

A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

SHEILA KEIKO FUKUGAUCHI MIYAZATO¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. TEORIA DO FATO JURÍDICO. 3. CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA. 4. EVOLUÇÃO. 5. AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO CLÁSSICO. 6. AUTONOMIA PRIVADA NO CONTRATO CONTEMPORÂNEO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O contrato é instrumento da engrenagem econômica global que possibilita a livre circulação de riquezas com a segurança jurídica necessária, convergindo interesses das partes sob o fundamento da “pretensão autonomia privada”. É o negócio jurídico por excelência, principal ferramenta jurídica do capitalismo. Num primeiro momento, a clássica autonomia da vontade, marcada pela não intromissão do Estado nas relações privadas, assegurava liberdade contratual formal, resultando no desequilibrado contrato do modelo liberal. Contemporaneamente, o Estado social passa a intervir significativamente nas relações contratuais, legislativa e judicialmente. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo oferecer substrato teórico para o enquadramento adequado da autonomia da vontade no instituto do contrato. Parte-se da noção

¹. Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada Cível. R. Conde Luiz Eduardo Matarazzo, 3 – bloco 4 – apto. 814. CEP 05356-000 Vila São Silvestre – São Paulo – SP Tel: (11) 94460.3592 cel. E-mail principal: fkshela10@gmail.com. E-mail alternativo: sheilakeiko10@gmail.com

de negócio jurídico no contexto dos fatos jurídicos para análise da autonomia da vontade em sua atuação básica. Abordamos os meandros da evolução da autonomia da vontade para autonomia privada e nos propomos a responder as questões acerca da dimensão do basilar princípio da autonomia da vontade no contrato contemporâneo e, se ainda, constitui-se em ponto culminante do contrato como outrora, para tanto a pesquisa vale-se do método histórico, bibliográfico, documental e comparado, utilizando-se de doutrinas nacionais e estrangeiras, textos legislativos, artigos científicos e direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. Autonomia da vontade. Direito contratual contemporâneo. Crise dos contratos.

THE PRIVACY AUTONOMY IN THE CONTEMPORARY CONTRATUAL RIGHT

ABSTRACT: The contract is an instrument of the global economic gear that enables the free circulation of wealth with the necessary legal security, converging the interests of the parties on the basis of the “pretended private autonomy”. It is the legal transaction by excellence, the main legal tool of capitalism. At first, the classic autonomy of the will, marked by the State's non-interference in private relations, ensured formal contractual freedom, resulting in the unbalanced classic contract of the liberal model. At the same time, the social State starts to intervene significantly in contractual relations, in a legislative and judicial form. In this context, the present work aims to offer a theoretical substrate for examining the adequate framework of the autonomy of the will in the contract institute. It starts from the notion of legal transaction in the context of legal facts to analyze the autonomy of the will in its basic performance. We approach the intricacies of the evolution of the autonomy of the will towards private autonomy and we propose to answer the questions about the dimension of the basic principle of the autonomy of the will in the contemporary contract and, if still, it constitutes the culmination of the contract as it used to be, the research uses the historical, bibliographic, documentary and comparative method, using national and foreign doctrines, legislative texts, scientific articles and comparative law.

KEYWORDS: Private autonomy. Autonomy of the will. Contemporary contractual law. Crisis of the contract.

INTRODUÇÃO

O contrato é conceito jurídico relevantíssimo, categoria jurídica fundamental, antes instrumento individual, hoje alçou dimensão social, possibilita

e regulamenta a circulação de riquezas na sociedade capitalista, sempre sob fundamento da autonomia da vontade, particularizada como liberdade de contratar.

O contrato é negócio jurídico, categorizado como ato humano voluntário e lícito, regido pelo consenso de vontades, destinado a constituir relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional. As principais teorias que envolvem as concepções do negócio jurídico são a de concepção subjetiva e objetiva do negócio jurídico, discutem a natureza jurídica atribuída à gênese (vontade) e natureza jurídica vinculada ao objeto (preceito), respectivamente. Filiamo-nos à concepção estrutural trazida por Junqueira de Azevedo², em que o negócio jurídico não é nem gênese, nem função ou objeto, reúne os dois elementos numa estrutura, vertendo-se em categoria e fato.

A autonomia da vontade sofreu mudanças nos últimos tempos em virtude de uma sociedade industrializada, de consumo, massificada, de informação, e também, em razão da evolução do pensamento jurídico-científico. Acirradas discussões pondo em dúvida a existência da vontade no contrato e até do próprio contrato surgiram, como a crise do contrato, a decadência do contrato e a própria morte do contrato. Discussões acerca da criação de um novo instituto apto a envolver nova categoria jurídica, desprovida de autonomia da vontade, foram suscitadas. Houve também aqueles que negaram a supressão ou restrição da autonomia da vontade em face dos novos fatos sociais atinentes à contratação em massa, padronizada, uniforme, obrigatória.

Diante desse cenário, focalizamos as seguintes questões e a elas nos ateremos neste estudo: Qual a dimensão da autonomia da vontade no contrato contemporâneo? Ainda se apresenta como ponto culminante do contrato?

O presente trabalho tem por objetivo oferecer substrato teórico para o enquadramento adequado da autonomia da vontade no instituto do contrato. Parte-se da noção de negócio jurídico no contexto dos fatos jurídicos para análise da autonomia da vontade em sua atuação básica. Abordamos o processo

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia**. 4ª edição – 15ª tiragem. Editora Saraiva: São Paulo, 2002 – reimpressão 2018, p. 24.

de evolução da autonomia da vontade para autonomia privada, para tanto a pesquisa tomou por base doutrinas nacionais e estrangeiras, textos normativos, artigos científicos e direito comparado.

Karl Larenz³ menciona a “missão social” do direito privado, que é a de “establecer condiciones y dictar normas que hagan posible un equilibrio razonable de las fuerzas sociales y de los intereses de um grupo humano y tomen em consideración la necesidad de protección de los economicamente débiles”.

A evolução do contrato passa de uma livre e soberana manifestação de vontade das partes para um instrumento jurídico mais social, submetido a uma série de normas cogentes com viés equitativo. Uma concepção mais social e intervencionista do contrato massificado aparece no CC2002, o qual introduz novos princípios: função social do contrato e boa-fé objetiva no sistema do direito privado ao lado da autonomia da vontade.

2 TEORIA DO FATO JURÍDICO

Na teoria do fato jurídico, suscitando a classificação de Maria Helena Diniz⁴, dentre muitas outras, o fato jurídico possui duas categorias fundamentais: fato natural e fato humano. O fato natural constitui-se em fato jurídico ordinário e extraordinário, sendo o fato humano categorizado como fato humano voluntário e involuntário. Fato humano voluntário ou ato jurídico em sentido amplo, é o ato humano, desdobra-se em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, que é o que nos interessa. O fato humano involuntário é o ato ilícito.

Podemos discernir, basicamente, dentro da órbita do fato jurídico, acontecimentos que decorrem da natureza e os que defluem da atividade

³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1959, t. 1, p. 14.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil**. 35ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2018, v. 1, p. 429.

humana.⁵ Os contratos estão na categoria dos negócios jurídicos, dentre os atos humanos voluntários e lícitos que envolvem a autonomia da vontade. O negócio jurídico difere do ato jurídico em sentido estrito justamente no aspecto da autonomia da vontade.

Maria Helena Diniz ⁶ desenvolve o conceito de ato jurídico strito sensu, deixando claro o elemento distintivo:

O ato jurídico em sentido estrito é o que gera consequências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo regulamentação da autonomia privada. De forma que “o ato jurídico *stricto sensu* seria aquele que surge como mero pressuposto de efeito jurídico, preordenado pela lei, sem função e natureza de autorregulamento”⁷⁹.

A autora⁷ continua o raciocínio na conceituação de negócio jurídico: “É o poder de autorregulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno.” O negócio jurídico é a força de criar o negócio.

Silvio Rodrigues⁸ ressalta que o negócio jurídico representa uma “prerrogativa” conferida pelo ordenamento jurídico ao indivíduo capaz de criar, por vontade própria, relações jurídicas válidas, conformadas com a ordem social.

O negócio jurídico funda-se na autonomia da vontade, ou seja, na liberdade de regência dos próprios interesses através da manifestação de vontade, provocando efeitos, nos limites legais, na medida dos interesses particulares.

Ana Prata⁹ considera que a autonomia da vontade e liberdade de ação humana não são a mesma coisa, para a autora, a autonomia da vontade não

⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 33ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2003, v. 1, p. 156.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil**. 35ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2018, v. 1, p. 483.

⁷ *Ibid.*, p. 491.

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 33ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2003, v. 1, p. 170.

⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 15.

designa toda a liberdade, nem toda a liberdade jurídica, tampouco toda a liberdade jurídica privada. Está ligada apenas à liberdade negocial.

3 CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia privada e autonomia da vontade são muitas vezes usadas como sinônimos, como veremos adiante, mas nesse estudo, consideramos a distinção, tratando a autonomia da vontade como a autonomia clássica e a autonomia privada como a autonomia da vontade inspirada nos novos princípios¹⁰.

Ana Prata¹¹ conceitua autonomia privada como poder do sujeito jurídico de regular sua atividade, realizando negócios e determinando efeitos jurídicos, é o poder de criar normas negociais:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

Orlando Gomes¹² aduz o princípio da autonomia da vontade na seara contratual como liberdade de contratar:

¹⁰ “Ora, em face desse panorama, forçoso admitir a necessidade de se recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la em novos moldes, base do que hoje se chama autonomia privada. E é preciso que, nesse redimensionamento, se analise se à vontade ainda se reserva algum papel, diante da intervenção estatal no campo da liberdade de contratar, cuja extensão justifica se vir criticando mesmo a vetusta separação entre o que é público e o que é privado.” *In* Função social do contrato. Claudio Luiz Bueno de Godoy. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 32. “Neste sentido, os doutrinadores têm elegido a expressão *autonomia privada*, em vez da autonomia da vontade, exatamente porque o preceito se distancia do caráter individualista que possuía.” *In* Princípio do equilíbrio contratual. Andrea Cristina Zanetti. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 56.

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda P. de Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 21.

O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício *desse poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão.

Orlando Gomes¹³ compreende que a liberdade de contratar manifesta-se sob tríplice aspecto, liberdade de contratar propriamente dita, liberdade de estipular o contrato e liberdade para discutir livremente o conteúdo do contrato.

Silvio Rodrigues¹⁴ compreende a autonomia da vontade como prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico ao indivíduo capaz para estabelecer relações jurídicas: “Representa a medida na qual o direito positivo reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos¹⁸⁶.”

Maria Helena Diniz¹⁵ conceitua o princípio da autonomia da vontade como poder dos contratantes de regular a relação obrigacional com respeito às normas jurídicas, interesse da coletividade, ordem pública e bons costumes:

Princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o

¹³ “O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob o tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.” In *Contratos*. Orlando Gomes. Atualização coordenador Edvaldo Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 22.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 33ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2003, v. 1, p. 170.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 33ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2017, v. 3, p. 44.

interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual¹⁶.

Flávio Tartuce¹⁶ conceitua o princípio da autonomia privada como poder indeclinável das partes de autorregulamentar seus interesses, incluindo para a formação do contrato além da vontade, outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais.

Conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

O princípio da autonomia da vontade atua no direito contratual como liberdade de autorregulamentar os interesses, as condições do negócio, escolha da parte contratante e efetivação da própria contratação em si, nos limites da ordem pública, bons costumes, interesses do bem comum, função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

4 EVOLUÇÃO

A autonomia da vontade passou por grandes transformações, desde a concepção do contrato que a tinha como pedra angular, até os dias atuais. A vontade livre é seu poder caracterizador e vem demarcado por um momento

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6ª edição. Editora Método, Rio de Janeiro, 2016, p. 614.

histórico. Só a partir daí, a autonomia da vontade passa a ter relevância jurídica.¹⁷

A noção de autonomia da vontade vem demarcada por um momento de transformação econômica e social, pela passagem do **feudalismo para o capitalismo**, em que os sujeitos passam a ostentar personalidade jurídica e capacidade de direito para realizar negócios jurídicos que envolvem posse e propriedade¹⁸, destacando-se a ruptura do sistema de vassalagem, em que as pessoas não eram livres para gerir seu patrimônio e sua vida privada, estavam submetidas ao senhor feudal, e sequer detinham o poder sobre sua própria força de trabalho¹⁹.

As **principais origens da doutrina da autonomia da vontade** são destacadas por Claudia Lima Marques²⁰: direito canônico, direito natural, Revolução Francesa e liberalismo econômico.

O direito canônico defendia a validade e a força obrigatória da promessa, o simples pacto faz nascer a obrigação jurídica, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação moral e jurídica, o contrato se estabelece como instrumento abstrato e categoria jurídica, livre de formalidades.²¹

O direito natural é a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas autonomia da vontade e liberdade contratual. O período abrangido pela influência do jusnaturalismo foi de dois séculos, 1.600 a 1.800²². Influenciou diretamente a ciência jurídica, legislação e jurisprudência da maior parte dos povos da Europa.

¹⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 13.

¹⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁹ “A ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário destes. Declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente³.” *In* A tutela constitucional da autonomia privada. Ana Prata. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 10.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, ps. 39/43.

²¹ *Ibid.*, p. 40.

²² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, original em 1967, p. 279.

No direito natural, a liberdade de contratar é uma das liberdades naturais do homem, a liberdade só é restringida pela vontade do próprio homem.²³ O nascimento das obrigações tem fundamento na vontade livre dos contratantes.²⁴

O direito moderno nasce com a Revolução Francesa, destacando-se a teoria do contrato social no direito contratual, de Rousseau, em que o contrato é a base da sociedade, sociedade politicamente organizada, o Estado. A autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, os cidadãos. Suas vontades se unem, em contrato, para formar a sociedade. Conduz à ideia do valor da vontade do homem.²⁵

A codificação francesa de 1804 é a maior expressão da Revolução Francesa, que inspirará grande parte dos ordenamentos do mundo, inclusive o nosso, se inspira na autonomia da vontade com a visão clássica de contrato.²⁶

O liberalismo econômico do século XVIII tem foco na livre movimentação de riquezas na sociedade. O contrato é o instrumento que permitirá esse fluxo, portanto necessária a liberdade contratual nesse contexto. O contrato seria justo e equitativo por natureza e teria dupla função: circular riquezas e estabelecer o valor de mercado de cada objeto.²⁷

No **capitalismo**²⁸, um regime de desigualdade econômica em que impera a livre iniciativa, verifica-se a abstenção do Estado na formação do contrato. O

²³Ibidem, ps. 40/41.

²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda P. de Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 6.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 41.

²⁶ *Ibid.*, p. 42.

²⁷ *Ibid.*, p. 43.

²⁸ Luiz Carlos Bresser-Pereira periodiza as fases do capitalismo em **comercial ou mercantil**, também chamada de pré-capitalista, séculos XIV a XVIII, desenvolve-se no decorrer das grandes navegações e na revolução comercial. Nesse cenário, a aristocracia proprietária de terras é ainda dominante, porém uma grande classe média burguesa está emergindo. Nos séculos XVII e XVIII, surgem os primeiros Estados-nação e a revolução industrial desponta com força, tornando a revolução capitalista completa. O século XIX dá início ao capitalismo **industrial ou clássico**, a indústria se aperfeiçoa no fenômeno da primeira revolução industrial. O século XX dá início ao **capitalismo profissional ou tecnoburocrático**, desencadeia-se a partir da segunda revolução industrial, marcada pela revolução da eletricidade, motor a explosão, produção em linha de montagem e do consumo em massa. É consequência da organização e do conhecimento, onde a organização substitui a família na unidade produtiva e o conhecimento substitui o capital como fator estratégico de produção. Uma nova classe média profissional prepondera, dividindo espaço com a burguesia. *In* As duas fases da história e as fases do capitalismo. Luiz Carlos Bresser-Pereira.

princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes nas relações contratuais. Ocorria a “presunção” da livre discussão em relação aos interesses divergentes e a conclusão por um denominador comum na relação contratual, já que as partes eram iguais e livres, prescindiam de intervenção legislativa para coibir o desequilíbrio nas disposições.²⁹ A igualdade de partes operava-se com base na forma e não observava o conteúdo substancial do contrato.

A economia moderna, capitalista, detinha os pilares do livre comércio e da livre concorrência. Nesse sistema, qualquer um poderia participar do mercado, seria livre para concorrer e usar de qualquer meio para retirar o concorrente do mercado, primava por um produto cada vez mais barato, mais eficiente, com mais atrativos, o que beneficiava a qualidade da mercadoria.

O liberalismo econômico alicerçou uma autonomia privada mais intensa e com o passar dos anos a autonomia privada torna-se desenfreada, causando desequilíbrio nas relações contratuais, o negócio jurídico passa a sofrer intervenção do Estado para arrefecer as diferenças de forças entre as partes, coibir abusos, equilibrar as relações, com vistas a legitimar a autonomia privada em prol de um mercado saudável e mais igualitário.³⁰

O ato de obrigar-se resultava inclusive na “limitação da liberdade”, era ato contido na pretensa autonomia da vontade, livre de todo o constrangimento por fundar-se na própria liberdade de celebrar. Essa ampla liberdade estava pautada na “opção” de contratar ou não. Pelo princípio da autonomia da vontade, a limitação da liberdade seria voluntária e os efeitos jurídicos posteriores presumiam-se desejados pelas partes.³¹

A autonomia da vontade não é imutável, ela inspira o negócio jurídico, e vai se desvalorizando a medida em que a noção de negócio jurídico sofre

In Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV-EESP. Textos para discussão 278. Maio de 2011.

²⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda P. de Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 25.

³⁰ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 29.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização Edvaldo Brito e Reginalda P. de Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 25.

transformações. Negócio jurídico e autonomia da vontade sofrem influências recíprocas e conjuntas com a transformação social.³²

O século XXI é marcado por profundas transformações na sociedade econômica brasileira, o direito demonstra esforço na adaptação do contrato para o novo momento.

5 AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO CLÁSSICO

A autonomia da vontade nasce em momento de refutação à estrutura feudal e ao modelo estatal absolutista, cenário de plena ingerência estatal. Os conclamados direitos de primeira geração, as chamadas “liberdades”, fortalecem o ideário liberalista, que dá ensejo à plena liberdade de contratar.³³

O liberalismo econômico pedia uma ampla liberdade de contratar, ocorria o desprendimento da propriedade dos poderes feudais, impedia-se a circulação daquela. O contrato surge como instrumento de acesso da nova classe social, a burguesia, à propriedade. O modelo agrário cedia passagem para o comercial e industrial e a força de trabalho precisava de um meio para se ligar aos proprietários dos meios de produção.³⁴

Ana Prata³⁵ apresenta os contornos da autonomia da vontade no negócio jurídico:

É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autónomo e operativo; e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu carácter de realização da liberdade económica. O negócio é a afirmação

³² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 26.

³³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 30.

³⁴ *Idem*.

³⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Editor Edições Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão 1982, p. 11.

da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre⁴.

A liberdade contratual é formal, livre das interferências do Estado, do que era público, basta que haja acordo entre as partes, estabelecido com a celebração do contrato, sob o princípio *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes.

A doutrina da autonomia da vontade considera que a única fonte da obrigação contratual é a vontade das partes. A vontade humana é elemento nuclear e não a autoridade da lei, que se estabelece apenas como um limite. A lei tem posição de garantidor da vontade das partes e se apresenta em caráter supletivo. A autonomia da vontade também assegura que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, dando azo à teoria dos vícios do consentimento.

A função da lei era proteger a vontade livre e assegurar os efeitos contratados, assegurando a teórica autonomia da vontade e a liberdade de contratual. Esse pensamento influenciou as grandes codificações, inclusive o CC16.³⁶

6 AUTONOMIA PRIVADA NO CONTRATO CONTEMPORÂNEO

O pensamento jurídico alterou-se radicalmente, havendo uma concepção negativa acerca da liberdade que escraviza e a lei passa a ser ferramenta de libertação da relação limitadora da vontade das partes em real igualdade.

37

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 36.

³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização coordenador Edvaldo Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 25.

A liberdade contratual converte-se em escravidão contratual da sociedade. A liberdade sem restrições transforma-se em servidão. À lei cabe reverter a situação por meio de limitações a essa mesma liberdade para restabelecer a liberdade social de contratar. Célebre a advertência do Padre Lacordaire ao afirmar que entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta: “*ente le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*”.³⁸

Os contratos de massa, cuja oferta é pública e indistinta a um universo indefinido de pessoas; os contratos obrigatórios, os exigidos em ajuste preliminar, ou prorrogados pela lei, como no caso de certas espécies de locação; os decorrentes de monopólio ou prestação de serviços essenciais; os contratos de adesão; os contratos de interesse social como os locatícios e os de trabalho, são exemplos de uma realidade de contratação que altera as bases da liberdade de contratar, atingindo a clássica autonomia da vontade.³⁹

As relações negociais alcançaram patamares vultosos, a indústria se reformulou para produção em escalas globais, o mercado de serviços se refinou, apresentando uma variedade qualitativa e quantitativa expressiva, com o grande desempenho tecnológico para aceleração de todas as relações.

O contrato clássico não é mais suficiente para reger as relações privadas. Surge, fortemente, a figura do contrato de adesão e impõe-se a necessária ingerência do Estado nas relações privadas, balizando as relações contratuais, com inserção de princípios e normas para frear a autonomia da vontade desequilibrada em razão da vulnerabilidade de uma das partes nas contratações massivas, fenômeno peculiar após a revolução industrial.⁴⁰

³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 35.

³⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁰ “Muitos contratos passaram a se formar pela *adesão* inevitável de uma das partes às cláusulas impostas pela outra. Por outro lado o conteúdo de outros veio a ser regulamentado insubstituivelmente por preceitos legais imperativos. Tais alterações atingiram a liberdade de formação do vínculo contratual, influndo no próprio *conceito de contrato*. Falou-se, então, na *decadência do contrato*,¹¹ porque as cláusulas de alguns deixaram de ser livremente determinadas pelas partes. Afirmou-se que a noção clássica deixara de corresponder à realidade. Relações jurídicas, oriundas tradicionalmente de contrato, passaram a ser explicadas com efeito de causa diversa, admitida, como foi, por certas correntes doutrinárias, a natureza

Enzo Roppo⁴¹ reconhece a preeminência do contrato face ao fenômeno da contratação em massa, o contrato não morreu, ele continua como essência de circulação econômica, readaptado às vicissitudes operantes na vida moderna. Assim também ocorre com a autonomia privada, que se refaz em novo ambiente. A autonomia da vontade no contrato contemporâneo ainda é ponto fundamental, não há contrato sem vontade das partes, porém referida autonomia não se revela exclusiva e integral para reger o negócio jurídico.

Claudio L. Bueno de Godoy assevera que, em face do novo panorama, necessária a recompreensão da autonomia da vontade, explicando-a conforme os novos moldes, base do que hoje é denominada “autonomia privada”.⁴²

Andrea Cristina Zanetti⁴³, também prestigia o termo autonomia privada para designar o novo modelo: “Nesse sentido, os doutrinadores têm elegido a expressão autonomia privada, em vez de autonomia a vontade, exatamente porque o preceito se distancia do caráter individualista que possuía.”

É nesse momento que o Estado Liberal cede lugar ao Estado Social, impregnado de novos valores, da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, pugnando por uma igualdade substancial, nesse novo modelo, efetivando-os

unilateral do ato de formação.” *In* Contratos. Orlando Gomes. Atualização coordenador Edvaldo Brito. 27ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 25.

⁴¹ “O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua *função fundamental* no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de *instrumento da liberdade de iniciativa econômica*. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designamos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de <autonomia da vontade individual>, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de actuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o <dogma da vontade>.” *In* O contrato. Enzo Roppo. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina, Coimbra, 1988, p. 310.

⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 32.

⁴³ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 56.

pela intervenção legislativa e judicial no contrato, e conseqüentemente na liberdade em estabelecê-lo.⁴⁴

Andrea Cristina Zanetti⁴⁵ comenta a transição:

A razão para esta mudança de posicionamento, ou seja, do conceito individualista e liberal da autonomia da vontade para um conceito de autonomia privada afetado pelo dirigismo contratual²³, não está somente na constatação de que o contratante nem sempre possui liberdade de contratar²⁴, de escolher o contratado, ou ainda de determinar o conteúdo do contrato²⁵ no cotidiano da vida em sociedade, mas, sobretudo, porque é fácil constatar abusos e aproveitamento da condição do contratante mais débil nestas situações²⁶.

Opera-se o reconhecimento aos valores constitucionais fundamentais e a normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que efetivam aqueles valores, ampliando-se as fontes do contrato.⁴⁶

Andrea Cristina Zanetti⁴⁷ bem observa: “A autonomia privada, assim concebida, encontra limites na ordem jurídica de forma efetiva, buscando garantir que as relações jurídicas estejam de acordo com preceitos como igualdade, liberdade, solidariedade, justiça social¹⁹, enfim, princípios constitucionais e direitos fundamentais da pessoa.”

A autonomia da vontade não desapareceu, ainda é essencial ao contrato, pois sem vontade das partes não há contrato, porém passa a ter campo residual na formação do negócio jurídico, compartilhando espaço com normas constitucionais e legais, respeitando um limite que lhe é intrínseco, vindo de fora,

⁴⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 31.

⁴⁵ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 57.

⁴⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 32.

⁴⁷ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p.56.

do ordenamento jurídico. A esse respeito, cite-se o Enunciado n. 23 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, também observa Enzo Roppo⁴⁸:

1.4. Autonomia privada e fontes <heterônomas> da determinação do regulamento contratual

Das considerações desenvolvidas no número precedente resulta, portanto, que a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1322º c. 2º cód. civ. estão, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema do direito positivo. O mesmo vale – podemos acrescentar – para os outros aspectos em que se manifesta, em concreto, o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual.

Não houve esvaziamento do que é público ou privado, publicizando o que é privado, na situação em que o Estado intervém na liberdade dos indivíduos, ou privatizando o que é público, quando negócios jurídicos típicos dos particulares são celebrados pelo Estado.⁴⁹ O direito público não subjuga o privado, as regras públicas interventivas visam assegurar o campo de atuação privada das partes, garantindo-lhes uma liberdade real.⁵⁰ O Estado Social, intervencionista, que valoriza a ordem jurídica de caráter social tem o direito público e o privado interpenetrando-se, não estão lado a lado, não estão separados por uma fronteira rigorosa. Ora confundem-se, ora invadem-se reciprocamente.⁵¹

⁴⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Editora Almedina, Coimbra, 1988, p. 137.

⁴⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, ps. 32/33.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁵¹ *Ibid.*, p. 34.

A liberdade de ação é expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto da dignidade da pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º, III, CF. Entretanto, é também papel do Estado assegurar e distribuir o bem-estar social.⁵² A efetiva liberdade jurídica consiste na liberdade natural sofrendo restrições de ordem pública, justamente para constituir-se como fim do direito, para cujo alcance o direito objetivo impõe deveres aos indivíduos.⁵³

O valor da liberdade não deve ser reduzido à liberdade econômica, de perseguir a maior vantagem possível, desmedidamente. O contratante é pessoa humana cujas garantias e direitos fundamentais são assegurados constitucionalmente, o respeito à dignidade e solidariedade impulsionam o Estado a intervir nas relações privadas para assegurar a efetiva proteção da liberdade dos indivíduos, de forma equilibrada e saudável.⁵⁴ A autonomia não é da vontade, mas da pessoa humana.⁵⁵

O princípio da autonomia privada não se exaure em si mesmo, aspecto característico da clássica autonomia da vontade, ele divide espaço com toda a gama principiológica constitucional⁵⁶: princípio da dignidade humana, igualdade, solidariedade social, desenvolvimento, livre iniciativa, justiça social; principiológica do Código Civil⁵⁷: eticidade, socialidade, operabilidade; principiológica contratual⁵⁸: força obrigatória dos contratos, consensualismo, função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material; e normas de ordem pública e bons costumes.

Ressalte-se que, parte da doutrina, já verifica uma nova fase, a “pós-moderna”, resulta da globalização e conseqüente busca da desregulamentação estatal das relações contratuais, fruto do enfraquecimento da figura do Estado

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁴ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 57.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6ª edição. Editora Método, Rio de Janeiro, 2016, p. 612.

⁵⁶ *Ibid.*, ps. 84/98.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁸ *Ibid.*, p.104.

como modelo de organização política. A competitividade e flexibilidade dos mercados requer formas mais fluidas de estruturação da civilização.⁵⁹

Nesse sentido, Claudia Lima Marques⁶⁰ observa:

Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito.⁵²² Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito⁵²³ de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual⁵²⁴ e se modificam com uma velocidade assustadora.⁵²⁵ Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução,⁵²⁶ de fragmentação,⁵²⁷ de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade,⁵²⁸ de desregulamentação⁵²⁹ e de deslegitimação⁵³⁰ de nossas instituições, de desdogmatização do direito;⁵³¹ para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.⁵³² Este fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos,⁵³³ mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica⁵³⁴ e da verdade, também em nossa ciência, o direito⁵³⁵. Fenômeno contemporâneo à globalização⁵³⁶ e à perda da individualidade moderna,⁵³⁷ assegura novos direitos individuais à diferença,⁵³⁸ destaca os direitos humanos,⁵³⁹ mas aumenta o radicalismo e o conservadorismo acrítico das linhas tradicionais.⁵⁴⁰

O século XXI marca momento de profundas e aceleradas modificações que repercutem em toda a sociedade, e certamente, com profundidade nos contratos. É tempo de reflexões e muito mais necessário o repensar dos princípios que precisam delinear a autonomia privada de forma a configurar a plena liberdade em bases reais para projeção do bem-estar comum, que perpassa as fronteiras do Estado e atinge dimensões maiores e mais complexas.

⁵⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, ps. 22/23.

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, ps. 153/155.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a teoria do fato jurídico, o contrato é um negócio jurídico por natureza, fato humano, lícito, cujo conteúdo é direcionado inicialmente para uma ampla autonomia da vontade. Autonomia da vontade hoje transformada para adaptar-se às vicissitudes sociais, que envolvem um novo negócio jurídico, por consequência, um novo contrato.

A autonomia da vontade no atual modelo enseja o princípio da autonomia privada, alicerçado no novo paradigma, do Estado social interventivo, que atua legislativa e judicialmente para frear a desequilibrada liberdade contratual formal, que não assegura a liberdade social real.

A autonomia da vontade iniciou-se na transição do feudalismo para o capitalismo, consolidou-se na fase do liberalismo industrial ou clássico, alimentou a doutrina do liberalismo econômico, do Estado Liberal, sem intervenção do Estado, como oposição à política feudal e absolutista de outrora, marcado pelos direitos de primeira geração, com fulcro no valor da liberdade, porém liberdade formal, que calibrava um mercado suficiente em si mesmo, onde o próprio sistema mantinha os bons e repelia os deficientes para um mercado ótimo, desenvolvendo cotidianamente um produto melhor quantitativa e qualitativamente. O declínio da autonomia da vontade nesses moldes se deu pelo desenfreado desequilíbrio das relações contratuais, que culminou no Estado Social, interventor nas relações privadas.

O contrato clássico foi marcado pela ampla autonomia da vontade, um Estado Liberal, numa economia capitalista, que desenvolveu o liberalismo econômico. Todo esse sistema sustentava a ascensão da classe burguesa, dos donos do capital, numa economia capitalista que deu mobilidade à propriedade e ao trabalhador, gestou a indústria e o livre comércio. O contrato foi o instrumento que concretizou a circulação de riquezas. Nasceu, desenvolveu-se, reestruturou-se em novo movimento social.

O contrato contemporâneo é marcado pela crise da autonomia da vontade irrestrita, dando fim à igualdade contratual formal, e primando pela igualdade substancial e real para coibir abusos e exploração da parte contratante mais débil. O Estado passa a intervir, surgindo dessa forma, o Estado Social, interventor, como legislador e juiz, nas relações privadas para frear o desequilíbrio das relações contratuais. A liberdade formal não corresponde a uma liberdade social, a ausência de liberdade substancial levou o direito privado a rever a autonomia da vontade nos seus moldes clássicos, não a desprezando, mas reconectando-a ao direito público para assegurar uma liberdade real.⁶¹

A liberdade, primeiramente, é direito ínsito ao homem, direito pessoal, que se funda na pessoa humana, na dignidade do ser, dessa forma assenta-se nos princípios fundamentais, de índole constitucional, da dignidade da pessoa humana e solidariedade. A dignidade da pessoa humana dá existência a inúmeros outros princípios que coadunam com todos os demais e com a normatização infraconstitucional.

A autonomia da vontade é reformulada em novo contexto, dando azo ao surgimento do chamado princípio da autonomia privada. A autonomia da vontade ainda constitui essencialidade do contrato, porém atendendo ao sistema jurídico atual, sob o comando de um Estado Social, interventivo, e não mais do Estado Liberal.

Parte da doutrina já trata de uma nova fase, a pós-moderna, que prevê uma desregulamentação das relações contratuais que exigem maior fluidez e competitividade, diante do novo cenário. A sociedade transforma-se aceleradamente, fruto das constantes transformações sociais que hoje ancora-se na globalização, tecnologia, desmaterialização das relações contratuais, refinamento de serviços. Isso indica que a reconfiguração da autonomia da vontade e reflexão sobre novos princípios foi imperiosa.

⁶¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 36.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Priscila Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia**. 4ª edição – 15ª tiragem. Editora Saraiva: São Paulo, 2002 – reimpressão 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. As duas fases da história e as fases do capitalismo. **Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV-EESP**, São Paulo, Textos para discussão 278, Mai/2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil**. 35ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 33ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, v. 3.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda P. de Brito. 27ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1959, t. 1.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - O novo regime das relações contratuais**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Edições Almedina, 2016, reimpressão 1982.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 33ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, v. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Editora Almedina, 1988.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, original em 1967.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.