derechos, armonía, integración, función, interés, prestación, previdencia, condición, seguridad, desarrollo, orientación, justicia, control, aprovechamiento, asistencia, capital, patrimonio, paz, orden, promoción, contribución, comunicación, organización, servicio,...lo que hace muy difícil explicar que significa realmente este polisémico vocablo en la Constitución de Brasil más allá de una idea “concerniente a una comunidad, a una sociedad humana”].

En cuanto a la mención de los derechos e intereses colectivos la CF, si dejamos aun lado el concepto de negociación colectiva, es bastante parca y moderada [los menciona alrededor de media docena de veces, con destaque para el Título del Cap. I: *dos direitos e deveres individuais e coletivos*] y, además de aludirlos junto a los derechos individuales y de referirse también a unos hipotéticos deberes colectivos, tampoco se encuentran en la Constitución muchas pistas para aclarar cuales son los derechos colectivos a los que se refiere y cuál es el contenido de cada uno de ellos.

Por último, por más que sea un tópico de moda y muy utilizado, la Constitución brasileña ni siquiera alude a unos hipotéticos derechos difusos. Menciona este término una sola vez referido a intereses, no a derechos. Y lo hace exclusivamente al reconocer el ejercicio de la acción civil pública al Ministerio Publico en defensa del medio ambiente para referirse genéricamente a “otros intereses difusos y colectivos” distintos de éste [art. 129, III]. Por lo que no creo que de esta escueta referencia pueda deducirse una garantía constitucional sólida de los mismos.

Por ello me ha parecido muy oportuno en este programa de posgraduación en Derecho introducir un elemento de debate. Si se quiere, una crítica de la crítica. Una crítica amable de todas aquellas posturas teóricas que toman como base una crítica sistemática de los derechos individuales desde una perspectiva social, por considerarlos encerrados en dogmas ultrapasados que es necesario superar. Una visión del asunto, en fin, que recuerde a los estudiantes del Maestría que si es muy enriquecedor para el estudio de los derechos humanos de primera, de segunda y de tercera generación tomar en cuenta sus aspectos culturales,

históricos, filosóficos o políticos, nunca hay que dejar de lado la perspectiva dogmática o técnico-jurídica, incluyendo en lo jurídico las normas de derecho constitucional y todas las normas derecho positivo vigente, aunque puedan ser discutidas teóricamente y ser objeto de legítimas críticas.

Así que trataré de analizar el tema del libre ejercicio de la actividad económica tratando de evitar cualquier prejuicio metodológico, tanto los derivados de una concepción “social” del Derecho, como los derivados de una posición estrictamente positivista, legalista o dogmática. Pero, eso sí, tomando como referencia la Constitución y las normas vigentes que integran el sistema jurídico brasileño que, al fin y al cabo, son las que han dictado los poderes públicos legítimamente constituidos.

2 EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA

Conforme al artículo 170, parágrafo único, de la Constitución brasileña: "*É assegurado a todos el livre exercício de qualquer atividade econômica*". Además, este derecho, que nace de uno de los fundamentos de la organización económica de Brasil, cual es la proclamación como valor constitucional de la libre iniciativa, se va a concretar en el ámbito de la actividad económica en dos principios: el principio de la libertad de empresa, al que no se alude directa y expresamente, y el principio de la libre competencia [*concorrência*] (art. 170, 4 CF), que informan el orden económico del país. Igualmente este derecho está íntimamente ligado con el principio de libertad de contratar, pues ninguno está obligado a hacer el dejar de hacer una cosa a no ser en virtud de ley (art. 5, II CF); y, cuando ya se ejerció el derecho a la libre iniciativa a través de la celebración voluntaria de un contrato, se garantiza el respeto a los derechos adquiridos y a los "*atos jurídicos perfeitos*" (art. 5, XXXVI CF), idea esta claramente inspirada en el principio de la fuerza obligatoria de los actos y negocios jurídicos.

Para completar el panorama, la propia Constitución Federal concreta expresamente este derecho a la libre iniciativa también en algunos ámbitos sensibles en el marco de los cuales son reconocidos ciertos derechos sociales a los ciudadanos, como el derecho a la salud (art. 199: «*A assistência à saúde é livre à iniciativa privada*»), o el derecho a la educación (art. 209: «*El ensino é livre à iniciativa privada*»). Y la realidad pone de manifiesto que la iniciativa privada es básica para el ejercicio por los ciudadanos de otros de los derechos sociales enunciados por la Constitución en el art. 6º como la alimentación, la vivienda, el transporte o el ocio.

Por otra parte, no podemos olvidar que el principio constitucional de libre iniciativa económica sólo puede ser entendido como una concreción de otro principio constitucional más general: el principio de libertad. La libertad es uno de los valores supremos de la sociedad brasileña al que alude el Preámbulo de la Constitución y que se reitera a lo largo y ancho de su articulado, y que, como es lógico, también irradia sus efectos en el orden económico. Además, la libertad se garantiza como derecho fundamental individual de carácter subjetivo junto a la propiedad, en el caput del artículo quinto. Por tanto, puede entenderse que la libertad de iniciativa económica y la libertad contractual son meras manifestaciones del principio general de libertad en el ámbito económico.

En contrapartida, una definición correcta del principio de libre iniciativa sólo puede hacerse, de conformidad con su valor social, dentro del absoluto respeto a otros principios y derechos constitucionales, buscando un equilibrio con ellos. Así, han de ser respetados, en una correcta reconstrucción teórica del principio de libre iniciativa: los principios de justicia e igualdad; la dignidad de la persona humana, que inspira todo el edificio constitucional; la solidaridad social, la función social de la propiedad y el desarrollo sostenible; la defensa de los consumidores y del medio ambiente; o, en fin, el respeto a los derechos sociales citados en el artículo sexto del texto constitucional. Tampoco se puede olvidar al estudiar este asunto que la libre iniciativa económica de los ciudadanos viene condicionada a la "construcción de una sociedad justa, libre y solidaria" (art. 3,1), que conforme a la Constitución es el primer objetivo de la República Federativa de Brasil, ni que la ordenación de la actividad económica tiene por finalidad "asegurar a todos existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social" (art. 170, caput)

A nadie debe extrañar esta consagración expresa del derecho a la libre iniciativa económica, pues el texto constitucional brasileño de 1988 siguió, en esta materia, el camino que ya habían trazado otras normas constitucionales anteriores.

En efecto, la Constitución italiana de 1947 proclamó en su art. 41 que "la iniciativa económica privada es libre", por más que a continuación le impusiera algunos límites y condicionamientos como no ir contra la seguridad, libertad en la dignidad humana, ni utilizarse en contradicción con la utilidad social². Algunos años después la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978 también consagraron el derecho de los

2 Art. 41 de la Constitución italiana de 1947: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

ciudadanos a la libre iniciativa económica. Primeramente, el art. 61,1 de la Constitución portuguesa proclamó que “la iniciativa económica privada se ejercerá libremente en el marco definido por la Constitución y por la ley y teniendo en cuenta el interés general³. Poco después, la Constitución española de 1978 reconoció el derecho de los ciudadanos a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, siempre que éste derecho se ejerza de acuerdo con las exigencias de la economía general⁴. Los comentarios doctrinales a estas normas ofrecen un importante subsidio para interpretar el art. 170 de la CFB.

3 LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA, AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Con certeza, la Constitución Federal de 1988 se convirtió, por voluntad mayoritaria de los ciudadanos brasileños, en la norma suprema del ordenamiento jurídico, y por tanto todas las restantes normas de Derecho público el privado deben respetarla. Sin embargo, no se puede perder de vista que, vía de regla, la Constitución no define los derechos y principios fundamentales que consagra; se limita la mayor parte de las veces a reconocerlos y a enunciarlos. Por eso, paradójicamente, en muchas ocasiones, el intérprete ha de ayudarse, para definir el concepto y el contenido de los derechos constitucionales, de datos que están fuera de la propia Constitución.

De este modo, cuando la Constitución de Brasil hace uso das nociones de contrato o de empresa privada; cuando acoge, al lado del trabajo humano, el valor social de la libre iniciativa, como fundamento del Estado Democrático de derecho (art. 1, IV), o cuando reafirma el principio de la libre iniciativa como fundamento del orden económico (art. 170, caput), no determina que ha de entenderse por contrato, ni por empresa privada, ni por libre iniciativa, ni por libertad económica, ni tampoco el contenido constitucional de esos conceptos. Por tanto, para definir esos conceptos, su ámbito de aplicación y su alcance, el intérprete debe acudir no sólo a la propia Constitución, sino también a otros datos de la experiencia jurídica y a de las restantes fuentes productoras del Derecho, para así conocer el concepto que de esos principios y derechos preexistía en la cultura jurídica brasileña antes de la promulgación de la Constitución. Por tanto, para su reconstrucción en clave constitucional,

3 Art. 61,1 de la Constitución portuguesa de 1976: "A iniciativa económica privada *exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta el interesse geral*".

4 Art. 38 de la Constitución española de 1978: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*».

además de las propias referencias constitucionales y del contenido normativo que les haya otorgado o les pueda otorgar en el futuro el legislador posconstitucional, no se puede perder de vista ese importante dato.

Por otra parte, el principio de la libre iniciativa económica encuentra su fundamento último en la propia idea de persona y en el necesario respeto de sus derechos fundamentales. Por tanto, es un reflejo, en el campo económico, de los principios de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Con el reconocimiento de la libre iniciativa económica se garantiza a los ciudadanos un poder de autogobierno, dirigido a proporcionarles un instrumento que les permita alcanzar sus propios fines e intereses personales en el campo económico. Supone, por tanto, un poder de autorregulación de las propias relaciones jurídicas y de los intereses jurídicos de las personas que es denominado por la doctrina jurídica "autonomía privada" o "autonomía de la voluntad".

En consecuencia, el reconocimiento constitucional de la libre iniciativa puede entenderse también extendido a las personas jurídicas, pero no como un fin en si mismo, sino como un medio de asegurar la libertad y la dignidad de la persona humana, y siempre dentro del marco constitucional de referencia. Es decir, la iniciativa económica privada se garantiza constitucionalmente en función del valor social que representa, y no puede utilizarse en contraste con ciertos condicionantes negativos definidos por el interés general, la utilidad social, la libertad y la seguridad de las personas, la dignidad humana y otros derechos fundamentales constitucionalmente tutelados. Igualmente, el sistema económico constitucional impone a la iniciativa privada ciertos límites activos o de carácter positivo, pues la actividad económica debe estar siempre subordinada a los controles y a las intervenciones públicas que exijan la programación, la coordinación y el planeamiento integral del aprovechamiento de los recursos naturales y de la economía nacional.

Mediante la afirmación del principio de autonomía privada se significa que, en general, el ordenamiento jurídico reconoce a las personas las siguientes posibilidades en el ámbito contractual:

a) Libertad de celebración de contratos o libertad de contratar propiamente dicha. Es decir, la posibilidad de decidir si contratar o no contratar. El libre arbitrio para, según los intereses y conveniencias de cada uno, establecer o no una relación contractual con otro, y para determinar el momento en que se establecerá. Pues, en principio, a nadie le pueden ser impuestos contratos contra su voluntad, o le pueden ser aplicadas sanciones como consecuencia de negarse a contratar; del mismo modo no se puede impedir que una persona celebre contratos, ni imponerle sanciones en el caso de que contrate.

b) Libertad de escoger libremente a la persona con quien se va a contratar, salvo las excepciones legalmente previstas. Quien celebra un contrato puede elegir la otra parte, escogiendo a la persona con la que quiere contratar. Es decir, si el propietario de una casa decide destinarla al alquiler no tiene ninguna obligación de cederla a la persona que necesite vivienda con mayor urgencia, ni tampoco a aquella que le ofrezca mayor precio.

c) Libertad de elección del tipo contractual que mejor sirva a sus intereses. Esto es, la posibilidad de escoger libremente el modelo de contrato que quiere celebrar de entre todos aquellos que están tipificados en la ley.

d) Libertad de pacto o de estipulación. Esto es, la posibilidad de fijar libremente el contenido del contrato, incluyendo las cláusulas que tenga por conveniente y dándoles la redacción que le parezca más adecuada a los intereses de las partes⁵.

Posibilidades todas estas que suelen resumirse conjuntamente en el denominado principio jurídico de libertad contractual o de libertad de contratación.

Por eso no es de extrañar que el legislador en el nuevo Código Civil brasileño de 2002, especialmente en el artículo 421⁶, incluido entre las disposiciones generales que abren el Título "Dos Contratos em Geral", confirme la consagración legal del principio tradicional de la libertad de contratar y la mantenga como Derecho positivo, aunque la someta a ciertas limitaciones. En efecto, esta norma consagra claramente el principio de libertad contractual aunque, paralelamente, concreta los límites de ese principio general, en particular, los preceptos de orden público "establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos"⁷. Por tanto, el nuevo Código Civil puso las bases de una importante transformación en el régimen jurídico del contrato al colocar la función social del

5 Podría objetarse que la libertad de determinar el contenido del contrato sufre hoy amplias restricciones, pues muchos contratos son contratos de adhesión cuyas cláusulas han sido predispuestas por una de las partes sin que el adherente tenga oportunidad de negociarlas, y por tanto impuestas a la persona que quiera contratar. Sin embargo, en estos contratos, la adhesión al contrato por una de las partes no es más que una pura manifestación formal del asentimiento para contratar. Por eso puede decirse que el mutuo consenso que presupone el principio de autonomía privada fue secuestrado, existiendo exclusivamente un consenso en la celebración del negocio, y no propiamente sobre las cláusulas constitutivas de éste.

6 Art. 421: «A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato». Ha advertirse que esta norma se ha visto modificada por la Ley n.º 13.847 de 20 de septiembre de 2019, que le añade un párrafo único: "Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual", y un Art. 421-A, que dispone: "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada", que refuerza la libertad e igualdad de las partes en el contrato.

7 Art. 2035: «Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos ».

contrato como fundamento y principio rector de la libertad de contratar. Para completar el cuadro de los límites a este principio, en el art. 422⁸ atribuye a los contratos un contenido objetivamente necesario y superior a la voluntad de las partes, los principios de probidad y de buena fe (objetiva), siguiendo el camino que para las relaciones de consumo ya había establecido anteriormente el Código de Defensa del Consumidor, con lo que el nuevo régimen del contrato que traza el Código Civil de 2002 está destinado a crear relaciones contractuales más equánimes y más justas.

4 LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SOLIDARIDAD SOCIAL

A la vista de estos datos la doctrina más atenta viene a afirmar que el contrato se ha convertido en una relación compleja y solidaria y ya no se puede concebir como una simple relación de intereses contrapuestos y antagónicos de las partes, sino que es un verdadero instrumento de cooperación social, que busca que el contrato sea la expresión de una relación equilibrada y equitativa y que no deje al margen las aspiraciones sociales a la justicia. El contrato, como expresión concreta de la libre iniciativa, aunque nazca de la conjunción de las voluntades individuales, también es un acto social que debe ser respetuoso con los intereses generales o colectivos. Por eso, en ciertas situaciones el individuo puede ser obligado por el ordenamiento jurídico a asumir involuntariamente compromisos que no tenía previsto inicialmente o que, inclusive, hubiera querido evitar. Evidentemente, es normal, que los contratantes den siempre preferencia a sus intereses, sin embargo, junto a los naturales intereses particulares que el ordenamiento jurídico tutela, siempre está presente una aspiración general del sistema jurídico dirigida a que cada contratante se esfuerce por atender lo mejor posible los intereses del otro contratante e, inclusive, los intereses generales de la propia comunidad. Por tanto, es legítimo que la colectividad, a través del ordenamiento jurídico, exija que cada uno de los contratantes tenga en consideración otros intereses, sobre todo si eso no le crea ningún perjuicio.

El solidarismo contractual aparece también de manera manifiesta a través de la interpretación del contrato por los jueces y tribunales, y encuentra un amplio eco en la doctrina. Durante los últimos tiempos, y con apoyo en el Código de Defensa del Consumidor,

8 Art. 422: «Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé».

la jurisprudencia brasileña admite que el contratante en posición dominante tiene obligaciones secundarias o accesorias, no previstas expresamente en el contrato, que tienen como objeto garantizar a la otra parte la obtención de la utilidad real que esperaba del contrato (obligaciones de información o de cooperación), tanto en la fase de la formación, como en la fase de ejecución del contrato. Este solidarismo contractual se manifiesta, por tanto, en la exigencia de que ambos contratantes actúen con probidad y con buena fe objetiva. Es decir, con lealtad contractual. No basta que cada contratante evite actitudes reticentes que puedan inducir a engaño a la otra parte, pues cada contratante está obligado por un principio general de lealtad y de coherencia contractual. De ello se deriva que nadie puede exigir compromisos contractuales de otro, si el mismo no se compromete a hacer lo necesario para alcanzar los objetivos comunes procurados y esperados por ambos.

No obstante, la idea de la función social del contrato es una idea algo enigmática que no está exenta de ambigüedades y de problemas. No sólo por ser un concepto indeterminado que posibilita la intervención discrecional del juez en el ámbito del contrato, alterando el equilibrio contractual alcanzado por las partes, sino también por la propia indeterminación del concepto. En efecto, no está nada claro, cuando el legislador se refiere a la función social del contrato como causa y como límite de la libertad de contratar, si está pensando en la función del contrato como categoría jurídica general o función social de la institución contractual, en la función social que ha de tener cada tipo o cada relación contractual en particular o, aún, en la función social de las obligaciones que surgen del contrato para cada una de las partes. Del mismo modo, también hay otras incógnitas difíciles de esclarecer que, dada la originalidad de la fórmula, no encuentra mucho auxilio en el Derecho comparado. Por ejemplo, cuando la norma habla de la función social del contrato no aclara cuál de los poderes públicos, el poder ejecutivo, el poder legislativo o el poder judicial, está legitimado para definir en que consiste esa función social y cuál es su contenido material concreto. Tampoco es fácil saber si la función social del contrato ha de estar definida antes del momento genético o creador de la relación contractual, o si tiene que ser concretada en la fase de interpretación del contrato, una vez celebrado, con vistas a su correcto cumplimiento.

5 LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA, LIBERTAD ECONÓMICA Y GARANTÍA DEL LIBRE MERCADO

La reciente ley del 20 de septiembre del año pasado (Lei n.º 13.847), que declara formalmente el derecho de libertad económica y garantiza el libre mercado, ha supuesto un

cambio en el asunto que debe ser analizado a la luz de los principios constitucionales que hemos visto con anterioridad.

Es evidente que esta ley altera de forma importante el enfoque jurídico que ha de darse, a partir de ella, al asunto de los derechos económicos de los ciudadanos en Brasil, pues, por una parte, trata de ser un desarrollo legislativo del artículo 170 de la Constitución, tal como manifiesta expresamente su artículo primero, mientras que, por otra parte, aspira a convertirse en una norma de carácter general que ha de tenerse en cuenta en la interpretación de todas las ramas del derecho privado, de modo que en todas ellas prevalezca una interpretación que favorezca la libertad económica y el respeto a la libertad de contratación en la actividad económica privada⁹. “Para ello, ese texto será considerado una norma a ser seguida en el derecho civil, empresarial, económico, urbanístico y del trabajo” se afirma en su Exposición de Motivos.

CONCLUSIÓN

Partiendo de un planteamiento de política legislativa que se manifiesta claramente en la citada Exposición de Motivos de la “Medida Provisoria” que está en el origen de esta ley, se trata de reducir todo lo posible la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la actividad económica privada. En efecto, parte de la idea de que la libertad económica es una conquista del Estado de Derecho aplicada a las relaciones económicas y que es “un factor necesario y preponderante para el desarrollo y el crecimiento económico de un país”. Además, conceptualmente, trata de fundamentarse, según se afirma en dicha Exposición de Motivos, en análisis y estudios empíricos que ponen de manifiesto: que “inversiones en producción, educación y tecnología, cuando realizados en un país con mal desempeño en libertad económica, no producen crecimiento y desarrollo. O sea, libertad económica es científicamente un prerequisite necesario, y urgente, para que todas las políticas públicas de educación, tecnología, productividad e innovación, que están siendo desarrolladas por la nueva administración, para que tengan, de hecho, un efecto real sobre la realidad económica

9 Art. 1º: “Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170.....”.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º 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.

del País”; y, que “la libertad económica, es especialmente una forma de protección de la propiedad privada, es más determinante para el bienestar de la población de que, por ejemplo, las características regionales y demográficas de un país”.

Es decir, el legislador ha buscado una clara ruptura con la situación jurídica previa creada por un Estado gobernado con otros criterios al que califica de “irracionalmente controlador” y, por eso, afirma que la ley está dirigida a “alterar situaciones consideradas paradigmáticas, que repercutieron sobre todo el sistema jurídico por intervenir en el presupuesto vigente de anti-libertad y anti-desarrollo”.

Por todo ello declara, como primer principio que nordea lo dispuesto en la ley, la libertad como una garantía de las actividades económicas (art. 2º, I).

Evidentemente no puedo entrar en el análisis de su articulado, pues excedería con mucho el objetivo de esta videoconferencia, pero creo que tienen delante un texto importante, polémico y complejo que merece su atención y un análisis detallado. Pero me temo que, más allá del análisis jurídico de su contenido normativo, su clara intencionalidad política lo coloca en un plano en el que la crítica será, sobre todo, una crítica a las motivaciones y finalidades de la ley y a su choque frontal con la interpretación en clave social que usualmente se venía haciendo de la Constitución Federal de Brasil.

REFERENCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional”. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 92, pp. 221-240, out.-dez. Brasília, 1986.

ARAUJO, Valter Shuenquener, “Lei da Liberdade Econômica. Tendências e Desafios no Novo Marco Regulatório da Livre Iniciativa”, en Fernando Leal José Vicente Santos de Mendonça (Org.), Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação, pp- 40 ss. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. “Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira.” Revista brasileira de Direito Público, a.12, n. 45, abr/jun. 2014.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. “Os valores sociais da livre iniciativa”, Revista de Informação Legislativa, v. 43 n. 171 jul./set. 2006

GARCÍA, Ricardo Lupion/TAVARES, Cláudio Kaminski,” Livre iniciativa: considerações sobre seu sentido e alcance no Direito brasileiro”, Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Volume 88, número 1, jan./jun. 2016, pp. 148 yss.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOBATO GOMEZ, J. Miguel. “Livre-iniciativa, autonomia privada e Libertad de contratar”. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord.). *Contrato & Sociedade: A autonomia privada na legalidade constitucional*. v. II. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. “Autonomia privada e Libertad contratual”, en la **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14238>

MOREIRA, Egon Bockmann. “Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social.” *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte , n.16, out./dez. 2006.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência”. *Revista Scientia Iuris*, vol. 10, pp. 83ss., Londrina, 2006.

ROSSIGNOLI, Marisa/ SOUZA, *Francielle Calegari de*. “O princípio constitucional da livre concorrência frente à política do desenvolvimento sustentável”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 1 (2019), pp. 388 ss.

SARMENTO, Daniel. “Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada”. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manuel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de/MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741.

TIMM, Luciano Benetti. “O direito fundamental à livre iniciativa na teoria e na prática institucional brasileira”. In: TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.