

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

CURSO DE DIREITO

Bernardo Baccon Gehlen

**PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS
DE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL**

Santa Cruz do Sul

2019

Bernardo Baccon Gehlen

**PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS
DE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da
Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Elia Denise Hammes

Santa Cruz do Sul

2019

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende identificar de forma prática e atual quais limites o empresário brasileiro encontra para contratar e estabelecer o conteúdo do contrato nas relações de direito internacional e nacional, através do estudo do princípio da autonomia da vontade contratual. O princípio é analisado de forma dinâmica, como o resultado da relação de força das partes contratantes, não apenas na expressão das suas vontades e interesses, mas em função das diferenças encontradas no campo econômico e instrutivo durante a negociação e execução do contrato. O estudo do princípio da autonomia da vontade também permite contextualizar os principais movimentos liberais e sociais dos últimos dois séculos e como eles contribuem para aumentar ou reduzir a liberdade privada e a relação com o interesse do Estado. Essa conjuntura permite abordar a liberdade das partes no contrato clássico e contemporâneo, identificar e interpretar a natureza dos contratos empresariais, a sua relação com as normas gerais e específicas e a interação entre os princípios norteadores da Teoria Geral dos Contratos e a autonomia da vontade. Para dar conta dos propósitos descritos, a pesquisa utilizará o método dedutivo, usando como base a análise doutrinária e a abordagem da legislação pura, em especial o Código Civil (Lei 10.406/02), a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), alguns aspectos da Medida Provisória 881, a qual resultou na Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), e do Decreto 8.327/14 que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Os resultados encontrados demonstram que o princípio da autonomia da vontade é matéria de estudo na jurisprudência brasileira e internacional e apresenta variações de amplitude conforme a situação política e econômica do Estado. As restrições à escolha de contratar e estabelecer o conteúdo do contrato estão vinculadas à observação de princípios consuetudinários da relação comercial e matérias de interesse público, à natureza do contrato e o contraste de interpretação do judiciário entre a capacidade econômica e instrutiva das partes e a necessidade de garantir segurança e previsibilidade das relações comerciais.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Contratos empresariais. Contratos internacionais. Protecionismo. Liberalismo.

ABSTRACT

The objective of the present study is to analyze the restrictions faced by Brazilian entrepreneur to contract and set forth its content on national and international relations from a current and practical perspective. The investigation is based on the principle of Party Autonomy which comprises the identification of inequality of bargaining power between parties, regarding not only the expression of their interest and wills, but also taking into consideration a set of differences found on economic and instructive capacity during the negotiation and the performance of the contract. Also, the study of the principle allows contextualizing the main liberal and social movements occurred during the last two centuries and how they contribute to increase or reduce private freedom of choice and its relation with the State interest. These circumstances create a framework for evaluating freedom of choice on classic and contemporary contracts, for identifying and interpreting the nature of business contracts, their relation with general and specific Brazilian rules and their interaction with the main principles of the General Theory of Contracts. In order to accomplish with the foregoing proposal, the research utilize deductive method based on the analysis of doctrine and legislation, especially Brazilian Civil Code (Law No. 10.406/02), Arbitration Law (Law No. Lei 9.307/96), Temporary Act No. 881 which recently become the Brazilian Law of Economic Freedom (Law No. 13.874/19) and the Act 8.327/14 which promulgated the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The results found demonstrate that Party Autonomy principle has been analyzed by Brazilian and international jurisprudence and it presents different levels of amplitude according to State economic and political situation. Restrictions faced by Brazilian entrepreneur to contract and set forth its content is connected to the observation of customary principles of commercial relations and matters of public policy, nature of the contract and the contrast of judicial interpretation between economic and instructive capacity of contracting parties and the need to safeguard business predictability and security on business relations.

Keywords: Business Contracts. International Contracts. Liberalism. Party Autonomy. Protectionism.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 05 |
| 2 | TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE..... | 09 |
| 2.1 | Estudo sobre a liberdade e autonomia..... | 12 |
| 2.2 | Contexto histórico e econômico e o reflexo nas relações contratuais..... | 15 |
| 3 | ANÁLISE DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS..... | 24 |
| 3.1 | Análise de aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais..... | 25 |
| 3.2 | Análise de aplicação do princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais de direito interno: o contrato clássico e contemporâneo..... | 27 |
| 4 | AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS..... | 35 |
| 4.1 | Diretrizes interpretativas da relação contratual empresarial..... | 37 |
| 4.2 | Autonomia da vontade e as mudanças legislativas recentes..... | 41 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 51 |
| | REFERÊNCIA..... | 54 |

1 INTRODUÇÃO

Analisar o princípio da autonomia da vontade contratual é dispor diretamente sobre as relações de força e poder entre as partes e entre o interesse do Estado na relação jurídica. Ainda que em um primeiro momento o contrato tende a ser visto como ato isolado e de interesse puramente particular, a experiência dos últimos dois séculos tem demonstrado que a vontade das partes contratantes tem efeitos na vida em sociedade e na coletividade. Portanto, estudar a autonomia da vontade contratual não é só caracterizá-la como princípio teórico e estático, mas sim, de compreender as relações de força existentes entre as partes contratantes e as condições que essas apresentam para realizar determinado negócio jurídico, não apenas na expressão das vontades e interesses, mas em função das diferenças encontradas no campo econômico e instrutivo.

Para o ente privado, a autonomia da vontade contratual pode ser vista sob uma perspectiva de amplificação da liberdade, em um campo de vinculação de interesses com a outra parte contratante, a fim de dispor e decidir sobre o futuro dos seus negócios. A possibilidade de estabelecer suas próprias regras no instrumento jurídico é, essencialmente, a busca por legitimação dos seus interesses comerciais. Para o Estado, outorgado pela sociedade como fonte reguladora das relações comerciais, autonomia da vontade contratual, por um lado, pode significar o fomento ao desenvolvimento econômico e o fortalecimento das relações interpessoais. Por outro lado, pode representar um risco para os interesses coletivos, sendo necessário, não apenas restringir e limitar o conteúdo de deliberação das partes, mas também reequilibrar a relação contratual – através da legislação e/ou da jurisprudência – uma vez verificado o desequilíbrio de força entre os contratantes ou risco de dano ao interesse social.

A essência do presente trabalho não é apenas abordar o princípio da autonomia da vontade contratual com um olhar estático e com definições preestabelecidas, como instrumento de fundamentação do interesse privado e restrito pelo interesse público, mas sim, através de um olhar macro, como um princípio altibaixo – se amplia e se reduz – em épocas diferentes, de acordo com os conflitos de interesses de forças econômicas, políticas e sociais. É certamente em função do conflito de interesses que faz com que o estudo do princípio da autonomia da vontade não seja verificado em interpretações isoladas de cada nação, mas como instituto resultante de uma interação entre países hegemônicos e periféricos da economia global, com diferentes níveis de aplicação, mais ou menos “liberais” nas relações contratuais de direito internacional e nacional, variando conforme a época e a interpretação da sociedade em

determinado período histórico.

A autonomia da vontade do empresário brasileiro nas relações comerciais está diretamente vinculada ao interesse do legislador e da interpretação jurisprudencial em determinado período. A flutuação dos níveis de liberdade contratual pode derivar da ação do empresário como sujeito ativo das alterações legislativas e como força motriz de ampliação da autonomia, assim como na condição de ente passivo de alterações interpretativas que se originam das relações comerciais internacionais, as quais podem ter influência no Estado em viés tanto liberalizante quanto protecionista.

Analisando os principais movimentos liberalizantes e protecionistas dos últimos séculos até os dias de hoje e a conseqüente ampliação ou redução da liberdade das partes contratantes nas relações comerciais, assim como o reflexo que essas transformações têm na jurisdição brasileira, ao passo que influenciam o legislador e a jurisprudência do Estado a impor maiores ou menores limites às partes contratantes, faz-se necessário responder a seguinte pergunta: quais os limites atuais que o empresário brasileiro encontra para estabelecer o conteúdo da relação contratual?

O objetivo geral do presente trabalho é justamente contextualizar os movimentos liberais e sociais que aumentaram ou reduziram a liberdade das partes em dispor sobre o contrato em âmbito global, e de que forma isso afetou e vem afetando a vida do empresário brasileiro nas relações contratuais de direito nacional e internacional. Os objetivos específicos se dividem em três diretrizes: primeiro, analisar o contexto histórico e as mudanças sociais e econômicas que moldaram a classificação e interpretação da autonomia da vontade no contrato de direito internacional e de direito nacional, nesse considerando os moldes clássicos e contemporâneos; por segundo, investigar quais características diferenciam o contrato empresarial das demais relações jurídicas e o contexto econômico no qual esse deve ser analisado; finalmente, abordar as perspectivas de contratação do empresário recentes, dentro de um movimento liberal atual, sobretudo com a aderência do Estado brasileiro à CISG e com o advento da Lei da liberdade econômica, Lei 13.874/19.

O presente estudo será realizado através do método dedutivo, o qual partirá de uma análise da doutrina nacional referente ao tema proposto, acompanhado da análise da legislação pura, em especial o Código Civil, Lei da Arbitragem, aspectos da motivação da Medida Provisória 881 e da Lei da Liberdade Econômica e da CISG sobre a lei aplicável em matéria de contratos. A análise tem como escopo solidificar uma base de compreensão do princípio da autonomia da vontade e sua constituição histórica entre o papel do Estado e as relações comerciais,

fundamentando assim, sua aplicação nas práticas contratuais contemporâneas. Para isso, utilizar-se-á como técnica de pesquisa (procedimento) a revisão bibliográfica em diversos materiais, tais como, livros, artigos, revistas, pesquisas na internet, jurisprudência e legislação.

O primeiro passo para atingir os objetivos do presente estudo será analisar, de forma geral, os principais princípios que regem a relação contratual e as alterações sofridas a partir da concepção social do contrato e sua relação com as diretrizes específicas do direito contratual empresarial. O segundo, será conceituar autonomia baseado nos aspectos negativos da liberdade e de como o indivíduo projeta sua vontade dentro de limites e determinações institucionais ou naturais para estabelecer vínculos jurídicos de forma autônoma ou circunstancial, de acordo com a necessidade da situação fática em que está inserido. Ainda, será caracterizada a liberdade no aspecto positivo do termo, o qual se associa diretamente ao fundamento do espírito liberal do final do século XVIII e a projeção do interesse individual sobre as regras absolutistas. Tal projeção viria a moldar contexto das relações comerciais e da liberdade das partes contratantes em deliberar sobre os seus negócios.

Consequente, faz-se fundamental projetar o espírito libertário da época como fundamento das mudanças sociais ocorridas principalmente no contexto comercial Inglês durante a revolução industrial, e como as forças econômicas do período moldaram as relações contratuais internacionais, sendo um dos fatores jurídicos e políticos que mantiveram as hegemonias do século XIX e moldaram os eventos do século seguinte. Buscar-se-á contextualizar as alterações interpretativas com o surgimento do estado social e no período pós-guerra, assim como seus reflexos na legislação dos países periféricos, como é o caso do Brasil. Tal assertiva teria reflexo direto na autonomia da vontade das partes contratantes.

Sob a ótica brasileira, o princípio da autonomia da vontade será analisado em uma linha cronológica a partir das condições propostas pelo Código Civil de 1916, o qual estabeleceria regras diferentes para os contratos de direito interno e internacional. O período pós-guerra e o movimento de constitucionalização dos direitos humanos – sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988 – seriam fatores decisivos para ocorrência de uma nova interpretação do princípio da autonomia da vontade nos contratos de direito interno e de uma reclassificação dos instrumentos jurídicos de acordo com a igualdade material das partes contratantes. Paralelamente, será analisado o contrato de direito internacional, o qual passou a permitir ampla deliberação das partes com a ordem liberalizante dos anos 1990, através da Lei de Arbitragem de 1996.

O próximo passo será identificar quais os reflexos da constitucionalização dos direitos

humanos trouxeram para a relação contratual e como a alteração no eixo interpretativo dos contratos influenciou na autonomia da vontade das partes, sob a ótica do empresário brasileiro, sobretudo com o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1991 e do Código Civil de 2002. Uma vez identificadas as diferenças entre a natureza dos contratos cíveis, consumeristas e empresariais, o foco será direcionado exclusivamente ao contrato empresarial, suas principais características, o contexto econômico e comercial onde está inserido, como sendo fator decisivo para a manutenção do pactuado pelas partes e dos usos e costumes na relação comercial.

Finalmente, serão abordadas importantes alterações legislativas recentes, especificamente a aderência do Estado brasileiro à CISG, no ano de 2014, assim como a exposição de motivos que levou o legislador a sancionar a Lei da Liberdade Econômica de 2019, especificamente no que concerne aos aspectos relevantes que fazem da autonomia da vontade um princípio fundamental no âmbito dos contratos internacionais e nacionais.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Desde a sua formação, passando pela sua execução e até a sua definitiva resolução, o contrato se submete a uma série de princípios norteadores, atualmente disciplinados pelo Código Civil, dentre os quais se destacam, por exemplo, a boa-fé objetiva, a força obrigatória e a autonomia da vontade. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

A teoria contratual clássica se enraizou no ensino jurídico com alicerce no dogma da autonomia da vontade em função da sua liberdade de escolher com quem contratará, do pressuposto de intangibilidade do pactuado e da sua vinculação ao conteúdo do contrato. Esse caráter isolacionista da abordagem clássica da disciplina contratual viria a sucumbir e teria levado consigo o individualismo que permeava a interpretação da relação jurídica. A ascendência de orientações reguladoras, atentadas ao bem-estar social e, mais recentemente, uma renovada visão do direito civil, baseado na ótica principiológica das Constituições, fizeram da relação contratual a base de tutela da pessoa e um suporte para o livre desenvolvimento da solidariedade nas relações jurídicas. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Neste percurso de civilização e humanização do direito privado fez desabar a sacralidade de um dos princípios basilares da relação contratual que é a autonomia da vontade, a qual, progressivamente, viria a ser substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada a princípios da dignidade humana e ordem econômica. A constitucionalização de princípios não reduziria a autonomia, apenas criaria mecanismos de controle de sua legitimidade, através de intervenções absolutamente indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de relações jurídicas de massas, em que se tornaria imperativo proteger as partes hipossuficientes. O solidarismo constitucional adicionou e restringiu a autonomia privada em função de pressupostos como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça contratual. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

A boa fé passa a ser examinada sob uma ótica objetiva e externa, tendo em vista a função da correção da conduta do indivíduo. A inserção do princípio na legislação geral do Código Civil tende a promover segurança jurídica, uma vez que estabiliza as expectativas dos comportamentos sociais, indicando uma linha de raciocínio lógico e esperado nas relações econômicas, fazendo com que os particulares e o mercado tendam a moldar a condução de seus negócios às expectativas da outra parte e coletiva. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

O princípio da boa-fé passa a ser abordado dentro de uma perspectiva prática e

contemporânea do seu significado e da sua aplicação nas relações contratuais comerciais, sobretudo na condição de limitador e condutor da liberdade contratual e de contratar. Uma das condições mais interessantes da aplicação da boa-fé nos negócios foi instituir padrões de comportamentos objetivos entre as partes, como, por exemplo, o dever de manter sigilo acerca das informações recebidas em razão do negócio, de atentar o outro sobre riscos descobertos após a celebração do pacto, de evitar negociações promíscuas com terceiros concorrentes e de informar de forma verdadeira e completa sobre circunstâncias referentes à invalidade do negócio ou ações que possam conduzir a outra parte em erro. (USTÁRROZ, 2012)

Outro princípio geral limitante da autonomia privada de grande envergadura inserido no Código Civil é a função social do contrato, ou seja, dar ao instrumento jurídico particular uma dimensão social e coletiva. Uma das grandes dificuldades do operador de direito contemporâneo é justamente atribuir um conteúdo normativo para um escopo de apreciação próprio e efetivo do princípio. De qualquer sorte, a projeção do princípio dentro das relações particulares se fundamenta no entendimento de que o contrato não é átomo – um universo jurídico neutro e hermético – mas sim, como um fato social que operacionaliza a realização de valores globais e que representa o interesse social e geral. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico restringia-se a questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes, a licitude e a possibilidade de prestação eram os últimos fatores justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionava as razões do negócio jurídico, o porquê, ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista. (ROSENVALD; FARIAS, 2015 p. 185)

O negócio jurídico passa a ser compreendido por padrões objetivos de controle social e de legitimidade, não pelo monopólio da vontade das partes. A função social do contrato deve ser construída através da avaliação de todos os métodos hermenêuticos e das possibilidades que se abrem para verificar quando os atos privados venham ofender interesses meta individuais ou os princípios da dignidade humana, assim como venham interferir ou ferir no interesse de terceiros. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

No estado social, se por um lado o contrato continua a ser visto a partir da sua utilidade econômica, por outro passa a se instrumentalizar a exigência de afirmação de igualdade entre os partícipes e da prevenção ao abuso da posição dominante. O princípio da justiça contratual se fundamenta na composição harmoniosa quanto aos conteúdos jurídicos e econômicos do

contrato, com base na proporção equânime entre as forças antagônicas e nas interações de elementos contratuais de dimensões diferentes, a fim de evitar a injustiça da situação revelada pelo contrato. Outrossim, trata-se da preocupação com a vulnerabilidade de uma das partes em face da disparidade de poder negocial. O princípio da justiça social favorece a intervenção para evitar desproporções macroscópicas e para balizar a proporcionalidade na quantificação de direitos e obrigações, contribuindo para a coerência e a eficiência na competitividade do mercado. (ROSENVOLD; FARIAS, 2015)

Da mesma forma que se constitucionalizou a proteção aos direitos da pessoa, e sua observação passou a integrar a interpretação dos contratos, a Constituição de 1988 também ressaltou alguns princípios norteadores do direito empresarial, mantendo a interpretação da disciplina como instrumento de desenvolvimento das relações de mercado. O direito empresarial não se tornaria exceção dos princípios contratuais gerais absorvidos nas regras gerais como a boa-fé, função social do contrato e justiça contratual, mas seria concebido para socorrer o funcionamento do mercado e da dinâmica estabelecida entre os agentes econômicos. (FORGIONI, 2018)

A função do mercado e do fluxo de relações econômicas esboçam-se a partir do reflexo e da interpretação dos princípios constitucionais, os quais são fundamentais concreção dos negócios. A Constituição Federal de 1988 dedicou um inteiro capítulo à ordem econômica, onde estão estabelecidos os principais princípios norteadores da organização do mercado como o princípio da livre iniciativa, princípio da livre concorrência e o princípio da liberdade de contratar. Pode-se acrescentar ao rol dos princípios da ordem econômica a garantia e defesa da propriedade privada e o princípio da preservação da empresa. (SANTA CRUZ, 2015)

Em que pese apresentarem uma diretriz interpretativa pró liberdade e autonomia, tais princípios, limitam-se, naturalmente, à legalidade e a constitucionalidade, aos preceitos de ordem pública e bons costumes. A positivação do princípio da boa-fé e a da função social do contrato não alterariam a realidade jurídica do contrato empresarial, uma vez que tem por essência a busca pela segurança e previsibilidade, assim como cumpre, naturalmente, sua função de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. (FORGIONI, 2018)

Finalmente, fundamentado na perspectiva liberal contemporânea, destaca-se o interesse do legislador em positivar alguns desses aspectos principiológicos que já vinham sendo utilizados como base de julgamento aos contratos empresariais, como a inserção da boa-fé objetiva, da *contra-proferendem*, usos e costumes e racionalidade econômica (Art. 113 do Código Civil). Paralelamente, verifica-se uma tendência alterar o pressuposto assimétrico que,

em teoria, regia a legislação geral, como forma de expandir a autonomia da vontade contratual. Teoricamente, tais alterações não terão condão de obstruir a relativização do princípio nas legislações especiais que se caracterizam pela disparidade de forças entre as partes contratantes.

2.1 Estudo sobre a liberdade e autonomia

A liberdade individual pode ser percebida em dois aspectos: o negativo e o positivo. O aspecto negativo estaria vinculado à política e à instituição de regras externas capazes de reduzir ou limitar o espaço de “atuação” do homem social frente a liberdade do outro. Escravidão e coação estariam vinculadas a um nível extremo de abrangência das regras externas, limitando a liberdade do homem a tal ponto que ele não possa agir de forma independente e digna. Nessa perspectiva, a liberdade negativa estaria vinculada a um “mínimo de área” onde o homem possa exercer sua função e desenvolver sua independência sem se submeter ao controle externo. (BERLIN, 1981)

Uma vez compreendido o espaço normativo entre o poder particular das pessoas de estabelecerem normas jurídicas privadas nos limites licenciados pelas normas estatais, surgem – dentro das relações que o indivíduo mantém com o aparelho do Estado – as relações sociais livres que podem ser estabelecidas com outros indivíduos, uma vez que o próprio estado garantiu e outorgou às pessoas uma capacidade de estabelecer vínculos jurídicos privados. O contrato seria, portanto, um ajuste de vontade entre duas ou mais pessoas dentro dos limites e determinações impostos pela Constituição e pelas leis, originando uma norma privada com validade entre si. A liberdade de contratar, desse modo, constitui relação estreita com a legalidade, uma vez que permite que as partes contratantes façam o que não está proibido e deixem de fazer o que não está determinado pela lei. Nesse espaço, desenvolve-se a autonomia privada e o poder das partes em constituir normas jurídicas. (MAMEDE, 2010)

O segundo aspecto da liberdade negativa estaria relacionado às condições que o indivíduo teria de exercer sua liberdade dentro desse “mínimo de área”. Assim, a liberdade do indivíduo não estaria somente vinculada a normas externas políticas, institucionais ou o até mesmo na relação entre pessoas, mas pela própria condição individual de conseguir exercer ou não a sua liberdade dentro da área que lhe foi auferida. Tais aspectos restritivos podem estar vinculados a inabilidades físicas, condição econômica, ou mesmo ausência de meios que proporcionariam ao indivíduo gozar de tal liberdade. (BERLIN, 1981)

Nesse campo de análise, pode-se inserir o estudo da qualidade da liberdade. Ou seja, a

necessidade de se atentar ao contexto e a circunstância subjetiva da autonomia da vontade dentro de um universo pessoal ou psicológico, para verificar se realmente o ato livre de estabelecer para si é decorrente de uma vontade autônoma. A vontade só é autônoma quando as circunstâncias da declaração afastam qualquer dúvida sobre o que motivou a pessoa a constituir determinada obrigação, permitindo que se afigure uma coerência entre a vontade de comprometer-se e o comprometimento. Em que pese a liberdade, não há de se falar em autonomia, uma vez que a pessoa pode ter agido premida pela necessidade ou pela inexperiência, estabelecendo uma obrigação que lhe seja excessivamente onerosa ou desproporcional à contraprestação da parte contrária do negócio. (MAMEDE, 2010)

O terceiro aspecto da liberdade negativa se daria em função dos diferentes níveis de significado que a liberdade tem para o ser humano em função da sua necessidade. Logo, a perspectiva de liberdade de um graduado em Harvard potencialmente será diferente da perspectiva de liberdade de um camponês egípcio. Para uma pessoa que necessita de cuidados médicos e alimentação, provavelmente a liberdade de viajar pelo mundo não lhe satisfaria ou não lhe seria uma primeira opção de escolha. “Há situações, como declarou um autor Russo radical do século XIX, que um par de sapatos vale mais que as obras de Shakespeare; a liberdade não é necessidade primária para todo mundo”. (BERLIN, 1981, p. 137)

Destaca-se, que pensadores, ainda que reconhecidamente liberais como Locke e Mill na Inglaterra e Constant e Tocqueville na França, convergiam com a ideia de que o indivíduo não poderia permanecer livre em termos absolutos e que era necessário deixar de lado uma parcela da sua liberdade para que a liberdade do outro fosse preservada. Da mesma forma, entendiam tais pensadores que era necessária essa “área mínima” de liberdade pessoal a qual não poderia ser tão estreita, nem sujeita a violação e nem restringida a ponto de impedir o desenvolvimento mínimo das faculdades do homem. Se “a liberdade do tubarão é a morte das sardinhas”, então “a liberdade de alguns precisa depender da limitação de outros”. Fora praticamente essa a percepção que trouxera o conceito de liberdade mínima e conseqüentemente a necessidade de fazer fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública. (BERLIN, 1981, p. 137)

Mas qual deveria ser essa área mínima? Deveria ser aquela que um homem não pode abandonar sem causar prejuízos à essência de sua natureza humana? O que constitui a essência? Essas “são questões que sempre representaram – e sempre representarão – ilimitado campo de discussões.” (BERLIN, 1981, p. 139)

Pensadores do século XVIII entendiam que enquanto a justiça fosse garantidora de um mínimo de liberdade para os indivíduos, outros naturalmente teriam que sofrer restrições, ainda

que por meio da força e da compulsão. Tais restrições, entretanto, não deveriam ser abrangentes a ponto de prejudicar o desenvolvimento, criatividade, a genialidade e a originalidade do homem. Portanto, o estado deveria evitar que suas regulamentações transformassem o homem em um refém do “fardo do hábito”, da “mediocridade coletiva”, ou da “hipnose em massa dos costumes”. “Tem-se, aqui, uma das referências da crença liberal e das perspectivas da época quanto aos limites da ação do estado”. (BERLIN, 1981, p. 142)

A liberdade vista pelo aspecto positivo estaria associada à capacidade que o indivíduo teria de conceber metas, concretizar conceitos, razões e propósitos próprios, considerando a influência governamental ou outras e a forças externas. “Sinto-me livre na medida em que creio na verdade disso e sinto-me escravizado na medida em que me forçam a reconhecer que não existe tal verdade”. Esse aspecto traria de forma aprofundada o estudo sobre a razão e a capacidade de discernimento do indivíduo sobre o que seria verdadeiro e justo entre seu ego que o libertaria e sua natureza que o faria agir instintivamente. Mas até que ponto o ego “verdadeiro” ou esse autodomínio não daria ao indivíduo uma concepção de liberdade e o levaria a ignorar os desejos da sociedade, personificando-o a ponto de oprimir, maltratar e torturar em nome da liberdade e sabedoria? (BERLIN, 1981, p. 142)

É no ego do indivíduo, o impulso se apresentaria em duas formas: o desejo de ser autogovernado e o desejo de se auto identificar. “Sou possuidor da razão e da vontade; concebo fins e desejo atingi-los, mas se sou impedido não me sinto mais dono da situação”. É a partir do equilíbrio entre a sua realidade e da adequação dos seus impulsos naturais que o ser humano interage com o ambiente e com as regras. É inconsciente o desejo de se autogovernar, de se identificar com o proposto pelo estado e de ver nas atividades governamentais seus ideais seus conceitos e princípios. A negação ou a impossibilidade dessa condição de “ser parte” frustra o indivíduo e gera automaticamente uma eliminação desses desejos pela via “mais segura” que seria o refúgio ou o isolacionismo. (BERLIN, 1981, p. 145)

A autonomia de Kant partiria dos mesmos pressupostos dos aspectos positivos da liberdade em relação ao ego. Entretanto, a resposta ao impulso por ele preconizada se daria de forma diferente: se a reação natural do indivíduo frustrado seria de eliminar os desejos e se refugiar, o homem de Kant defenderia a resistência por ser racional e autônomo. “Sou livre por que sou autônomo. Obedeço às leis, mas eu as impus ou as crio em meu próprio ego incoercível.” (BERLIN, 1981, p. 146)

O próprio Kant conceituaria que “autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do

dever)”. O indivíduo livre de Kant fora um homem transcendente além da esfera da causalidade natural e dos valores que o exterior lhe proporcionara. Ele tivera autonomia para escolher o que melhor lhe conviria e por isso resistira. Essa percepção constituiu o cerne da crença liberal, tanto moral como político, da resistência ao despotismo monárquico e conseqüentemente fundamentava as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. (BOBBIO, 1964, p. 62)

Portanto, se autonomia é a capacidade individual de se autodeterminar e escolher o que melhor lhe convém, bastaria haver um impulso ou uma inclinação para executar tal ação ou atingir tal fim, ter vontade.

2.2 Contexto histórico e econômico e o reflexo nas relações contratuais

O conceito moderno de contrato formou-se em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento. Ainda que o Direito Romano tenha sido precursor no referenciar os negócios jurídicos, a atual concepção está diretamente ligada à atividade mercantil medieval e a consuetudine das relações comerciais da Idade Média. O Direito Canônico tivera importância na atribuição basicamente da fé jurada e consenso, quando preconizara a ideia de que a vontade é fonte de obrigação estabelecendo a base para o princípio da autonomia da vontade, do consensualismo, e da adoção de regras jurídicas que garantissem a obrigatoriedade do pactuado. O Direito natural convergira nessa interpretação de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade dos contratantes, e que basta esse consentimento para que as partes fiquem obrigadas. (GOMES, 2002)

Fora no Direito Canônico que surgira o princípio da *pacta sunt servanda* e que se desenvolvera a teoria da autonomia da vontade:

A teoria da autonomia da vontade humana foi desenvolvida pelos enciclopedistas, filósofos e juristas que precederam a revolução francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes à própria lei. Os jusnaturalistas levaram o justaturalismo a grande realce. Rousseau baseia no contrato a própria estrutura estatal. O contrato não apenas se limita a criar obrigações, mas vai além ao criar, modificar ou extinguir, inclusive, direitos reais. (RIZZARDO, 2002, p. 9)

A Revolução Inglesa de 1688 e, em especial a Revolução Francesa de 1789, legitimadas pela crença liberal, fizeram da burguesia poder consolidado, sobretudo, com o fim das guerras napoleônicas por volta de 1815. Na “paz dos cem anos” (1815-1915), reconhecida pela condição de equilíbrio entre as potências europeias, surgiram e fortaleceram-se instituições

financeiras, consolidara-se a base áurea em território britânico, intensificaram-se as transações financeiras e comerciais a níveis nacionais e internacionais e, sobretudo, constitucionalizara-se o estado, o qual naquele contexto fora ainda omissivo e espectador quanto à ordem econômica e social. O Código Napoleônico de 1804, já trouxera as mais diversas referências sobre a liberdade contratual das partes (*pacta sunt servanda*) e a boa-fé subjetiva. (POLANYI, 1974)

Na Inglaterra, a troca de conhecimentos e técnicas com o mundo oriental fizera desencadear a Revolução Industrial e a iniciativa privada fora o ator principal das relações econômicas. As máquinas e a modernização dos meios de produção atingiram de surpresa uma sociedade de base comercial e agrícola, gerando uma migração em massa em direção as grandes cidades para trabalhar inicialmente na Indústria do Algodão. Nesse período o poder da indústria que surgira fora quase irrestrito. A classe econômica influenciara diretamente nas decisões do estado como, por exemplo, na pressão pela proibição da exportação de fibra de tecido ainda que isso fosse prejudicial aos interesses da sociedade, ou no *Poor Law Amendment Act* que retirara da, então vigente *Poor Law*, qualquer subsídio estatal aos trabalhadores e pobres, baseados no conceito do *laissez-faire* e de um mercado que se autorregularia. (POLANYI, 1974)

Nesse período, “Il Laissez-faire era stato catalizzato in una spinta di assoluta ferocia” . A crença liberal atingira seu ápice, décadas depois das lutas burguesas do século XVIII, gerando uma tendência descontínua e um solo fértil para as lutas de classes que surgiriam posteriormente. (POLANYI, 1974, p.173).

Gli anni venti videro il prestigio del liberalismo al suo culmine. Centinaia di milione di persone erano state colpite dal flagello dell'inflazione intere classi sociali, intere nazioni erano state espropriate, la stabilizzazione della moneta era diventata il fine supremo di ogni sforzo organizzato nel campo economico. Il pagamento dei prestiti esteri ed il ritorno dell'estabilità. Nessuna violazione di sovranità erano considerati sacrificio troppo grande per la manutenzione del sistema. (POLANYI, 1974, p.182.)

Essa perspectiva social coincidira diretamente com o contexto jurídico e contratual da época. Em outras palavras, o liberalismo econômico tivera como fundamento proporcionar às partes a igualdade jurídica (formal) sem levar em conta qualquer condição do sujeito para a realização do negócio jurídico, tampouco sua posição social, instrução ou segmento que estava inserido (material). A concepção fora de que o mercado de trabalho e de capital deveriam funcionar livremente, fazendo do contrato um instrumento jurídico por excelência, como motor da vida econômica e como símbolo da autonomia do indivíduo. (GOMES, 2002).

A política e a exigência social mudavam e, ainda que já surgissem movimentos operários e certo ceticismo ao *laissez faire* internamente, o liberalismo fora sinônimo de ganhos

econômicos tanto para a indústria quanto para o sistema financeiro em relação ao comércio externo. Nas palavras de Polanyi (1974, p. 177) “se credeva tuttavia che soltanto se i cereali di tutto il mondo potevano giungere l’inghilterra, le sue fabbriche sarebbero in grado di svendere al tutto il mondo”.

Ou seja, na prática o liberalismo econômico, o livre mercado e a sua autorregulação, sustentavam o comércio internacional britânico e proporcionavam a expansão de seus mercados e interesses.

Por outro lado, dentro do país a circunstância tomara outros caminhos. A partir dos anos 1840 o povo, reforçado pelas associações e movimentos operários, começara a influenciar no panorama social, obcecados por melhores condições de trabalho e de vida, passando a pressionar por uma nova interpretação da condição de igualdade formal o que resultou posteriormente em uma relativização dos princípios liberais no âmbito jurídico. Iniciara, já nesse período, a base para uma mudança conceitual e social, contornada pelas mais diversas e controversas opiniões dos pensadores da época (e que praticamente se estendem até atualmente), e que paradoxalmente, resultara em um duplo movimento convergente entre a indústria e o estado. (POLANYI, 1974)

O paradoxo fora que, justamente quem tivera a condição de assegurar um estado forte para o interesse privado da indústria e instituições financeiras com a estabilização da moeda, política externa e integralidade da moeda, fora o próprio estado. Ou seja, foi o próprio protecionismo estatal que sustentara o mercado autorregulado e o interesse liberal:

La testimonianza dei fatti contraddisce decisamente la tesi liberale. La cospirazione antiliberale è pura un'invenzione. La grande varietà di forme nelle quali è apparso il contromovimento collettivista non è stata dovuta ad alcuna interferenza per il socialismo o per il nazionalismo da parte degli interessi concertati, ma esclusivamente al campo più ampio degli interessi sociali vitali influenzati dall'espansione del meccanismo di mercato. (POLANYI, 1974, p. 186)

O duplo movimento convergente entre a indústria e o estado se justificara, pois, da mesma forma que a classe econômica pudera contratar os empregados sob uma, até então, igualdade formal contratual, podendo regular e acordar os preços de mercado sem interferência do estado e dos consumidores, baseado na premissa da liberdade de mercado, a classe operária tivera a liberdade de recusar ou se ausentar do trabalho, seja individualmente ou coletivamente, se assim decidissem:

Si potrebbe anche mostrare che un passaggio strettamente simile dal *laissez faire* al <<collettivismo>>(sic) ebbe luogo in vari paesi in un momento preciso del loro sviluppo industriale. [...] neanche i sostenitori del liberalismo economico avrebbero

potuto sfuggire alla regola che rende il *laissez-faire* inapplicabile a situazioni industriali. (...) anche i liberali stremisti dovettero richiedere diversi interventi da parte dello stato per garantire contro le combinazioni monopolistiche le condizioni necessarie al funzionamento di un mercato autoregolato. (POLANYI, 1974, p. 192)

Sob essa nova perspectiva dos anos '40, muitos dos defensores do liberalismo no período como Lloyd George, Theodore Roosevelt, Thurman Arnold, dentre outros¹, fizeram pressão por regulamentação, restrições e instituição de obrigações e sanções, sustentando intervencionismo estatal nas relações de trabalho e comercial da mesma maneira que tivera feito qualquer sindicalista ou coletivista da época, sob os mesmo argumentos: que a liberdade contratual irrestrita pudera ter agravado o problema do trabalhador, trazido prejuízos à indústria, e prejudicado a expansão dos mercados intitulados autorreguláveis e a estabilidade da moeda em relação aos países vinculados com a Inglaterra, como suas colônias e demais países europeus nas transferências financeiras e na compra e venda de produtos. “Liberali e Marxisti erono in effetti d'accordo nel far derivare il movimento protezionista dalla forza di interessi settoriali [...]. La visione della economia liberale trovava così un potente appoggio in una ristretta teoria di classe”. (POLANYI, 1974, p. 194)

Nesse contexto de risco aos princípios de um mercado autorregulado, não demorara em que a própria classe econômica, o sistema financeiro e conseqüentemente alguns dos defensores do liberalismo, incentivassem e fortalecessem o aparato estatal por condições de estabilidade interna. Os anos '40, portanto, alavancaram condições sociais até então inimagináveis em um cenário caótico que devastou a sociedade britânica com o surgimento das máquinas e o movimento de massa em direção as grandes cidades. O liberalismo econômico liderado pelos bancos e fábricas que atingira seu ápice nos anos '20, começara a fortalecer barreiras estatais e legislação protecionista vinte anos mais tarde. O homem autônomo e racional de Kant, juntamente com o *laissez-faire* e a igualdade formal das relações contratuais que por mais de cem anos foram irrestritos, agora se relativizam pelas novas forças convergentes. O estado social do século XX começara a ser moldado: (HABERMAS, 1999)

Aquilo que Max Weber descreveu como a materialização do direito formal burguês, reconhecemos, hoje, como aquele impulso para uma criação de condições legais característico de um estado social. Aqui, não se trata unicamente do crescimento e quantitativo e do aumento de densidade e profundidade da regulamentação de normas jurídicas numa sociedade, progressivamente, mais complexa. (HABERMAS, 1999, p.16)

¹ Pode se incluir as percepções de John Stuart Mill citadas por Isaiah Berlin (1981) nas palavras iniciais sobre a liberdade em que ele entenderia a necessidade de uma “certa área mínima” de liberdade negativa que não prejudicasse o desenvolvimento humano, a criatividade, genialidade, etc. Mill representa o conceito liberal e elabora suas teorias exatamente nessa época em que se relativizava a liberdade individual irrestrita.

Na Inglaterra, os anos '40 não viram apenas “un’esplosione della legislazione che rispungeva le regolamentazioni restrittive, ma anche um aumento enorme nella funzione dello stato che veniva ora dotato di uma burocrazia in grado di realizzare i compiti posti dai sostenitore del liberalismo.” (POLANYI, 1974, p. 178)

Em território continental europeu a experiência aos poucos se repetira. A Revolução Industrial que inicia na Inglaterra no final do século XVIII chegara com força em países como França e Alemanha quase meio século depois, já com as práticas do “moderno” modelo Inglês de proteção ao trabalhador e ao controle dos preços no mercado. “Owen e La Grand, em Aix-la-Chapelle, se reuniram para que as medidas destinadas a melhorar a sorte dos trabalhadores foram tomadas em uma ação internacional com intuito de difundir as experiências de sua empresa”, o que confirma a troca de conhecimento e experiências entre ilha e continente. (NASCIMENTO, 2010, p. 126)

Tais práticas adotadas ainda gerariam bastante desconfiança em solo continental e favoreceriam discussões sobre os limites da ação do estado para que a proteção não interferisse no desenvolvimento individual e na autonomia do cidadão em contratar. Não demoraria muito para que os liberais continentais dispusessem sobre os novos conceitos interventivos nos mesmos moldes e contextos de Mill. Descrevera Humboldt (2004, p. 273):

Se imaginarmos uma comunidade de homens esclarecidos – plenamente instruídos sobre seus mais verdadeiros interesses e que, por conseguinte, encontram-se mutuamente bem dispostos e intimamente associados –, poderemos facilmente conceber como os contratos voluntários com vistas à segurança deveriam de surgir entre seus membros [...]. Os acordos desse tipo devem ser se houver qualquer dúvida, preferidos a dispositivos estatais, já que as próprias pessoas que acordam tais contratos são mais conscientes de suas necessidades e que sentem diretamente as vantagens e desvantagens que acarretam. [...] Os melhores esforços do estado devem, portanto, ser no sentido de levar os homens a uma tal condição por meio da liberdade que faz com que a associações apareçam com a maior facilidade, tomando assim o lugar das regulamentações estatais nessa e em várias outras instâncias.

Creditar ao estado apenas favorecer ao homem favorecer seu esclarecimento e instrução, talvez fora o vértice e o dissenso da teoria liberal da metade do século. Soubera-se, já pelo exemplo Inglês dos anos precedentes, que na prática a desigualdade material e a falta de esclarecimento interfeririam na força contratual das partes. (POLANYI, 1974)

Não tardara ao movimento social se fortalecer e inserir no diploma legal a regulamentação estatal como forma de equilibrar essa relação. Na Common Law na Inglaterra e na Civil Law nos demais países europeus, a resposta às exigências sociais fora disciplinada de forma diferente, ao que tudo indica, respeitando seus antecedentes jurídicos. Na primeira, mantivera-

se a lei consuetudinária e a base de antecedentes. Na segunda, o constitucionalismo e a positivação dos direitos sociais. (POLANYI, 1974)

Tal período foi marcado pelo aceleração da ideia coletivista e social. Classes econômicas e financeiras que indiretamente lucravam com as políticas sociais passaram a reforçar essa condição de formas até então inusitada para a época, o que reforçara a ideia de um país onde o mercado se autorregulava trazia riqueza para a sociedade. Leis autorizaram as autoridades a conceder terras às classes mais necessitadas, permitiram organizar e ornamentar parques e proporcionar para a população sabão e água quente em determinados períodos do ano, liberaram para grande parte da população acesso às bibliotecas, investimentos em transporte, diversão e educação, criaram-se cooperativas e associações de trabalhadores, como a *Operative Builder's Union*, baseada nas ideias de Owen. As tarifas alfandegárias significaram segurança para ao trabalhador em caso de demissão ou transferência para um trabalho onde fosse menos qualificado e remunerado. (POLANYI, 1974)

Nas décadas posteriores, precisamente em 1861, a vacinação tornara-se compulsória e o estado tivera a possibilidade de taxar os meios de transporte e reinvestir esse dinheiro nos sistemas de irrigação e coleta de água. Em 1862 fora regulamentado e proibido o uso das minas de carvão que possuíam apenas uma saída de ventilação. Em 1863 fora criada a extensão da vacinação compulsória à Escócia e Irlanda. Na Suíça, pela primeira vez a legislação trabalhista era constitucionalizada em 1864. Em 1867 surgira o *Master and Servant Act*, em 1875, *Workmen's Act*, em 1896 o *Workmen's Compensation Act*, o qual já estabelecera a responsabilidade do empregador aos danos decorrentes do trabalho. Medidas individuais foram cada vez mais escassas em solo Inglês. (POLANYI, 1974)

Os fatos ocorridos no início do século XX são resultados direto dessa intervenção social na relação privada das indústrias e instituições financeiras. A política liberal e a livre concorrência no comércio se fortaleciam internacionalmente enquanto o protecionismo, conservadorismo e uma crença nacionalista marcariam as relações nacionais.

A política nacionalista interna e a irrestrita intervenção política social na vida privada favoreceram naturalmente as classes trabalhadoras, sindicatos e partidos, em uma sociedade que buscava caminhos para retomar o desenvolvimento. Aos poucos essas instituições sociais puderam transcender as regras liberais internas que estabeleciam a liberdade de contrato e a propriedade privada como absolutas. (POLANYI, 1974)

Se Kant preconizara a liberdade do indivíduo para destituir o déspota e o sistema monárquico, a indústria britânica explorara a população sob o mesmo argumento. A

convergência de forças que levara a Inglaterra a investir no coletivo e no bem-estar do operário, consequentemente levara à ascensão do chamado “Estado Social” e uma relativização da autonomia da vontade em detrimento de princípios e interesses da sociedade nas décadas posteriores.

A passagem do estado liberal para o estado social resultou em uma evolução dos sistemas políticos e na constitucionalização dos direitos fundamentais a serem alcançados pelos estados soberanos. O constitucionalismo passa de mera legislação formal e abstrata para uma aplicação material nas relações públicas, e ainda que inicialmente com certa desconfiança, se insere naturalmente nas relações privadas, fazendo dos próprios cidadãos promotores e beneficiários dos direitos humanos e dos princípios estabelecidos, sobretudo a partir da metade do século XX. A constituição se tornou o cerne da proteção do indivíduo como integrante da vida em sociedade, ainda que os direitos individuais possam ser renunciados ou relativizados em detrimento de princípios e direitos da coletividade. A constituição teve força normativa e, ainda que os direitos não fossem exaustivamente positivados, tem caráter imprescritível, inalienável e irrenunciável, assumindo condição de cláusula pétrea e impondo ao legislador e aos particulares verdadeiros limites materiais à liberdade de legislar ou contratar. (REIS; DICK, 2006)

O modelo econômico liberal externo convergira naturalmente com a consuetudine contratual das relações comerciais entre fronteiras. A convergência fortalecera a legitimação e manutenção do monopólio e das práticas mercantis independentes de uma burguesia atuante e influente. Posições liberais da época, como a de juristas como Savigny ajudam a perceber o favorecimento à autonomia da vontade contratual (que ele chamara de submissão, divergindo da corrente francesa antecedente) e possibilidade de escolha da lei e local da relação jurídica:

A jurisdição especial da obrigação (que coincide com a verdadeira sede da obrigação) repousa na submissão livre das partes, submissão essa resultante, no mais das vezes, de uma declaração de vontade não expressa, mas tácita, e que desde então será sempre excluída pela expressão da vontade contrária. Devemos, portanto, procurar o lugar para o qual as partes dirigiram sua atenção, qual o lugar por elas visualizado como sede da obrigação; e é neste lugar que devemos colocar a jurisdição especial da obrigação, fundada na livre submissão das partes. (ARAÚJO, 2009, p. 68)

A partir de 1865, o princípio da autonomia da vontade fora estabelecido pelos tribunais ingleses, como referido em casos como *Robinson x Bland* por Lord Mansfield. Fora substituída a regra do lugar de celebração dos contratos pelo local estabelecido pelas partes, não diferente do que preconizara Savigny ou mesmo as teorias de Humboldt e Mill. Lando apud Araújo (2009, p.68):

A aceitação da autonomia pelas cortes inglesas possuía diversas razões. Em primeiro lugar ela estava embasada na filosofia do *laissez-faire*, dominante no século XIX. Era ainda uma boa razão para a aplicação da *lex validitatis* (geralmente lei inglesa) por exemplo quando outra lei envolvida fosse uma americana como o Harter Act, cuja regra obrigatória sobre responsabilidade civil no transporte de mercadoria era mais abrangente do que a inglesa.

Portanto, a introdução dos conceitos da plena autonomia da vontade das partes no âmbito dos contratos internacionais representa diretamente o interesse dos estados influentes na relação econômica internacional, os quais, a partir do final do século XIX, já direcionavam a maior parte dos esforços e investimentos e exerciam o controle político sobre as colônias e países emergentes:

Entre 1870 e 1914 os investimentos estrangeiros europeus e norte-americanos elevaram-se de cerca de 8 bilhões para cerca de 42 bilhões de dólares. Os investimentos externos britânicos passaram de 5 para 20 bilhões de dólares. Por volta de 1914, mais de 1/4 da riqueza nacional britânica estava investida no exterior, e nos anos que precederam à Primeira Guerra Mundial, metade de todos os novos investimentos ingleses era aplicado no estrangeiro, sendo que 30% que 30% destes investimentos eram feitos em títulos de governos estrangeiros e 41% para construção de redes ferroviárias no exterior. Em 1860 os bancos britânicos tinham 11 filiais fora do império, com um total de depósitos de 13 milhões de libras, tendo esses números subido em 1910 para 308 e 135 milhões respectivamente. (SILVA; SALIBA, 2015 p.10)

Ainda que a hegemonia inglesa tenha diminuído ao final da primeira guerra mundial, a ascensão dos Estados Unidos como precursor das relações internacionais manteve a lógica expansiva: protecionismo nas relações internas e liberalismo nas relações comerciais internacionais. Nesse contexto, pode-se considerar que:

(i) o autointeresse deveria predominar nas relações privadas de comércio – livre comércio; (ii) as atividades de produção e comercialização conduzidas pela iniciativa privada eram o motor do progresso econômico, e o Estado não deveria interpor nestas relações privadas; e (iii) o Estado era um administrador ineficiente, portanto suas ações deveriam se limitar a oferta de serviços públicos: ordem social, defesa nacional e alguns serviços sociais, para os quais ele deveria ter um orçamento - por meio da arrecadação de impostos; para viabilizá-los contudo, na apuração das receitas e despesas o Estado não poderia incorrer em superávits ou déficits. (SILVA; SALIBA, 2015, p. 13)

De um ponto de vista macroeconômico, o período pós-guerra foi um período de transição e estagnação da economia mundial. O risco de perda hegemônica norte americana dos anos 70 e o fim da política estabelecida em Breton Woods proporcionaram ao sistema financeiro uma maior mobilidade de capital internacional, o que trouxe mudanças profundas na política de países chaves do sistema internacional. Paralelamente à constitucionalização dos direitos

humanos, a lógica expansionista se abrigou em um modelo de regras internacionais fundamentadas na restrição do papel do Estado e na transferência do controle das decisões às organizações internacionais como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio. O Consenso de Washington universalizou regras econômicas para os países emergentes sem levar em conta o nível econômico destes. Essa nova ordem econômica implicou naturalmente na modificação de legislação em relação ao Investimento Estrangeiro Direto no Brasil, nos anos 1990:

Sobre a direção da mudança, chama atenção a ampla predominância das reformas favoráveis ao capital estrangeiro no período. Por exemplo, das 140 alterações registradas, em 1999, 131 delas foram simpáticas ao capital estrangeiro. Analisando de outro modo, no período 1991-1999, 94% das mudanças legislativas favoreceram ao capital estrangeiro (desregulamentação dos mercados). (SILVA; SALIBA, 2015, p. 12)

Cabe citar uma análise constituída sob uma perspectiva de preocupação com o movimento liberalizante:

A mobilidade dos meios de produção e a volatilidade do capital financeiro atuam hoje no sentido de libertar os agentes econômicos transnacionais das amarras do direito interno dos países em que operam. Os Estados tornam-se reféns dos interesses destes grandes grupos multinacionais, pois precisam dos seus investimentos. Os países que não adaptam o seu direito interno às exigências comuns do mercado internacional são imediatamente abandonados, pois o capital sem pátria tem como buscar abrigo nos Estados cujas leis lhe favoreçam. [...] Os agentes econômicos vão criando um direito comum – a Lex Mercatória – permeado pela racionalidade própria do mercado, e que, formal ou informalmente, vai se impondo aos Estados. A ideia do monopólio da produção do direito pelo Estado distancia-se cada vez mais da realidade, e o ordenamento jurídico vai tornando-se policêntrico, acolhendo regras engendradas por atores privados ou por entidades supranacionais. (SARMENTO, 2001, <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48317/46511>>)

Demonstrar o mecanismo implantado pelos países hegemônicos que, em grande parte, favorecia os interesses populares internos com medidas protecionistas, e no campo das relações internacionais propunha uma constante política liberal, é compreender a relação de poder entre as nações hegemônicas e as grandes corporações econômicas e financeiras e os reflexos na vida política e empresarial dos Estados periféricos.

A análise seguinte é sobre os pressupostos desenvolvidos na jurisdição brasileira durante o período, os quais, por independência e autonomia do legislador – ou por natural vinculação aos interesses estrangeiros -, consolidou o princípio da autonomia da vontade de forma contrastante nos contratos de direito interno e internacional, refletindo diretamente no interesse do empresário brasileiro.

3 ANÁLISE DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS

Enquanto os países hegemônicos se beneficiavam com a proteção nas relações comerciais internas e a dissipação de práticas liberais no campo internacional, o legislador brasileiro optou por uma lógica contrastante. Em desacordo com a ampla autonomia contratual preconizada pelos países hegemônicos nas relações comerciais no final do séc. XIX, o Brasil estabeleceu critérios protecionistas, os quais, para grande parte dos operadores de direito da área, foram obsoletos e inconstantes, o que colocaram o país em uma posição de desvantagem negocial.

A legislação que regeu o contrato internacional e a autonomia dos contratantes esteve diretamente vinculada aos preceitos da Lei de Introdução ao Código Civil, limitando os contratantes à utilização da lei do local de celebração contrato e impedindo a utilização de legislação paraestatal, dentre outros. A ampliação da autonomia da vontade ser daria através do advento da Lei de Arbitragem de 1996.

Na relação jurídica de direito interno a autonomia da vontade do contrato clássico se interpretaria de forma bastante ampla e permissiva às partes com a aplicação dos princípios previstos no Código Civil de 1916, vindo a se relativizar a partir de uma nova ordem mundial contemporânea, precisamente com o advento da constituição de 1988. A Constituição traria consigo, de forma progressiva, uma relativização da autonomia da vontade nos contratos de direito interno, dando ao chamado contrato contemporâneo uma carga de interesse coletivo e de assegurador da tutela da parte hipossuficiente da relação contratual. A progressiva alteração no eixo interpretativo reestabeleceu a classificação contratual, modificando a legislação geral e influenciando a formação de legislação específica, redimensionando a condição contratual do empresário brasileiro.

Nesse sentido, nos contratos empresariais típicos que estavam sobre o regime jurídico do Código Comercial e os atípicos que eram regidos pelos princípios gerais de direito foram absorvidos parcialmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1991, quando for de natureza consumerista, ou passaram ao regime principiológico geral do Código Civil. (MARIANI, 2002 p. 16)

A autonomia privada que teria sido reinterpretada nos contratos cíveis e, sobretudo nas relações consumeristas, não teriam sofrido significativas mudanças nos contratos puramente empresariais.

3.1 A análise de aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais

No campo do direito dos contratos internacionais, o legislador brasileiro optou em regular as relações contratuais internacional através das Leis de introdução ao Código Civil de 1917 e 1942, mantendo o princípio da nacionalidade invés do domicílio para reger o estatuto pessoal, a manutenção do local de celebração invés do local de execução para reger as obrigações e, por fim, a pela manutenção da corrente universalista em matéria de sucessões. Clóvis Belavícqua, autor da Lei de Introdução ao Código Civil de 1917, retrata seu sentimento e o conceito que moldou as relações internacionais brasileiras em relação à autonomia e os seus limites “naturais”:

A verdadeira autonomia parece-me aquela que atende a autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força determinadora, cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produzir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual tira toda a sua eficácia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrário às suas prescrições.... Colocadas nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei que se subordinem as obrigações livremente contraídas. (ARAÚJO, 2009, p. 100)

Autonomia da vontade como a condição das partes fazerem normas de acordo com seus interesses dentro de certos limites possibilitaria aos contratantes escolherem a lei aplicável, o foro ou jurisdição onde deveria ser resolvido o dissídio contratual e naturalmente todas as cláusulas que as partes entenderem adequadas à relação jurídica.

Essa perspectiva, ainda em vigência na lei dos contratos internacionais envolvendo os brasileiros, tendencialmente se flexibilizaria com a nova ordem econômica dos anos 1990 relacionadas ao Investimento Estrangeiro Direto no Brasil, sobretudo com o advento da Lei de Arbitragem de 1996, a qual, tendencialmente, procurou equiparar o empresário nacional ao estrangeiro, ao lhe permitir uma ampla possibilidade de escolhas, inclusive o poder de substituir a eleição do Foro por jurisdição paraestatal (tribunal arbitral) e de deliberar termos de Lei Aplicável.

A Lei da Arbitragem trouxe mudanças significativas como a dispensa de homologação do laudo arbitral pelo juiz togado, a irrecorribilidade da sentença, a obrigatoriedade da tentativa de conciliação no início do processo. Ressalta a importância da ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958, no ano de 2002, através do Decreto Legislativo nº 52 de 2002 e 4.311, que impôs o cumprimento e execução em território nacional nos mesmos moldes da sentença

arbitral original. (RIZZARDO, 2002)

Finalmente, a escolha pela Arbitragem possibilitou que as partes contratantes se municiem de autonomia para deliberar sobre direitos patrimoniais disponíveis, podendo decidir se o julgamento do árbitro deverá ser baseado no Direito ou na equidade, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, ou seja, *Lex mercatória*, princípios UNIDROIT, CISG, etc.

Não se trata, porém, de liberdade irrestrita. O legislador brasileiro manteve, com o advento da lei de arbitragem, limites de ordem pública e bons costumes, mantendo a nomenclatura trazida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Ainda que as partes optem por exercer sua autonomia de vontade estabelecendo o procedimento, e sendo uma arbitragem privada sobre direitos disponíveis, não se pode esquecer que esta deve sempre estar em conformidade com as noções básicas de justiça processual, com a ordem pública e os bons costumes. Daí a impossibilidade de se afastar alguns princípios, como o do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes, da imparcialidade do juízo e da disponibilidade. (GORCZEWSKI, 2005, p. 89)

Tai requisitos também podem ser encontrados em caso de homologação de sentença estrangeira dispostos no Regimento Interno do STJ, em seu Art. 216-F: “Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa e/ou a ordem pública”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014, (<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Leis%20e%20normas/Emr_18_2014_pre.pdf>))

Por ser variável no tempo e no espaço, “ordem pública” não comporta definição, de forma que sua determinação constitui um dos grandes problemas da aplicação de normas de direito internacional privado pelos tribunais, a quem cabe afinal determiná-la”. Definição clara na jurisprudência brasileira de Direito Internacional Privado é vista apenas em casos esporádicos, normalmente relacionados ao indeferimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, quando se tratam de assuntos relacionados à soberania e interesse direto do estado na economia, como compra e venda de tecnologia, regime de bolsa de valores, tributação, etc. (ARAÚJO, 2009, p. 278)

Ordem pública significa um escudo protetor de concepções fundamentais de justiça moral, bem como meio garantidor da unidade das instituições do Estado e de seu bom relacionamento com os demais estados. Ordem pública pode, por sua vez, estar consubstanciada em normas quando então não haverá maiores dificuldades para sua aferição. No entanto, se a ordem pública estiver plasmada em princípios, dever-se-á verificar, na legislação e jurisprudências nacionais quais elementos considerados basilares em uma nação e que devem ser definidos por meio da ordem pública. (CASELLA, 1999, p. 375)

O próprio fato de não haver uma definição exata sobre o princípio de ordem pública como restrição da autonomia das partes demonstra a tendência do legislador de remover das mãos do Estado o controle sobre a relação contratual internacionais. Tendencialmente, a possibilidade de utilizar o caminho da arbitragem aproximou o empresário brasileiro do estrangeiro, uma vez que tem possibilidade de dispor sobre uma série de condições que a legislação nacional até então permitia, alinhado com a tendência liberal dos anos 1990. (RIZZARDO, 2002)

3.2 A autonomia do empresário brasileiro nas relações contratuais de direito interno: o contrato clássico e contemporâneo.

Se nos contratos internacionais o empresário ficou limitado ao controle estatal na possibilidade de escolha de legislação e foro aos seus contratos até o advento da Lei de Arbitragem de 1996, nos contratos de direito interno, sobretudo no que tange ao contrato clássico, sua liberdade contratual permaneceu ampla e quase irrestrita até a Constituição Federal de 1988. Ainda que o movimento de relativização se consolide mundialmente no período pós-guerra, foi a partir desse momento que, progressivamente, foi se consolidando a alteração no eixo interpretativo dos contratos e reclassificou-se o instrumento jurídico de acordo com necessidade de intervenção do Estado, uma vez caracterizada a dessemelhança material entre as partes. O contrato empresarial seguiria uma linha interpretativa paralela às alterações legislativas e jurisprudenciais.

Autonomia da vontade no contrato clássico se caracterizaria como a representação do sujeito que contrata “se quiser com quem quiser e na forma que quiser”, tendo reconhecidos os direitos e deveres da livre manifestação de vontade, dando eficácia e validade ao contratado entre elas. O princípio nesse molde clássico ainda se desdobraria em diversos postulados: todos são livres para contratar ou não, todos são livres para escolher com quem contratar, e por último os contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato. (COELHO, 2014)

“Todos são livres para contratar ou não”, pressuporia que o indivíduo deve se motivar exclusivamente pelo interesse em qual se identifica, segundo seus próprios critérios subjetivos em relação às vantagens e desvantagens do acordado. Vem daqui a prerrogativa do contratante de poder rescindir unilateralmente os contratos sem prazo, a qualquer tempo. Assim sendo, se ele é livre para contratar ou não, também deve ser livre para se desvincular do contrato para sempre e quando lhe interessar. (COELHO, 2014)

“Todos são livres para escolher com quem contratar”, tem-se que o contratante não pode ser obrigado e não precisa contratar com quem não quer ou não tem interesse, independente dos motivos subjetivos que o levam a tomar tal decisão. Contudo, é em razão disso que o contratante vinculado não pode se substituir (ressalvado com o consentimento da outra parte) por ato unilateral caso o instrumento contratual não autorize expressamente a sub-rogação ou cessão, sob pena de invalidade. (COELHO, 2014)

“Os contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato”, quer dizer que no momento que as partes escolhem contratar, poderiam naturalmente constituir a matéria do contrato assegurada por dispositivos legais de natureza supletiva que se aplicariam em caso de omissão das partes. (COELHO, 2014)

De qualquer sorte, nunca se tratou a autonomia da vontade das partes como irrestrita. A doutrina clássica interpretava o contrato como sendo um instrumento justo no instante em que fosse requerido pelas partes e fosse resultado da livre apreciação dos respectivos interesses dos contratantes. (FORGIONI, 2018)

Em contrapartida a deliberação dos contratantes ficava restrita “à observação da ordem pública e bons costumes, mas seu exercício é também restringido pelo expediente da tipicidade dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio jurídico”. (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p.237)

Nota-se, que a interpretação do contrato clássico como instrumento que favorecia o requerido e apreciado pelas partes contratantes, remonta o conceito do Código Civil de 1916, o chamado “último dos códigos dos oitocentos [...] de fato imbuído do espírito napoleônico do *Code de 1804*”. O Código Civil de 2002, já proporia uma carga maior de direitos fundamentais, tendo em vista os preceitos basilares da Constituição de 1988. “A Constituição Federal do Brasil de 1988, partindo da nova ordem mundial contemporânea, destacou os direitos fundamentais da pessoa, de modo a garantir-lhe, essencialmente, a dignidade e a igualdade material”, tanto na relação entre estado e particular quanto nos Direito Privado. Conceitos individualistas que anteriormente regeram os negócios jurídicos foram reestabelecidos por uma concepção de que o contrato, ainda que realizado por particulares, tem uma função social e deve respeitar limites de interesse público. (REIS, 2001, p. 109).

A interferência do Estado na vida econômica, implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual”. (GOMES, 2002, p. 7)

Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. A primeira constituiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se a legislação de apoio aos grupos organizados, como sindicatos, para enfrentar em pé a igualdade o contratante mais forte. A terceira, o dirigismo contratual, exercido pelo estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público. (GOMES, 2002 p. 8)

Essa nova concepção também refletiria diretamente no princípio da autonomia privada. As partes, antes regidas pela força do pactuado (*pacta sunt servanda*), necessariamente se flexibilizaram com a inserção da *rebus sic stantibus* na doutrina brasileira. Foi pelo *rebus sic stantibus* que se fundamentou a revisão judicial dos contratos em casos como desigualdade material e instabilidade financeira. (COELHO, 2014)

Marques apud Reis (2001, p. 124) complementarmente:

Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia.

A alteração do eixo interpretativo do contrato também teve reflexo na terminologia. O princípio da autonomia da vontade que significou historicamente a condição do indivíduo fazer lei de acordo com seu interesse respeitando certos limites e que nos moldes clássicos preconizou que o indivíduo poderia contratar “se quiser com quem quiser e na forma que quiser”, no contrato contemporâneo se reedita em definição e substância pelas novas relações contratuais e sociais. A autonomia privada passaria a representar um dos novos princípios ensejadores da função social do contrato. (COELHO, 2014)

O seu conceito se diferiria sensivelmente do conceito anterior. Fernando Noronha quando descreveu que autonomia privada “é o poder de “auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelo próprio titular deles”, a ser exercido nos limites e com as finalidades assinadas pela função social do contrato”. A autonomia privada passaria a ser subdividida em: a) liberdade contratual, que seria a faculdade de realizar ou não determinado contrato e b) liberdade de contratar, que estaria vinculada a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato dentro das limitações impostas pelo estado. (REIS, 2001, p. 131)

Liberdade contratual e de contratar, naturalmente, seriam relativizadas frente aos princípios fundamentais e interesses da coletividade. A constituição intercederia além das

relações entre estado e particular, mas em um campo estritamente privado, vinculando as partes contratantes quanto à observação dos princípios gerais de igualdade, liberdade e dignidade. Uma vez que a relação privada gera efeitos na vida em sociedade e nos interesses do Estado, a intervenção do legislador e do judiciário se fariam fundamentais na reinterpretação dos instrumentos jurídicos.

Nas relações entre sujeitos privados desiguais, a liberdade deve sofrer limitações de maneira a garantir a proteção aos demais direitos fundamentais e limitar a imposição de poderes. Nesse sentido o legislador privado brasileiro, mediante princípios inerentes ao direito privado, como boa-fé, bons costumes, função social do contrato, bem como por legislação especial limita a liberdade das partes a fim de garantir a equivalência das obrigações assumidas. Também o juiz pode impor limitações à liberdade, quando tal for necessário para garantir a observância de outras normas fundamentais, inclusive a própria liberdade. (REIS; DICK, 2006, p. 24)

Outrossim, houve restrições impostas por leis de interesse social e o impedimento à estipulações contrárias à moral, ordem pública e bons costumes, passando-se a verificar o surgimento de leis e dispositivos como, por exemplo, a regulação do limite na fixação na taxa de juros e nas cláusulas penais, a obrigação de renovação dos contratos de locação comerciais, estabelecimentos mercantis, a readequação do equilíbrio contratual uma vez verificada a onerosidade excessiva nas relações contínuas, etc. “Veio introduzida a função social do contrato, que leva a prevalecer o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual”. (RIZARDO, 2019, p. 20)

Ou seja, a reinterpretação do contrato contemporâneo abriria portas para uma intervenção normativa sobre o conteúdo vinculativo do contrato, traçando limites à liberdade através de medidas de controle, correção e compensação material, conforme preconizado pelo princípio da justiça social. Tais limites podem ser encontrados nas particularidades dos casos concretos, em atenção ao grau de desigualdade fática entre as partes e a natureza da questão sobre qual gravita a controvérsia. Tendencialmente, nos casos em que a decisão se tiver cunho puramente econômico ou patrimonial, a autonomia deverá ser interpretada com maior amplitude e, em casos que envolvam bens essenciais à pessoa, será necessário contrabalançar e equilibrar a relação contratual, quando necessário. (ROSEVALD; FARIAS, 2015)

A necessidade de reequilíbrio ficaria devidamente exteriorizada na legislação geral do Código Civil pelos modelos de lesão e alteração das circunstâncias contratuais, assim como a busca pelo prestígio do sinalagma negocial, seja em fase pré-contratual, seja durante a fase funcional. A ofensa à equivalência material passa a implicar na invalidade, anulação, resolução, revisão contratual ou reparação de danos. Portanto, a harmonização das obrigações impostas

pelas partes é um imperativo para que o contrato ingresso no mundo jurídico qualificado pela normalidade, ou que seja ele restituído caso impregnado de patologias ao tempo da execução. (ROSENVALD; FARIAS, 2015).

Outrossim, o Código Civil de 2002 passa a mitigar a rigidez negocial e possibilitar a readequação do contrato uma vez vislumbrado circunstâncias supervenientes imprevisíveis e as perturbações da economia do contrato pelas partes celebrado, de molde a justificar que o contratante prejudicado seja desvinculado dos compromissos estabelecidos no negócio jurídico, como é o caso da onerosidade excessiva. Ou seja, a teoria da imprevisão, representada pela cláusula *rebus sic stantibus*, permite que as obrigações e deveres assumidos em determinado contrato sejam revisados caso se perceba uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram o vínculo contratual. (ROSENVALD; FARIAS, 2015).

A alteração do eixo interpretativo ou a “materialização do contrato” em função dos novos vetores constitucionais, também representaram uma fragmentação nas classificações dos contratos. “O conceito monolítico e abstrato de contrato sucumbe diante da diversidade principiológica que alimenta o direito privado”. Coube, portanto, à doutrina, organizar novas classificações contratuais a fim de compatibilizar com os múltiplos paradigmas circundam a autonomia privada. A materialização do contrato envolveria uma readequação em função das disparidades de poder entre as pessoas e a função por ela exercidas, conforme argumenta:

Contemporaneamente se propõe novas categorias de contratos com especificidades devidas aos sujeitos legitimados, à esfera dos mercados aos quais são reservados, aos controles aos quais são submetidos e também aos meios tecnológicos com quais normalmente se realizam. Reconhece-se primariamente o interesse substancial que domina a *fattispecie* concreta, com particular atenção à parte que se propõe conseguir acesso ao bem ou ao serviço. (SANTA CRUZ, 2015, p. 535)

É a partir dessa ordem de concepção entre elementos existenciais e patrimoniais, que surgem, na perspectiva do contrato contemporâneo, a individualização da norma aplicável e a consequente formação da tripartição da natureza dos contratos. As relações entre “iguais” e “desiguais” passariam a ter suas obrigações reguladas por sistemas autônomos, como o Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, o qual absorveu as relações civis e empresariais. Pode se dizer que:

A opção legislativa para o Código Civil foi pela unificação das obrigações civis e empresariais, porém com a exclusão de regulação nas relações consumeristas. Isso significa que o Código Civil de 2002 disciplina as relações intercivis e interempresariais (entre iguais), mas abdica de cuidar das relações entre consumidores e fornecedores (desiguais), incidindo o microsistema legislativo específico para tanto, o Código de defesa do Consumidor. Todavia, o *Status* de cada um desses

personagens é essencialmente dinâmico. Aquele sujeito de direito que, em determinada relação obrigacional, desempenha o papel de empresário, poderá atuar como civil em outro contrato nada impedindo que, em algum momento, se identifique como consumidor. (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 264).

Ou seja, os diferentes níveis de interferência do estado na relação privada estão diretamente ligados à identificação da natureza obrigacional em função da condição material das partes. A revogação do Código Comercial deu ao Código Civil a tarefa de disciplinar certas relações entre partes tendencialmente iguais, e o Código de Defesa do Consumidor em relações que necessitam a tutela da parte vulnerável, em que pese ambos possuírem relações próximas, uma vez que se baseiam em princípios éticos semelhantes e compatíveis. Faz-se necessário, portanto, analisar quais são as características do negócio jurídico que ora submetem as partes à legislação específica consumerista, ora à legislação geral cível, e quais os critérios que fazem do contrato empresarial instrumento permissivo e amplificador da autonomia dos contratantes.

A relação contratual consumerista de acordo com a sua função, tomando em consideração a finalidade da relação obrigacional, tendo como fator decisivo quem será o destinatário final do produto ou serviço. Nesse sentido, os contratos de consumo estariam vinculados à definição do conceito básico de consumidor, nos termos do Art. 2 do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>). A relação será civil quando, em geral, apresentar atos isolados e sem a característica da atividade organizada. Por fim, será empresarial quando inserida no contexto do mercado, como ferramenta de alcançar vantagem econômica e lucro. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Quanto às relações consumeristas, a interpretação teológica da jurisprudência do Art. 2 do Código de Defesa do Consumidor buscou configurar um dos sujeitos como destinatário final do produto ou serviço, em função do seu não profissionalismo. Segundo a interpretação *finalista*, é de consumo o contrato em que o destinatário final que se encontra em etapa derradeira da atividade econômica, no momento em que adquire o bem de um fornecedor para uso próprio ou familiar, sem a finalidade de lucro.

Em suma, para não ser consumidor não basta o ato objetivo de retirar o bem de circulação, fundamental é que haja a finalidade (daí o nome da teoria) do adquirente/utente de concederão produto ou serviço uma destinação privada, sem qualquer inserção em uma atividade produtiva. Ou seja, a atividade lucrativa recai apenas sobre uma das partes. (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 270)

Nas palavras de Herman apud Rosenvald e Farias (2015, p. 270):

Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal ou de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissional.

Nesse sentido, o empresário ou a entidade empresarial que utilizar os produtos e serviços em benefício próprio e os retira do mercado, sem interesse de repassá-los a terceiros nem os empregar na geração de outros bens ou serviços, estarão sob a tutela da legislação específica e serão beneficiários de uma intervenção mais acentuada do ordenamento jurídico para compensar a assimetria fática.

Atualmente tal interpretação *finalista* tem sido mitigada dando espaço à chamada *teoria finalista mitigada*, a qual ampliou a área de abrangência da lei consumerista, dando, nas palavras de Diniz (2019, p. 253) “relevância à vulnerabilidade do empresário, pessoa jurídica ou não, como critério para aplicação do CDC”. Acrescenta-se que, excepcionalmente, haverá uma mitigação da teoria *finalista* quando, na concretude do fato, for detectada a vulnerabilidade do consumidor intermediário, os quais podem ser pequenas empresas e profissionais liberais adquirentes de bens e serviços, ainda que com objetivo profissional. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Logo, ainda que tal produto ou serviço seja empregado na geração de outros bens e serviços, a condição de vulnerabilidade do adquirente deve ser levada em conta e conseqüentemente e ter incidência da norma protetiva consumerista. Em um *leading case* do ano de 2012, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. (...) a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente as pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem chamando de “finalismo aprofundado”. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo. (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 274)

Portanto, de acordo com a interpretação atual, a condição de consumerista não se caracteriza apenas pela presença de uma pessoa física ou jurídica na condição de destinatário final, em função de não empregar os bens ou serviços em atividade profissional, mas também pela condição de vulnerabilidade do fornecedor intermediário. A vulnerabilidade não pode ser definida apenas pela capacidade econômica ou pelo nível de informação e cultura, mas pela

dependência e necessidade que esse consumidor intermediário tem do produto ou do serviço ou pelo monopólio que o fornecedor tem da produção do bem.

Em síntese, a alteração no eixo interpretativo do contrato que ocorre progressivamente a partir da constituição de 1988, traz alterações importantes na relação contratual de direito interno. Se no contrato clássico a interpretação legislativa e jurisprudencial considerava o contrato como instrumento de satisfação de vontade das partes e essas dispunham de autonomia ampla para decidirem sobre se contratar, com quem contratar e sobre o conteúdo, no contrato contemporâneo tal autonomia se relativizaria em função da observação de direitos fundamentais e do interesse coletivo.

Embora muitos tenham considerado que a intervenção estatal na autonomia privada pôs em xeque o “dogma da liberdade plena e da expressão da vontade como seu fundamento, ao longo do tempo a percepção do contrato como contrato instrumento de convívio social foi sendo compreendida”. O que foi pouco assimilado, é que as alterações interpretativas pouco afetaram os contratos de natureza empresarial. Uma vez caracterizado o vínculo jurídico empresarial, os princípios do *pacta sunt servanda* da liberdade de contratar continuaram sendo aplicados, tendo em vista a lógica econômica e interativa.

É inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial se mostra a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos. [...] Passado o vendaval – e solidificada a superação do excessivo individualismo contratual do século XIX –, verificamos que os contratos mercantis seguem com sua lógica peculiar, viabilizando o fluxo de relações econômicas e a interação entre empresas. (FORGIONI, 2018, p. 117)

Ou seja, paralelo ao movimento de proteção à parte hipossuficiente da relação contratual, manteve-se a interpretação jurisprudencial sobre a autonomia privada nos contratos empresariais. Para compreensão do contrato empresarial e da manutenção da autonomia como princípio norteador da relação contratual dessa natureza, é necessário conceituar o espírito econômico que rege a atividade das partes contratantes, conforme propõe-se a seguir.

4 AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A entidade empresarial celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos: consumidores, Estado, trabalhadores, etc., entretanto, caracterizam-se como contratos empresariais apenas aqueles celebrados para fins empresariais, em somente estes fazem parte da relação contratual. Tem-se nessa relação contratual, uma categoria única e autônoma, diferente da consumerista e da civil. (FORGIONI, 2018)

Se no contrato consumerista há uma parte que busca o lucro e outra não, tida como destinatário final ou vulnerável em função da dependência econômica, e se no contrato cível tal objetivação pelo lucro pode inexistir ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (como é o caso da locação), o contato para ser considerado como empresarial deve possuir, em todos os polos, partes com objetivo de lucro. “Dizemos que a natureza do espírito do contrato comercial é condicionada pela vontade comum” das partes, direcionada que é pelo *escopo de lucro* que agrava cada uma delas. ” (FORGIONI, 2018 p. 39)

Portanto, ainda que nos contratos de natureza consumerista e cível “puros” tenha-se, também, escopo econômico, esses não possuem a característica de ter toda sua atividade voltada para o lucro, como ocorre nas empresas e sua atividade profissional. O objetivo da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga e, ainda que demonstre objetivo de lucro, não atua como se esse fosse a “razão de ser” do seu negócio.

Pode-se identificar o fim lucrativo, a razão de ser do contrato empresarial, nas relações entre empresários e fornecedores ou utentes de bens e serviços oferecidos, as relações de caráter operacional, como venda de bens, prestação de serviços, financiamentos, locações e outros negócios cabíveis em razão da atividade de empresário. Nesses casos, verificam-se formas de colaboração onde um dos empresários (o colaborador) compra a mercadoria fabricada ou comercializada pelo outro empresário (fornecedor) para revendê-la, como acontece, por exemplo, nos contratos de distribuição e de concessão mercantil. Também, pode ocorrer que os contratantes não realizam contrato de compra e venda, mas o colaborador passa a buscar empresários para adquirir mercadorias comercializadas ou fabricadas pelo fornecedor, como nos contratos de mandato, comissão, agência, distribuição e representação comercial autônoma. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Nos contratos empresariais, a vinculação se dá entre agentes que realizam atividades vocacionadas para obtenção do lucro, sendo mitigada a eficácia dos direitos fundamentais em

sede de contratação puramente mercantil, justamente por não ter um dos agentes em situação de vulnerabilidade ou bens jurídicos que demandem intervenção sobre a liberdade contratual das partes. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

Consigna-se que tal liberalidade não é absoluta uma vez que o ordenamento jurídico deverá intervir sobre o contrato quando constatada abusividade ou não observação dos princípios norteadores dos contratos.

Exemplos de negócios jurídicos de natureza empresarial são a aquisição onerosa de produto ou serviço para fins de revenda no mesmo estado em que foram adquiridos, que seria o caso do comerciante, intermediário distribuidor ou importador. Tais sujeitos, não encerram o ciclo econômico de circulação de bens. Outro exemplo pode ser a aquisição de bens para transformação ou incorporação em outro bem, como a compra de peças para inserção em veículo, o qual deve ser revendido, assim como o padeiro que compra a farinha e vende bolos, o mercado de insumos para produção agrícola, ou outros. A relação de natureza empresarial também pode significar a utilização de determinado bem para atividade-fim, como auxiliar de uma atividade produtiva. Por exemplo, o padeiro que adquire um forno industrial para incrementar o seu negócio ou uma escola de natação que adquire aquecedores para as piscinas. Nota-se, que em nenhum desses casos há a utilização do bem ou produto para uso próprio e sem finalidade de lucro, diferentemente das relações cíveis e consumerista. (ROSENVALD; FARIAS, 2015)

O importante é compreender os contratos empresariais dentro de um contexto de mercado e o reflexo que ele gera na cadeia produtiva, na função da circulação de bens, na colaboração empresarial e no auxílio ao crédito. A relação contratual empresarial tendencialmente extrapola os limites das partes e produzem efeitos para terceiros e impactos no mercado. (DINIZ, 2019)

O contrato empresarial apresenta algumas diretrizes que são fundamentais para sua compreensão como ramo autônomo:

Inicialmente, relembra-se que para o contrato ter natureza empresarial todas as partes da relação jurídica devem ser movidos pela busca do lucro, tendo nesse o principal fato diferenciador das outras categorias contratuais. Busca do lucro não significa, necessariamente, dizer que as empresas adotarão comportamento predatório entre elas e que visarão apenas benefícios individuais durante o período de efetividade do contrato. A consuetudine mercantil tem mostrado que a cooperação entre os agentes econômicos tem sido definitiva na preservação comercial e no proveito financeiro. Ou seja, a busca pelo lucro também deriva de atitude “altruísta” das partes, uma vez que êxito da relação comercial deriva da colaboração e da

lealdade negocial. (FORGIONI, 2018)

Uma condição importante da relação colaborativa entre os agentes econômicos é a presunção de que esses adotarão comportamento semelhante na busca do lucro, na condição de agentes ativos e probos, através da capacidade de avaliação sensata e prudente dos riscos das operações realizadas. Logo, pressupõe-se que o agente econômico contrata, pois, a partir da avaliação dos riscos, entende que tal relação jurídica lhe é vantajosa, assim como, autoriza a outra parte se cercar dos cuidados necessários antes, durante e após a celebração do contrato. (FORGIONI, 2018)

Quer dizer, a contratação terá um objetivo almejado em conjunto pelas partes, o que traz para a relação contratual uma dimensão colaborativa e não individualista. Ao contrário da interpretação comum que se faz dos negócios jurídicos empresariais como instrumento de isolamento das partes, o esforço colaborativo para a circulação de bens e serviços tem, indispensavelmente, uma função econômica, e produz riquezas, desde que em um ambiente seguro e previsível juridicamente. (FORGIONI, 2018)

Por segundo, a relação entre esses dois fatores, previsibilidade e segurança, são determinantes para a gênese do direito comercial e um dos principais vetores dos contratos empresariais. No âmbito empresarial os atos devem ser regulares e previsíveis, normalmente derivados das práticas comerciais, do padrão de comportamento uniforme os quais, naturalmente, visam a observação de princípios gerais consuetudinários do mercado. “O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar ao empresário oportunista, permite preservação e o funcionamento do sistema como um todo”. (FORGIONI, 2018, p. 120)

Em síntese, a compreensão da busca pelo lucro representa diretamente a caracterização da relação contratual empresarial dentro das suas peculiaridades comportamentais. A colaboração das partes, a retidão e a honestidade não implicam em gasto, mas, sim, na economia e no lucro, uma vez que diminui o custo de transação e aumenta o grau de certeza e previsibilidade. (FORGIONI, 2018)

4.1 Diretrizes interpretativas da relação contratual empresarial

Em que pese a revogação do Código Comercial e a unificação das regras do direito empresarial e civil nas normas gerais do Código Civil de 2002, a posituação dos princípios preconizadores dos direitos humanos e da solidariedade e a interpretação dos contratos

empresariais tem se vinculado aos pressupostos tradicionais que historicamente envolveram a relação comercial. “Sua revogação formal pelo Código Civil não logrou extirpá-las de nosso sistema jurídico. Assim, como é impossível revogar as normas de Pothier, não se pode suprimir a penas a tradição que existe nas entranhas de nosso direito mercantil”. (FORGIONI, 2018, p. 250)

Nesse sentido, pode-se afirmar que:

Embora a adoção da teoria da empresa tenha vindo junto com a tentativa de unificação do direito privado, viu-se que essa suposta unificação é apenas formal, continuando a existir, como ramos autônomos e independentes da árvore jurídica, o direito civil e o direito comercial. O que define a autonomia de um direito, afinal, não é a existência de um diploma legislativo próprio que contemple suas regras jurídicas, mas a existência de institutos jurídicos e princípios informadores próprios. [...] O fato de grande parte das regras que compõem o regime jurídico comercial/empresarial estarem hoje espalhadas pelo Código Civil e em diversas leis esparsas não descaracteriza a existência de um direito comercial/empresarial, nem retira a sua autonomia e independência. (SANTA CRUZ, 2015, p. 36)

Faz-se necessário analisar as principais diretrizes de interpretação dos contratos empresariais, as quais têm fundamental importância para diferenciação do instituto dos demais ramos contratuais. A interpretação do contrato empresarial possibilita a compreensão do sentido justo e desejado do conteúdo acordado pelas partes, seja em relação aos termos expressos ou mesmo aos preceitos implícitos do negócio jurídico, assim como dá efeito à prática desempenhada pelas partes ao longo da relação contratual. (DINIZ, 2019)

Pode-se ressaltar, nesse norte, a manutenção das principais pautas para interpretação e integração contratual trazidas pelo antigo Código que são, dentre outras, o respeito à boa-fé objetiva, a força normativa dos usos e costumes, a vontade objetiva e a busca primordial pelo espírito do contrato, o comportamento das partes como forma de chegar a vontade comum/intenção das partes, a interpretação em favor do devedor e, por fim, o respeito à autonomia privada. (FORGIONI, 2018)

As regras gerais declaradamente ligadas à interpretação dos contratos em geral gravitam em torno dos artigos 112, 113, 114, 157, 421, 422, 423, 424 do Código Civil: Art. 112 – preponderância da intenção das partes sobre o conteúdo do contrato; Art. 113 – interpretação conforme a boa fé e os usos e costumes; Art. 114 – Interpretação restritiva para a renúncia; Art 157 – que aborda o instituto da lesão; Art. 421 – da liberdade de contratar limitada pela função social do contrato; Art. 422 – novamente o instituto da boa-fé para os contratantes; Art. 423 – interpretação em favor do aderente, e, por fim; Art. 424 – que trata da proibição da renúncia a direito decorrente da natureza do negócio por parte do aderente. (FORGIONI, 2018)

Quando se trata da autonomia da vontade nos contratos empresariais, a interpretação deve ser feita de forma diferenciada das regras gerais, pois tem uma função essencial de impedir que uma das partes se desfaça das obrigações pactuadas e se liberte do vínculo estabelecido entre elas, assim como exige o consenso das partes em caso de modificação ou extinção da relação jurídica. “A força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas”. (FORGIONI, 2018, p. 109)

Ou seja, a importância vinculante do conteúdo que foi estabelecido nos contratos freia o oportunismo dos agentes econômicos e exige que os pactos sejam respeitados.

Nesse sentido é fundamental que o legislador e o juiz entendam o contexto econômico que está envolvido o contrato empresarial e a necessidade de ampliar a abrangência do pactuado pelas partes. O contexto econômico deve ser percebido dentro de uma lógica consuetudinária de relações mercantis, de princípios de cooperação, de segurança e de previsibilidade dos negócios jurídicos, o qual será apenas conseguido através do respeito à autonomia da vontade, que de fato tem sido verificado na jurisprudência brasileira. (FORGIONI, 2018)

O desprestígio que atingiu a autonomia privada e a liberdade de contratar em outros ramos não se fez sentir da mesma maneira no direito mercantil, embora poucos tenham se dado conta disso. Para comprovar essa assertiva, basta deitar os olhos na moderna jurisprudência comercial brasileira, que reafirma esses princípios no mundo empresarial. (FORGIONI, 2018, p. 117)

Tem-se, e – erroneamente – creditado à jurisprudência brasileira a intervenção exacerbada nas relações contratuais privadas, como se os juízes não respeitassem suas vontades e deliberações frente ao preço e condições estabelecidas. Ocorre que tal regra não tem se verificado no direito empresarial brasileiro. Consigna Forgioni (2018, p. 110) que há uma grande preocupação dos julgadores em manter os pactos, dotando o mercado de segurança e previsibilidade”, e junta jurisprudência:

Primeiramente, frisa-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso em tela, ante a circunstância de a Apelante ter contratado, ainda que tacitamente, serviços de publicidade com a finalidade do incremento de suas atividades empresariais. Nesse sentido, não sendo a destinatária final do serviço prestado, o qual se qualifica como meio para o fomento da capacitação de potenciais clientes, devem ser aplicadas as regras dos Contratos Empresariais em geral para dirimir a presente celeuma. [...] Neste sentido, preenchidos os requisitos legais do artigo 104 do Diploma Civil, não se pode falar em nulidade do Negócio Jurídico entabulado quanto a quaisquer vícios de consentimento ou representação. Devendo prevalecer o velho bocado “pacta sunt servanda. Apelação nº 1084684-41.2014.8.26.0100, julgada em 19 de abril de 2017 pelo TJSP, com relatoria do Des. Penna Machado, fls. 4-6. (FORGIONI, 2018, p. 111)

O fato então é que, não permitindo os contratos empresariais serem tratados da mesma forma que os contratos cíveis em geral ou contratos de consumo, prevalentes os

princípios da autonomia de vontade e da força obrigatória das avenças, de rigor a observância da livre vontade manifestada pelas partes contratantes, e isso ainda que o Código Civil de 2002 tenha submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais posto que isso não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais, de modo que a interpretação pressupõe o comportamento adotado pelas partes ao tempo da formação do ajuste, mantida assim tanto a segurança quanto a previsibilidade jurídica. Apelação nº 0001777-62.2010.0.26.0586, julgada em 29 de janeiro de 2014 pelo TJSP, com relatoria do Des. Henrique Rodrighero Clavasio, fl.7 (FORGIONI, 2018, p.111)

A Força obrigatória dos contratos é o contraponto da liberdade contratual. Se o agente é livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*). A necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a ideia de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites dos contratos. [...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. Recurso Especial nº 1.409.849 – PR, julgado em 256 de abril pela Terceira Turma do STJ, com relatoria do Min. Paulo de Tarso Severiano, fls. 6-8. 9. (FORGIONI, 2018, p. 111)

Nos contratos mercantis, os contratantes são empresários que exercem atividade econômica profissionalmente, sendo essencial ‘assegurar a necessidade dos agentes econômicos da segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato’, por isso as pactuações empresariais, mesmo quando se mostram decisões de gestão empresarial equivocada, em regra, devem ser observadas, como resguardo à livre concorrência e à dinamização da economia”. Decisão monocrática do Recurso Especial n. 1.219.2010 –RS, proferida por Luís Felipe Salomão em 30 de abril de 2015, fl. 9. (FORGIONI, 2018, p. 111)

Ao passo que no âmbito empresarial a autonomia privada tende a ser ampliada para consolidar atos regulares e previsíveis e padrões de comportamentos uniformes nas relações comerciais, é imprescindível considerar que tal liberalidade deve se adequar a certos limites impostos no ordenamento estatal.

Como referido inicialmente, a interpretação do contrato empresarial não alterou significativamente com a observação dos princípios de boa-fé, uma vez que esse sempre foi um dos vértices da relação mercantil. A observação da boa-fé como limite à autonomia privada sempre significou a busca do melhor funcionamento do mercado, da previsibilidade e confiança entre os agentes econômicos. Da mesma forma, a compreensão do contrato empresarial como instrumento de interesse coletivo, com função social, já tinha aplicabilidade, uma vez que a relação jurídica comercial já contribui para o desenvolvimento econômico e social do país. (FORGIONI, 2018)

Analisando a jurisprudência comercial brasileira de forma sistemática, é possível afirmar que as grandes linhas traçadas pelos julgados há muito tempo se desprenderam de um espírito individualista, preocupando-se sempre com o impacto do contrato sobre o todo social, ao mesmo tempo em que se procura azeitar o fluxo de relações econômicas. Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, a

inovação trazida pelo art. 421 do Código civil faz-se sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica. (FORGIONI, 2018 p. 264)

Finalmente, percebe-se que as alterações principiológicas do contrato contemporâneo pouco influenciaram a interpretação da jurisprudência em matéria de contrato empresarial, uma vez que esse já preconizava, tradicionalmente, pela natureza das relações econômicas, a exigência pelo respeito à boa-fé contratual, já constituía uma função social tendo em vista sua economicidade. Através da interpretação jurisprudencial, pode-se considerar que a autonomia da vontade se manteve amplificada nas relações contratuais empresariais, o que de fato se tem demonstrado uma tendência atual, sobretudo no que concerne à aderência do país à CISG, o projeto do Código Comercial (PL 156.211) e a Lei 13.874/19.

4.2 Autonomia da vontade e as alterações legislativas recentes

Se por um lado verificam-se poucas alterações na interpretação dos contratos empresariais nos últimos anos em função do respeito aos princípios tradicionais das relações comerciais e da própria natureza do contrato como instrumento que busca garantir o pactuado pelas partes, a submissão dos contratos cíveis e empresariais sob a mesma teoria geral é considerado um equívoco pela doutrina comercial, uma vez que seus efeitos teriam estimulado a insegurança jurídica, risco moral e aumento excepcional na taxa de litigiosidade. (SANTA CRUZ, 2015)

Tal perspectiva reúne forças na concepção política atual que representa uma retomada das tendências liberalizantes e da redução da intervenção do Estado nos mais variados segmentos da economia nacional. A própria exposição de motivos que levou o legislador a sancionar a Lei 13.874/19, abordou a tendência libertária das alterações e um favorecimento aos fundos de investimento:

Atenta às necessidades de facilitar a canalização de recursos poupados para a economia real, a proposta assegura a legalidade de responsabilidade limitada para fundos de investimento, o que deverá aumentar a segurança da modalidade por meio dessas estruturas. Contribui-se, assim, para um ambiente mais competitivo e atrativo que beneficiará inclusive os grandes programas de desestatizações, outro assunto emergencial que justifica a existência desta Medida. (BRASIL, 2019, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>).

De forma natural, tal ótica remete diretamente à concepção do período liberalizante dos anos 1990: redução da interferência do Estado na vida privada e um possível favorecimento aos

grandes grupos econômicos. Basta analisar que os fundos de investimento atualmente são responsáveis pela gestão de mais de 70% do PIB nacional. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Para muitos, a alteração na legislação e a redução exponencial da intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, são indispensáveis para uma nação que busca o crescimento e a prosperidade. A tendência de alargar os princípios básicos da livre iniciativa e da liberdade contratual, naturalmente limitando um dirigismo contratual “descabido” nas relações empresariais simétricas, deveria ser assimilado por um judiciário que vem progressivamente intervindo nas relações privadas. (SANTA CRUZ, 2015)

Uma medida recente que tem sido apreciada no âmbito dos contratos internacionais e tem impacto na autonomia da vontade foi a aderência do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda de Mercadorias. Um dos aspectos relevantes sobre o tema é referente à liberdade de as partes optarem por aplicar ou não as regras da própria Convenção em um determinado contrato, conforme previsão trazida pelo Art. 6 do Decreto 832 de 2014.

Estabelecido em total harmonia com o princípio da autonomia da vontade das partes, o artigo 6 permite o exercício do “opting-out”, ou seja, opção pelas partes de excluir a aplicação da CISG a um caso concreto. Tal opção poderá ocorrer em uma situação em que as partes preferam, por exemplo, a aplicação de um direito doméstico, por achá-lo mais adequado para uma transação específica. (GULLO, 2015, <http://www.cisg-brasil.net/downloads/doutrina/D_numero7.pdf>)

Calcada inteiramente no respeito à autonomia da vontade, a utilização das regras previstas na Convenção deverá modificar a situação anterior de reticência em relação ao desejo das partes contratantes de escolher a lei aplicável que lhes seja mais conveniente. Aos poucos a aderência do Brasil às normas consuetudinárias tenderão a eliminar o problema relativo às regras de conexão, uma vez que sua determinação da Lei será irrelevante nas situações em que a convenção for utilizada. (ARAÚJO, 2015)

Ainda, deve-se considerar que nem todas mercadorias estão abarcadas no escopo da Convenção, como por exemplo, nas relações de consumo, hasta pública ou execução judicial, bens de natureza mobiliária, títulos de crédito, moeda, embarcações, aeronaves e outros. Nesses casos ou na ausência de escolha de outra Lei, são as regras da Convenção que vão reger os contratos de compra e venda de mercadorias. (GULLO, 2015)

Outro pilar da Convenção é o seu caráter internacional, ou seja, o seu texto deve ser aplicado de forma autônoma à legislação nacional, devendo tais contratos serem interpretados

de acordo com os princípios que inspiraram as normas convencionadas, assim como a jurisprudência emanada dos julgamentos de outros países, eis que a Convenção tem por fundamento uniformizar as regras comerciais internacionais. (ARAÚJO; SPITZ, 2012, <<http://cbar.org.br/site/valor-economico-o-que-muda-com-a-convencao-deZviena/>>).

Com algum atraso, o Brasil caminha no sentido de se adequar à realidade do comércio internacional mundial, possibilitando às empresas brasileiras se valer do mesmo grau de certeza e segurança jurídica nos contratos internacionais daquele já vivenciado em tantos outros países. (ARAÚJO; SPITZ, 2012, <<http://cbar.org.br/site/valor-economico-o-que-muda-com-a-convencao-deZviena/>>).

Tal afirmativa legitima a preocupação e a tendência do legislador brasileiro em liberalizar e internacionalizar as normas que regem as relações contratuais internacionais, naturalmente com tendência a restringir a intervenção do estado e favorecer a autonomia contratual privada.

Pode-se concluir, ainda, que a aderência do Estado brasileiro às normas da Convenção em matéria de contratos internacionais supra uma das perspectivas limitantes dos contratantes que era a vinculação da lei aplicável ao contrato àquela do local de celebração ou, subsidiariamente, do local de execução ou do proponente (conforme art. 9 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). Ou seja, o Decreto passa a ampliar a autonomia da vontade dos contratantes quando a relação for de compra e venda, pois permite que esses deliberem sobre a Lei aplicada ao contrato, podendo utilizar as regras da Convenção, ou mesmo excluí-la em favor do direito doméstico.

Paralelamente, no âmbito dos contratos de direito nacional, tem sido apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de lei em defesa da edição de um novo Código Comercial, que necessariamente distinga os contratos empresariais dos contratos civis. “Os contratos empresariais se caracterizam pela simetria natural entre os contratantes não sendo justificável aplicar a eles certas regras do Código Civil [...] as quais limitam ou relativizam a imprescindível liberdade para a celebração dos contratos.” (SANTA CRUZ, 2015, p. 530)

Ademais, em homenagem aos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada [...] os empresários devem ter total liberdade para realizar negócios – desde que lícitos, obviamente, bem como assumir os riscos de contratações malfeitas. A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde. Portanto, a intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior. (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações interempresariais. (SANTA CRUZ, 2015, p. 530)

Nesse mesmo sentido, inseriu-se a o Enunciado 21 do Conselho Nacional de Justiça, com

a seguinte redação: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações empresariais”, e enunciado 28: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [2002?], <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>>).

Corroborando com a interpretação, faz-se importante colecionar dois acórdãos do STJ:

Direito Empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da Imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. I. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. [...] . REsp 936.741/GO, ReI. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4. A Turma, j. 03.11.2011. (SANTA CRUZ, 2015, p. 540)

Conflito de competência. Cláusula de eleição de foro. Relação empresarial. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. I - É válida cláusula de eleição de foro consensualmente estipulada pelas partes em relação tipicamente empresarial, mormente quando se trata de produtores rurais que desenvolvem atividades de grande porte e contratam em igualdades de condições. Agravo Regimental improvido. AgRg no CC 68.062/SP, ReI. Min. Sidnei Beneti, 2. a Seção, j. 13.10.2010, DJe 27.10.2010. (SANTA CRUZ, 2015, p. 540)

No mesmo norte, pode se verificar uma das significantes alterações legislativas contemporâneas no âmbito dos contratos de direito nacional, a qual tem sido objeto de estudo e debate: a Medida Provisória 881 (MP da Liberdade Econômica), que em 20 de setembro de 2019 foi convertida na Lei nº 13.874/19, trazendo reflexos diretos na normatização do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho.

Através da análise da exposição de motivos que nortearam a Medida Provisória 881 e a Lei 13.874/19, pode-se perceber que o legislador procurou fortalecer normas de proteção da livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, assim como garantias de livre mercado, de acordo com o Art. 170 da Constituição. Uma vez fundamentado na análise de estudos empíricos e normas técnicas que motivaram a lei, o legislador concluiu que a liberdade econômica é um fator necessário e preponderante para a superação da crise e do desenvolvimento econômico do país. (BRASIL, 2019, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>).

A análise empírica teve base na experiência de mais de 100 países, os quais, a partir da

segunda metade do século XX, demonstraram que o investimento em produção, tecnologia e educação, quando realizados em países com mau desempenho em liberdade econômica, não produzem crescimento e desenvolvimento. De acordo com o legislador, a liberdade econômica é um pré-requisito necessário para que todas as políticas públicas de educação, tecnologia, produtividade e inovação tenham um efeito real sobre a realidade econômica do país. A liberdade econômica e, especialmente, a proteção da propriedade privada, teriam sido mais determinantes para o bem-estar da população que as características regionais e demográficas de um país. (BRASIL, 2019, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>).

Justamente sob essa ótica que o legislador contemporâneo trata das relações contratuais privadas. A afirmação do princípio da boa-fé contratual e da preservação da autonomia da vontade das partes são o norte das alterações interpretativas, como se pode perceber da redação do Inciso V da exposição de motivos:

Presume-se a boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, devendo os casos de dúvida, na interpretação do direito, serem resolvidos no sentido que mais preserva a autonomia de sua vontade, salvo expressa disposição legal em contrário. É uma premissa do Estado de Direito a de que a liberdade impera e a restrição é a exceção. Não se pode, então, permitir que na dúvida sobre a interpretação de um dispositivo, adote-se uma interpretação mais restritiva. Logo, aplicar a regra de interpretação que privilegie a liberdade cria incentivos para que o normatizador passe a ter maior sofisticação na redação de enunciados, aumentando a segurança jurídica e os pressupostos democráticos. Se em contratos de adesão, no direito do consumidor, a dúvida já privilegia a parte mais vulnerável, não há sentido em que, quando uma cláusula é imposta unilateralmente pelo Estado, este ainda se beneficie de sua dúvida. (BRASIL, 2019, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>).

Outra expansão interpretativa exposta nos motivos é em relação à expansão (anteriormente explícita apenas para os contratos de adesão) da regra do “*contra proferentem*”, a qual estipula que a dúvida sobre a interpretação do contrato beneficia a parte que não redigiu a cláusula disputada, dando amparo à ideia de quem redige uma cláusula não deve auferir benefício de tê-la feito em maneira dúbia. Segundo a exposição de motivos, essa interpretação tendencialmente acabaria por valorizar o papel do advogado nos modernos e sofisticados processos de elaboração dos contratos, assim como passaria a evitar conflitos e reduziria significativamente os custos que tais conflitos impõe ao judiciário.

De forma mais pontual sobre a interpretação dos negócios jurídicos, a Lei 13.874/19 trouxe mudanças significativas, sobretudo em dois aspectos: por primeiro, trazendo ao campo de análise diretrizes interpretativas com inspiração na Análise Econômica do Direito e, por

segundo, como quebra de paradigma do modelo interpretativo trazido pelo Código Civil de 2002 que partia de uma premissa de assimetria das partes nas normas gerais dos contratos, levando o legislador estabelecer de forma mais detalhada alguns critérios de interpretação dos contratos, a fim de reduzir a insegurança jurídica e reforçar a autonomia privada. Tal percepção, para muitos, redescobre ou, ao menos, se aproxima do disposto pelo Código Comercial de 1850, revogado. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Em síntese, Análise Econômica do Direito (AED) é o campo de conhecimento que se aplica em qualquer ramo do direito, com a busca pela expansão e pela compreensão e alcance jurídico, principalmente quanto às consequências que determinadas leis podem gerar no caso prático e na sociedade. Análise procura expandir a interpretação judicial para além do texto legal, a fim de avaliar quais os efeitos as regras jurídicas têm sobre as decisões dos agentes, se esses efeitos são socialmente desejáveis, assim orientar o legislador de como projetar políticas, leis e instituições para que sejam gerados incentivos “corretos” aos agentes econômicos. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Sob essa ótica, para que os contratos cumpram com sua função econômica é necessário que as partes sejam livres para contratar e que a interferência do estado se de apenas em situações de “falhas do mercado”, como por exemplo, em assimetria de informação, custos de transação, bens públicos, etc. É dessa base interpretativa que surgem os termos novos como racionalidade econômica, racionalização dos recursos. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

No que tange à quebra de paradigma pode-se citar a interpretação Coelho apud Santa Cruz (2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>):

De modo bastante concreto, se, antes da Lei 13.784/19, a previsão de “boa fé” como critério de interpretação de negócio jurídico (previsto no *caput do art. 113 do CC*) tinha se mostrado um elemento de instabilização da vontade contratada, a partir do socorro a paradigmas muito abstratos e extremamente subjetivos do que esse padrão significaria, agora, deve-se corrigir o prumo, de modo a se aplicar esse mesmo critério exegético (inserido no inciso II do § 1º) para o fortalecimento da autonomia privada, do contrato e da vinculação das partes às declarações exaradas.

Nesse sentido, a Lei 13.874/19 trouxe alterações significativas na redação dos artigos em comparação ao que estava disposto na própria Medida Provisória, como, por exemplo, referente à abrangência da autonomia da vontade contratual. De acordo com o norte proposto pela alteração legislativa, seria natural a liberdade das partes em dispor sobre o conteúdo do

contrato fosse alargada, o que não implicou na eliminação do dirigismo contratual e da observação de princípios como função social do contrato ou da hipossuficiência de uma das partes, ainda presentes nas legislações específicas. Portanto, tanto nas relações contratuais consumeristas quanto em outras relações previstas em legislação específica que indiquem a observação da condição de hipossuficiente de uma das partes, não houve alteração. A percepção do legislador foi justamente remover o caráter protetivo e a assimetria presumível que estava erroneamente deslocada no Código Civil. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Ainda que para muitos operadores a autonomia da vontade contratual se manteve ampla na interpretação jurisprudencial, em que pese os contratos empresariais terem sido inseridos sob a mesma legislação geral, para outros a manutenção de princípios protecionistas no Código Civil trazia certos riscos de gerar a interferência nos contratos simétricos, como, por exemplo, a observação ao enunciado 167 do CJF: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. Justamente por precaução que tais interpretações pudessem vir a interferir nas relações empresariais que o legislador procurou retirar da legislação geral o intervencionismo estatal exacerbado nas relações privadas, assim como a presunção de assimetria das partes. A lei teve cuidado de manter os microsistemas previstos em lei especial. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

De forma pontual, as alterações interpretativas que tiveram reflexos diretos nas relações contratuais podem ser percebidas em dois artigos: 113 e 421. No Art. 113, o qual anteriormente já tratava da interpretação dos negócios jurídicos, manteve-se o *caput* e foram inseridas diretrizes objetivas de interpretação presentes nos incisos.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

- I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
- II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
- III – corresponder à boa-fé;
- IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;

V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>)

Reforçando a ideia da ampliação da autonomia da vontade, o legislador permitiu que as partes pudessem deliberar de forma quase irrestrita sobre os critérios interpretativos dos seus negócios jurídicos. O fator mais decisivo pode ser visualizado no § 2º, que permitiu com que os contratantes afastassem, por exemplo, as regras do “contra proferendum”, decidissem por utilizar ou não as regras do próprio Art. 113 ou, por fim, pactuassem sobre diretrizes interpretativas diversas.

Tal amplificação da autonomia da vontade vem de encontro, também, com o disposto na alteração do Art. 421, no qual modificou-se a redação do *caput* e inseriu-se o parágrafo único. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Inseriu-se na Lei o Art.421-A e demais incisos:

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

Art. 421-A. 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;

III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

(BRASIL, 2002, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>)

Quanto à interpretação do Art. 420 e parágrafo único, percebe-se que o legislador quis manter o respeito à autonomia privada da forma mais ampla possível o intervencionismo estatal com a menor abrangência possível. A inserção do Art. 421-A tem um reflexo bastante grande na interpretação dos contratos uma vez que reafirma a intenção do legislador em instituir nas normas gerais a presunção de paridade e simetria nas relações contratuais. Logo, a partir do advento da Lei, os contratos cíveis e empresariais presumem-se paritárias e simétricos, sendo a possibilidade de revisão a excepcionalidade. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Em que pese tratar a revisão como excepcional, ela não deve ser considerada como absoluta. Para que ocorra, deve ser levado em conta casos onde há a presença de elementos concretos, os quais potencialmente dependerão, por exemplo, da demonstração de dependência empresarial (ou subordinação empresarial), e não apenas dissimetria financeira ou do desequilíbrio econômico entre as partes. Subordinação empresarial pode ser percebida, por exemplo, em contratos de colaboração onde um contratante tem que organizar sua atividade em função de diretrizes impostas pelo outro contratante. Nesses casos, se abririam portas para o

dirigismo contratual. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Ainda, percebe-se que o inciso I do Art. 421-A se coaduna diretamente com a amplificação da autonomia da vontade do Art. 113, §2, uma vez que acrescenta à possibilidade de estabelecer os critérios interpretativos, a possibilidade de pactuar sobre a os critérios de resolução ou revisão do contrato. (SANTA CRUZ, 2019, <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>)

Também, tem relação direta com outro artigo da Lei: o Art. 3º, VIII, o qual prevê:

São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal:

VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>)

Ou seja, além da liberalidade quanto à escolha de modelos interpretativos próprios, por critérios de revisão ou resolução do contrato e até mesmo pela não utilização dos critérios interpretativos elencados pela própria legislação, a decisão das partes prevalecerá sobre o legislado e sobre o interesse do Estado, desde que tais disposições não firam a ordem pública.

Em que pese tais alterações terem, teoricamente, alargado a autonomia das partes e terem potencial para gerar reflexos favoráveis ao interesse privado, muitos dos dispositivos inseridos pela Lei da Liberdade Econômica não têm o objetivo de inovar o ordenamento jurídico, mas apenas enfatizar direitos e princípios relacionados à liberdade econômica. Pode-se dizer que inúmeras regras já eram reconhecidas pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, de um modo geral, as alterações apenas positivam o que já era admitido na doutrina e na jurisprudência majoritária, representando apenas uma “manifestação simbólica destinada a incutir nos operadores do Direito (especialmente agentes públicos e juízes), uma postura interpretativa menos intervencionista.” (TARTUCE; OLIVEIRA, 2019, <<http://genjuridico.com.br/2019/09/24/lei-da-liberdade-economica-diretrizes/>>)

Seja como for, diante do caráter genérico e da escassez de dispositivos que enfrentam problemas concretos, entendemos que grande parte da nova Lei não altera, em nada, o *status quo* desenhado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e pela doutrina majoritária. Sob essa ótica, grande parte da Lei possui força meramente simbólica e carece de efetividade normativa *in concreto*. A Lei, nessa parte, apenas reforça o *status*

quo para reprimir desalinhos provenientes de decisões judiciais das primeiras instâncias ou de atos administrativos entre os milhares de órgãos públicos. Há, pois, poucos dispositivos que efetivamente inovam o ordenamento jurídico atacando, com especificidade, problemas concretos. (TARTUCE; OLIVEIRA, 2019 <<http://genjuridico.com.br/2019/09/24/lei-da-liberdade-economica-diretrizes/>>)

O fato é que para que a alteração normativa tenha efetividade, é necessário que a interpretação judiciária leve em conta as diretrizes que norteiam o contrato a partir do novo ordenamento, sobretudo, quanto à Análise Econômica do Direito, que é inovador como base interpretativa, e que pode, tendencialmente, viabilizar as alterações, sendo fator diferenciador do entendimento jurisprudencial anterior.

Finalmente, as alterações legislativas no âmbito contratual favoreceram, evidentemente, uma ampliação na autonomia da vontade das partes contratantes e uma menor intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. As modificações e inserções de critérios interpretativos objetivos elencados nos Art.113 e Art. 421, teoricamente deverão ter efetividade na interpretação do judiciário sobre o conteúdo pactuado pelas partes, tendencialmente dando maior força vinculante às suas vontades. Se por um lado há certo ceticismo quanto à efetividade das alterações uma vez que essas já eram reconhecidas pela jurisprudência, por outro as inserções de novas diretrizes interpretativas em função da economicidade da relação jurídica poderão, progressivamente, favorecer a autonomia da vontade.

5 CONCLUSÃO

Primeiramente, ficou demonstrado que o princípio da autonomia da vontade é tema de grande relevância na jurisprudência e na doutrina aplicável aos contratos, tanto no direito internacional como nacional, tendo aplicação prática nas relações jurídicas em âmbito global.

Por segundo, quanto ao objetivo específico e geral de contextualizar os movimentos liberais e sociais que aumentaram ou reduziram a liberdade e a avaliação de como isso afetou e tem afetado a vida do empresário brasileiro, a pesquisa nos permitiu concluir que, de fato, o princípio apresenta variações de amplitude em diferentes Estados e em diferentes épocas. Em âmbito global, pode-se relevar a influência do movimento liberal que iniciou no final do séc. XVII e que progressivamente fez das instituições financeiras e comerciais papel importante na vida do Estado. A autonomia da vontade chegou ao seu ápice durante a revolução industrial e veio a se relativizar com os movimentos sociais da metade do século XIX, como resultado de uma política de projeção econômica dos países hegemônicos, os quais, naturalmente, lucravam com a internacionalização do mercado autorregulado e com o protecionismo dentro de suas fronteiras.

No Brasil, tal assertiva pôde ser vista nos contratos internacionais e nacionais de forma diferente. Nota-se que a liberdade das partes nos contratos internacionais foi praticamente inexistente durante grande parte do séc. XX em função da aplicação da Lei do local de celebração do contrato, vindo a se flexibilizar de forma relevante apenas com o movimento liberalizante dos anos 90, com a Lei da Arbitragem e com a aderência à Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Por outro lado, nos contratos de direito nacional a amplitude da autonomia – a partir do início do século XX – do sujeito que contrata com quem quiser e da forma que quiser, fundamentada basicamente na premissa do *pacta sunt servanda* e na liberdade contratual, permeou até o movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais no final do século XX. A partir da Constituição de 1988, com a inserção de princípios sociais que nortearam Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, a autonomia foi sendo relativizada. As alterações legislativas recentes fortalecem a ideia de uma aproximação aos moldes do contrato clássico e, progressivamente, tendem a distanciar o Estado das relações jurídicas privadas.

Portanto, pode-se concluir que a autonomia da vontade é, sim, um princípio que varia conforme a época e a situação política e econômica de um país em um período, o que naturalmente têm reflexos na liberdade de escolha do empresário brasileiro.

Por terceiro, quanto ao objetivo específico de investigar as características que diferenciam o contrato empresarial das demais relações jurídicas e o contexto econômico no qual deve ser analisado, restou claro que as relações entre empresários devem ser analisadas sob aspectos diferentes dos contratos cíveis puros e, sobretudo, dos consumeristas. As características particulares como a busca pelo lucro de ambas as partes – com as ressalvas da teoria finalista mitigada e de contratos cíveis de natureza imobiliária, por exemplo – o contexto interpretativo fundamentado na segurança e previsibilidade nas relações contratuais vistas sob o aspecto da autonomia contratual ampliada, das regras consuetudinárias do comércio, da boa-fé, dos costumes e outros, exigem do legislador e do judiciário um olhar particular para essas relações jurídicas.

Sob esse mesmo aspecto, ficou constatado que, mesmo com a alteração do eixo interpretativo dos contatos resultantes da constitucionalização dos direitos fundamentais, da revogação do código comercial, da inserção do Código de Defesa do Consumidor e da passagem das regras empresariais específicas para a legislação geral do Código Civil, a interpretação jurisprudencial continuou assegurando a autonomia da vontade das partes de forma ampla.

Portanto, a relativização da autonomia da vontade no contrato contemporâneo, em função dos princípios como a função social do contrato, a boa-fé, justiça social e a na legislação específica, tiveram pouco efeito nas relações contratuais de natureza empresarial.

Por quarto, quanto ao problema das perspectivas recentes de contratação do empresário brasileiro, sob a perspectiva da tendência liberal atual, pode-se afirmar que a aderência do Brasil à CISG é vista com bons olhos por parte dos operadores de direito que trabalham com as relações contratuais internacionais. Percebe-se um avanço progressivo em direção à padronização das normas em âmbito global, o que é benéfico para o empresário brasileiro pois dá mais previsibilidade aos negócios jurídicos que aproxima as relações comerciais com outros países. Analisada sob a perspectiva principiológica e normativa, a Convenção ampliou a liberdade do empresário brasileiro nos contratos internacionais de compra e venda, permitindo que a parte utilize dos princípios consuetudinários da Convenção ou opte pela aplicação de outra normativa, o que praticamente limita a condição elencada na LINDB sobre o local de celebração do contrato.

Sob o mesmo aspecto, a Lei da Liberdade Econômica (13.874/19) favoreceu uma ampliação na autonomia da vontade das partes contratantes e uma menor intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. As modificações e inserções de critérios interpretativos objetivos elencados nos Art.113 e Art. 421 poderão ser considerados como base interpretativa

do judiciário na busca de maior força vinculante à vontade das partes. Se por um lado as alterações estarem sendo vistas como a positivação da interpretação que já vinha sendo feita pelos tribunais, por outro, pode-se considerar que as inserções das diretrizes interpretativas poderão, progressivamente, dar mais ênfase no pactuado pelas partes e fortalecer a segurança jurídica dos contratos realizados.

Finalmente, para responder o problema principal do estudo referente à identificação dos limites que o empresário brasileiro encontra para contratar e estabelecer o conteúdo do contrato nas relações de direito internacional e nacional, considerar que as restrições à escolha de contratar e estabelecer o conteúdo do contrato estão vinculadas à observação de princípios consuetudinários da relação comercial e matérias de interesse público, à natureza do contrato e o contraste interpretativo do judiciário frente a capacidade econômica e instrutiva das partes e a necessidade de garantir segurança e previsibilidade das relações comerciais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. **Valor econômico o que muda com a Convenção de Viena**. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2012. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/valor-economico-o-que-muda-com-a-convencao-de-viena/>>. Acesso em 03 de nov. de 2019.

ARAÚJO, Nadia de. **Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/Uma-vis%C3%A3o-econ%C3%B4mica-do-DIPr-contratos-internacionais-e-autonomia-da-vontade_Direito-e-economia-no-Brasil_2014.pdf>. Acesso em: 03 de nov. 2019.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BRASIL. Capítulo II: Da Concessão de *Exequatur* a Cartas Rogatórias. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF: Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/533/3960>>. Acesso em 25 de dezembro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2002, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

_____. Projeto de Lei n 156.211 de 2011. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 14 de jun. de 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=30D3D9765874D382AF980DBB83E18F09.proposicoesWebExterno1?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em 23 de outubro de 2019.

_____. Medida Provisória 881 de 11 de abril de 2019 (Liberdade Econômica). **Congresso Nacional**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2019.

_____. Lei 9.307 de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em 23 de janeiro de 2018.

_____. Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem: Lei brasileira e praxe internacional**. São Paulo, Editora LTr, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados Cíveis**. Brasília, DF: XL Encontro, 1ª Jornada de Direito Comercial. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>>. Acesso em 27 de agosto de 2019

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Jurisdição paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural**. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2007.

GULLO, Marcelly F. **Proposta e aceitação estudo comparativo acerca da formação de contratos na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e no código civil brasileiro**. Coimbra: Instituto jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/doutrina/D_numero7.pdf>. Acesso em 27 de out. de 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Ética e Moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Os limites da ação do estado**. Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 2004.

MAMEDE, Gledston. **Manual de Direito Empresarial**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

POLANYI, Karl. **La Grande Trasformazione: Le Origine Economiche e Politiche Della Nostra Epoca**. Torino: Giuglio Einaudi Editore, 1974.

REIS, J. R.; DICK, J. H. **Direitos Fundamentais: delimitações da sua influência no Direito Privado**. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, p. 7-40, 2006.

REIS, Jorge Renato. **A função social do contrato e sua efetiva vinculatividade às partes contratantes**. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, p. 109-139, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

_____. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil 4: Contratos, Teoria Geral dos Contratos em Espécie**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

SANTA CRUZ, André Ramos. **Direito Empresarial Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2015

_____. **Curso Sobre a Lei de Liberdade Econômica**. Brasília: CP Iuris, 2019. Palestra (2 horas). Disponível em: <<https://www.cpiuris.com.br/cursos/curso-sobre-a-lei-de-liberdade-economica>>. Acesso em: 20 de set. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional**. Rio de Janeiro: [s.n], p. 153-168, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48317/46511>>. Acesso em 05 de out. de 2019

SILVA, Mauri da; SALIBA, Maurício G. **Globalização e direito: perda de soberania do estado e reforma constitucional na periferia do capitalismo**. [s.l]: Revista Brasileira de Direito, 2015. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/974/951>>. Acesso em 25 de set. 2019

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos Contratos: Temas atuais**. 2 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TARTUCE, Flávio; OLIVEIRA, Carlos E. E. **Lei da liberdade econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no direito civil e nos registros públicos – Parte 1**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/09/24/lei-da-liberdade-economica-diretrizes/>>. Acesso em: 25 de out. 2019.