

LIBERDADE CONTRATUAL E CONCORRÊNCIA

Oscar Dias Correia

Este Congresso surge no momento em que as relações contratuais, em geral, sofrem estranho sopro renovador de que não conhecemos a origem, ignoramos o rumo, não sabemos o destino e não nos é dado sondar a nossa sorte, envolvidos e dominados por ele.

Por isso, tudo o que se disser pode ser, vir a ser, ou não ser, nem vir a ser, por menos possível pareça, ou mais provável ou certo aparente ser.

Os contratos, em geral, assumem todas as formas e não seria fácil enquadrá-los em definições e classificações, se impregnados de conteúdo econômico, este varia mais do que a volubilidade dos ventos e, às vezes, com a impetuosidade deles.

A prova provada encontrâmo-la neste momento, quando tomamos conhecimento do Ante-Projeto do “Código Europeu dos Contratos”, que a Academia dos Jurisprivatistas Europeu, sob a coordenação do eminente Prof. Giuseppe Gandolfi, nos apresenta, bastando ler, no art. 2º:

“Art. 2.

Autonomie contractuelle

1 – Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées para les règles impératives, les bonnes moers et l’ordre public, comme elles sont fixées dans le présent code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des Etats membres de l’Union européenne, pourvu

que par là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui.

2 – Dans les limites de l’alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats Qui ne son pas soumis à la reglementation du présent code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes” (grifo nosso).

Daí a complexidade do tema que me foi determinado – “Liberdade Contratual e Concorrência” – e minha presença, quando os doutores cuidam do Direito Contratual e do Projeto de Código Europeu dos Contratos, só se explica porque, em priscas eras, fui professor de economia e, depois, tentei ser jurista, no que insisto até hoje, em tentativa que muitos, certamente, considerarão frustra...

E o jurista que não for economista, às vezes se interrogará como se chegou a tamanhas heresias jurídicas; como o economista, que não for jurista, se benzerá ante tão grande afronta às inefáveis leis do mercado!

Desde logo se poderia perguntar até que ponto os dois elementos deli – liberdade contratual e concorrência – existem na economia contemporânea, em face das imprevisíveis reações do mercado.

As alterações profundas da economia mundial, com os blocos regionais e a chamada globalização, de tal modo atingiram a liberdade contratual que ela se põe e existe apenas entre os limites que o mercado dita; e aqui a concorrência não é só fator de igualação de oportunidades e condições, como o elemento impositivo claro e definido que manda fazer ou não fazer, criar ou não, produzir ou não, consumir ou não, contratar ou não.

As modificações e a evolução da teoria do contrato, que os tratadistas explicitam tão bem – e bastaria lembrar a lição do eminente jurista que distingue este Congresso como Presidente de Honra, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira – sofrem os impactos da ação que o Estado desenvolve, conforme interfira,

mais ou menos, ou se retire, ou retraia na ação intervencionista em modelo mais ou menos liberal.

E a “nova tipologia contratual” surge, com as transformações jurídicas e econômicas, que levaram Gaston Morin a referir o que Josserand salientava: que todos assistem “ao progresso quantitativo e qualificativo do contrato”, o que se resumiria na reflexão sintética de Caio Mário de que “novos contratantes requerem novas avenças”(III, 377).

E dá a explicação: “Eles não aparecem ao acaso, nem são devidos à imaginação de algum jurista inspirado. Foi a necessidade do tráfico jurídico a sua causa genética”(III, 377).

Fenômenos jurídicos e fenômenos econômicos se aproximam e entrelaçam, para atender às necessidades e conveniências do negócio jurídico. E em todos os ramos do relacionamento o econômico pede ao jurídico que lhe forneça o modelo, a forma, a moldura, que lhe valide a operação realizada consensualmente, para que subsista e se execute como obrigação das partes na normalidade da ordem vigente.

Diria, sem ser especialista, que há contratos de tal qualidade e formato com que não sonha a vã filosofia dos obrigacionistas, por mais os tentem classificar e enquadrar em moldes jurídicos conhecidos ou por nomear, por mais inominados que sejam.

E, ainda aqui, a prova surge no próprio “Ante-Projeto”, ao declarar, art. 3º:

“Art. 3.

Règles générales et particulières aux contrats

1 – *Les contrats, soient qu'ils aient une dénomination propre dans le présent code, soient qu'ils n'en aient pas, sont soumis aux règles générales qui sont objet du présent livre.*

2 – *Les règles relatives aux contrats qui ont une dénomination propre dans le présent code s'appliquent par analogie aux contrats qui n'en ont pas”(grifo nosso).*

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, III, 375.

