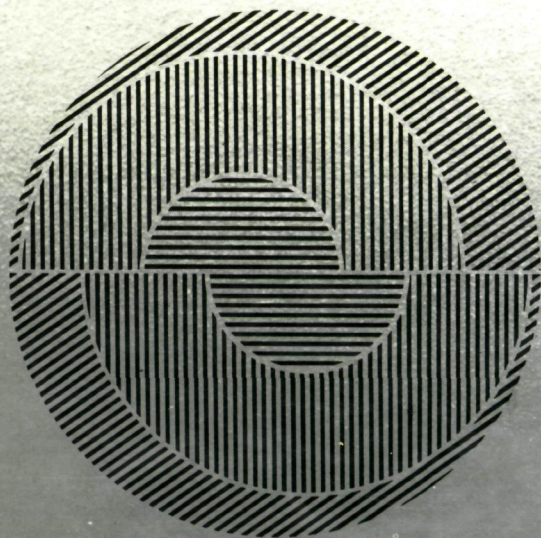


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1989

ANO 26 • NÚMERO 102



A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica

Perspectivas estrutural e funcional

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO

Professor de Direito Civil nos Cursos de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Pontifícia Universidade Católica

SUMÁRIO

1. Introdução. A crise do direito, a necessária revisão das fontes e a conveniência de uma reflexão sobre a junção atual da autonomia privada. 2. Pressupostos conceituais. O papel da vontade na nomogênese jurídica. Vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada. 3. Autonomia privada. Conceito e natureza, em uma perspectiva estrutural e dogmática. 4. Fundamentos da autonomia privada. A liberdade e o personalismo ético. 5. A formação histórica do conceito. Fatores morais, políticos e econômicos que presidiram à sua formação. 6. A junção histórica da autonomia da vontade. Fundamento ideológico. 7. Consequências jurídicas da inserção do princípio da autonomia da vontade no sistema jurídico. 8. As críticas à autonomia da vontade. Argumentos de ordem filosófica, moral e econômica. 9. A evolução do direito civil. A intervenção do Estado e os limites da autonomia privada. 10. A funcionalização dos institutos de direito privado. A autonomia privada numa perspectiva funcional. Conclusão.

Trabalho escrito para o livro em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia.

1. *Introdução. A crise do direito, a necessária revisão das fontes e a conveniência de uma reflexão sobre a junção atual da autonomia privada*

Reiteradas afirmações e uma generalizada convicção de que o direito está em crise⁽¹⁾, causando nos juristas um estado de perplexidade e incerteza que os torna vulneráveis ao sentimento comum de angústia contemporânea⁽²⁾, e a certeza de que, ao refletir sobre essa crise, mister se torna dedicar significativo espaço ao tema das fontes do direito, pois que reciprocamente implicadas a própria concepção do direito e a teoria das fontes⁽³⁾, tornam conveniente, se não necessária ao jusprivatista, uma reflexão sobre a autonomia privada, enfrentando o problema de saber se, e em que medida,

(1) A crise do direito é um processo que se evidencia de vários modos. Uns afirmam que o direito está em declínio (GEORGES RIPERT, "Le déclin du droit" in *Études sur la Législation Contemporaine*, Paris, L.G.D.J. 1949), outros pregam o seu desaparecimento (K. STOYANOVITCH, "La théorie marxiste du dépérissement de l'Etat et du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris, Sirey, 1963, E. B. PASUKANIS, *La Théorie Générale du Droit et le Marxisme*, Paris, EDI, 1970 e a corrente marxista em geral), tudo isso como produto da insegurança gerada pelo desenvolvimento do direito no pós-guerra e a respectiva inflação legislativa, a atestar que, mais do que nunca, o racionalismo jurídico obedece às leis de um racionalismo econômico e aos imperativos políticos vigentes. Outros reconhecem que o direito reduziu o seu campo de atuação e a sua própria importância, perdendo a dogmática o seu ideal de panjurismo (JEAN CARBONNIER, "L'hypothèse du non-droit", *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris, Sirey, 1963), em face do crescimento das demais ciências sociais. Outros ainda contestam o próprio sistema jurídico e o funcionamento do Poder Judiciário, pondo em evidência as contradições entre o discurso do direito e a sua prática, sedimentando-se a opinião de que o direito e a justiça não correspondem às condições da vida atual. Podem identificar-se nesse posicionamento crítico, de modo geral, três questões: a contestação da ideologia jurídica subjacente ao direito atual, isto é, a tendência a justificar a existência e a eficácia do ordenamento jurídico com base em valores morais que apenas ocultam os valores político-econômicos e os sistemas de pensamento que verdadeiramente lhe servem de suporte ideológico (FRANÇOIS RIGAUX, *Introduction à la Science du Droit*, Bruxelles, 1975, MICHEL MIAILLE, *Une Introduction Critique au Droit*, Paris, Maspero, 1976, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les Juristes face à la Société, du XIXe Siècle à nos Jours*, Paris, P.U.F. 1975; o próprio funcionamento da justiça contenciosa, que se limita à tentativa de pôr fim a conflitos de interesses sem maior interesse em transformar a situação jurídica que o determina; e a própria importância das leis, como normas gerais, superadas pelas normas individuais e concretas da atividade administrativa e convencional (Cfr. PAUL ORIANNE, *Introduction au Système Juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 7 a 17). E ainda, BRUNO OPPETIT, *L'Hypothèse du Déclin du Droit* e CHRISTIAN ATIAS, "Une crise de légitimité Seconde" in *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, 4, Paris, P.U.F., 1986. Cfr. ainda CASTANHEIRA NEVES, *O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema atual do direito*, conferência proferida no IV Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, setembro de 1987.

(2) JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris, L.G.D.J., 5ª éd. 1988, pp. 153 e segs.

(3) CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do direito* in *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, Lisboa/S. Paulo, 1984, p. 1514. Cfr. R. LIMONGI FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1969.

esse princípio pode realizar-se como fonte de direito, em face do conflito atual da doutrina individualista com as tendências sociais que mantêm em aberto a velha oposição entre a idéia individual e a idéia social no direito privado. Além disso, a apregoada crise do direito abrange também a problemática da autonomia privada, se bem que de forma diversa, e até surpreendente, pois, se de um lado limita crescentemente o seu exercício e alcance, pela presença atuante do Estado nos setores de natureza econômica, por outro lado reafirma a sua importância e função com o "recrudescimento da mística contratual" (4), e o uso crescente do negócio jurídico, o instrumento por excelência de sua realização.

Justifica-se ainda a escolha do tema pelo reduzido interesse que tem suscitado nas obras jurídicas de Portugal e do Brasil (5) diversamente do que se tem verificado em outros sistemas onde a produção bibliográfica é realmente expressiva (6). Razões de natureza histórico-cultural, a encobrir valores políticos e até religiosos, devem poder justificar tal posicionamento doutrinário, que não se coaduna, porém, com o processo de intensa renovação legislativa que vem marcando o direito português e o direito brasileiro das últimas décadas.

(4) ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1963, p. 88.

(5) ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 5; v. ainda, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Temas Fundamentais do Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 251 e segs. No direito brasileiro, ORLANDO GOMES, *Autonomia privada in Enciclopédia Saraua do Direito*, vol. 9, S. Paulo, 1977, p. 268; FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 43 e segs., e ainda, "A autonomia privada como poder jurídico", in *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

(6) Cfr. entre outros, para o direito alemão, KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, München, 1977, VERLAG C.H. BECK, par. 2, II, e); WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg, Ney York, 1976, p. 1; FRANZ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen der verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wein, 1987; FRITZ VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin, 1936; ALFREDO MANIGK, *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935; HANS MERZ, *Privatautonomie heute. Grundsatz und Wirklich Keit*, 1970; para o direito italiano, LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1969; EMILIO BETTI, "Autonomia Privata", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1974; SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, VI; LUIGI CARIOTA-FERRARA, *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano Editore, 1948; SALVATORE PUGLIATTI, "Autonomia privata", *Enciclopedia del Diritto IV*, Milano Giuffrè, 1959; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L'Autonomia dei Privati nel Diritto dell'Economia*, *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, Casa Edit. EUGENIO JOVENE, 1961, I, GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del Negozio Giuridico*, Padova, 1947; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, Casa Edit. EUGENIO JOVENE, 1960; para o direito francês, por todos, JAQUES GHESTIN, *Traité du Droit Civil — le Contrat*, Paris, LGDI, 1980; para o direito espanhol, JOSÉ ANTONIO DORAL Y MIGUEL ANGEL DEL ARCO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, 1982; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, INGY, 1971.

Por sua formação histórico-filosófica, a explicitar-se adiante, a autonomia privada "problematiza as relações entre a vontade e a norma", levando a concepções doutrinárias diversas, conforme se polarize sobre a primeira, de natureza subjetiva, em que se dá proeminência aos interesses do agente, ou sobre a segunda, em que se visam os interesses gerais da comunidade, realçados pelo caráter objetivo da declaração normativa. E liga-se ainda, e portanto, ao conceito de poder ou de autoridade, que também se vincula ao de liberdade. Fundamenta-se, assim, a afirmativa de que o tema escolhido, na problemática de sua existência e eficácia atual, apresenta-se comum a vários campos de direito, passando da filosofia à teoria geral, e desta à dogmática jurídica, suscitando questões e problemas vários que se perspectivam conforme o posicionamento ideológico e metodológico do jurista-intérprete.

Embora reconhecendo que o problema da autonomia privada transcende o campo do direito civil, considerando-se este como abrangente de todas as relações privatísticas (7), e diretamente se ligue à temática das fontes do direito, devemos limitar-nos aqui à matéria civilista que, tendo por base o fundamento a pessoa humana (8), é, indiscutivelmente, o *habitat* natural do tema e, em termos mediatos, à consideração de seu instrumento de realização, o negócio jurídico, o campo onde se levanta, precisamente, o problema fundamental de sua eficácia e de seus limites, ou ainda, a autonomia privada como princípio e o negócio jurídico como processo ou modo constitutivo de sua positivação (9).

O entendimento de tais questões deve partir, inicialmente, de um perfil *histórico*, como expressão de uma experiência que se protraí ao longo dos séculos de existência dos chamados povos cultos, o que nos fornece os elementos necessários à percepção da gênese, desenvolvimento, cristalização e, finalmente, declínio do conceito, isto pelo advento da sociedade techno-industrial onde se afirma monopolisticamente o poder de intervenção do Estado, para depois chegar a outro perfil de natureza *lógica*, em que se considere a hipótese de um ordenamento jurídico que privilegie ou se baseie na vontade particular. A isto se conecta a chamada autonomia negocial, que pressupõe definir o negócio jurídico como ato e como instrumento de autonomia privada, como auto-regulamento dos próprios interesses do agente, em suma, como fonte normativa (10).

Na consideração de todos esses aspectos, todavia, levantado o fio de continuidade histórica da experiência jurídica focalizada, que viu nascer o

(7) SANTORO-PASSARELLI, *Doutrine Generale del Diritto Civile*, Napoli, EUGENIO JOVENE, 9ª ed., 1971, p. 19.

(8) HERNANDEZ GIL, *El Concepto del Derecho Civil*, apud FEDERICO PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, I, Madrid, Ediciones Pirámide S/A, 1976, p. 21.

(9) CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 1.566. Com posição diversa, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, S. Paulo, Saraiva, 1974.

(10) LARENZ, *op. cit.*, p. 35; FLUME, *op. cit.*, pp. 1 e segs.

conceito de autonomia como expressão do poder jurígeno dos particulares, cristalizado nas estruturas coerentes, unitárias e hierarquizadas da dogmática positivista, deve utilizar-se uma perspectiva funcional própria, na qual o direito seja produto da experiência jurídica geral (e não de uma classe) livre, inovadora, realística e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Ora, num sistema aberto têm cada vez mais importância as fontes extralegislativas⁽¹¹⁾, contrariando-se assim um dos mais caros dogmas do positivismo, a lei como única ou principal fonte do direito. E abrem-se as portas para os pluralismos sociais, políticos e jurídicos, expressos em correlatos subsistemas, todos inter e complexamente relacionados entre si⁽¹²⁾. É nesse aspecto de vinculações que situa-se a autonomia privada, como princípio normativo-jurídico fundamento da civilística contemporânea, em função do debate que se trava entre a tendência individualista e a tendência social⁽¹³⁾, do que se infere a hipótese de que o que está em crise não é propriamente a autonomia em si, mas uma determinada concepção ou perspectiva sua.

2. *Pressupostos conceituais. O papel da vontade na nomogênese jurídica.*

Vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada

A atividade espiritual do homem desenvolve-se de dois modos diversos, o conhecer e o querer. Pela primeira, apreendem-se os objetos, faz-se a sua captação mental⁽¹⁴⁾; pelo segundo, exercita-se uma faculdade em direção a um fim ou valor.

Sob o ponto de vista psicológico, a vontade é, assim, uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido.

Mas não só psicologicamente se pode apreciar a vontade. A ética, a filosofia, o direito, são outros campos de conhecimento em que a vontade se torna objeto de consideração.

Eticamente, a vontade traduz-se em uma atitude ou disposição moral para querer algo. Metafísica ou filosoficamente, é uma "entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos"⁽¹⁵⁾.

(11) NORBERTO BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milano, Ed. Comunità, 1977, p. 51.

(12) ORIANNE, *op. cit.*, pp. 145 e segs.

(13) GIOELE SOLARI, *Filosofia del Diritto Privato, I, Individualismo e Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 24 e segs.

(14) JAIME M. MANS PUIGARNAU, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S/A, 1978, p. 167. WALTER BRUGGER, *Dicionário de Filosofia*, trad. portuguesa de Antonio Pinto de Carvalho, S. Paulo, Herder, 1962, pp. 557 e 558.

(15) FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 5ª ed., 1965, II, p. 919.

A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades (16). Em razão do fim proposto, a vontade move-se a si mesma.

Para o direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica.

Vontade psicológica e vontade jurídica não são, porém, coincidentes. Enquanto que a psicologia conhece a vontade como "tipo especial de tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realizá-lo", estudando-a no campo do ser, o direito aprecia-a no campo do dever ser, no campo da dogmática jurídica, reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo. Para o direito, portanto, a vontade tem grande importância na gênese dos direitos subjetivos, sendo critério diferenciador dos fatos e atos jurídicos, e critério doutrinário de justificação desses mesmos direitos.

A possibilidade, faculdade, que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade que, no direito, tem grande importância pelos limites que se põem à sua atuação (sendo um conceito plurívoco, de extrema complexidade, a liberdade pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica, que é a que nos interessa) (17).

A liberdade jurídica é, portanto, a possibilidade de a pessoa atuar com transcendência jurídica (18). Se encarada sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência,

(16) BERNARD WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, Torino, UTET, 1902, pp. 173 e segs.

(17) A liberdade é conceito plurívoco, de extrema complexidade. Pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica. Cfr. FERRATA MOBA, *op. cit.*, II, p. 19; JOAQUIM DE SOUZA TEIXEIRA, "Liberdade", in *Pólis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa, Editorial Verbo, vol. 3, 1985, pp. 1090 e segs.

(18) MANUEL GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil, I, Parte General*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S/A, 1970, p. 207.

o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, psicológica⁽¹⁹⁾, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas⁽²⁰⁾. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que, subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros⁽²¹⁾.

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores⁽²²⁾.

Diretamente conectada à concepção da autonomia da vontade como poder jurídico está a teoria normativa do negócio jurídico, pela qual este, como instrumento de realização da autonomia privada, é declaração de vontade criadora de normas jurídicas.

3. *Autonomia privada. Conceito e natureza, em uma perspectiva estrutural e dogmática*

Por tudo o que foi dito, a autonomia privada surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido.

(19) GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del Negozio Giuridico*, trad. esp. de JAIMÉ SANTOS BRIZ, Madrid, 1959, p. XII.

(20) LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 5.

(21) SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 24 e segs.

(22) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 209.

Sob o ponto de vista institucional e estrutural, tradicionalmente dominante na teoria geral do direito, pois que se têm preocupado mais os teóricos em saber como o direito é feito do que, na verdade, para que ele serve⁽²³⁾; a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo⁽²⁴⁾ num reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada⁽²⁵⁾, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade⁽²⁶⁾.

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial.

Quanto à sua natureza, a autonomia privada é verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade de o sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem⁽²⁷⁾.

O poder jurídico⁽²⁸⁾ realiza-se através da criação de normas jurídicas, quer pelos particulares, no exercício da autonomia privada, quer pelo Estado, no exercício da sua competência que a lei maior lhe confere e regula. No primeiro caso, o poder é normativo, e realiza-se através de negócios jurídicos em senso estrito, ou ações materiais, que não constituem manifestações de autonomia. De qualquer modo, o poder jurídico é sempre manifestação de capacidade jurídica, pressuposto das relações e dos direitos subjetivos⁽²⁹⁾.

Não sendo função do jurista o estudo do poder, seu nascimento e exercício, interessa-lhe, porém, a relação que existe entre o poder e o direito,

(23) BOBBIO, *op. cit.*, p. 63.

(24) FLUME, *op. cit.*, p. 1.

(25) LARENZ, *op. cit.*, p. 29.

(26) JOSÉ ANTONIO DORAL e MIGUEL ANGEL DEL ARCO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, p. 11.

(27) VITTORIO FROSINI, "Potere (Teoria Generale)", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, XIII, 1951, p. 440.

(28) O poder jurídico é o poder de estabelecer normas providas de sanção. Cfr. do AUTOR, *op. cit.*, pp. 39 e segs.

(29) SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 202.

duas faces da mesma moeda, pois o poder nasce da norma jurídica e produz normas, e a norma nasce do poder e produz outros poderes (30).

Tal correlação justifica o interesse do jurista pelas questões que a gênese e o exercício do poder levantam, considerando-se que o exercício da autonomia privada é uma questão de exercício de poder, dentro dos limites e na esfera de competência que o ordenamento jurídico estabelece. Ora, o problema da autonomia privada, na sua existência e eficácia, é apenas um problema de limites (31).

As normas jurídicas não nascem do nada. Elas sempre resultam de um processo de constituição e positivação do direito, em que se destacam os atos praticados pelos sujeitos no exercício do poder jurídico que o sistema lhe confere. O direito só existe e é eficaz, portanto, em virtude de um poder que o cria e legitima, sendo que no âmbito das relações pessoais e patrimoniais, os particulares detêm o chamado poder negocial, que exercem como os negócios jurídicos. Esse poder que aos particulares se reconhece de estabelecerem, por ato de vontade própria, a disciplina jurídica das relações de que participam, é o que se denomina, como acima referido, de autonomia privada. Difere da autonomia pública no sentido de ser esta um poder atribuído ao Estado, ou a seus órgãos, de criar direitos nos limites de sua competência, com o fim de proteção dos interesses fundamentais da sociedade. Seu objetivo é de natureza pública e seu poder é originário e discricionário. Já na autonomia privada, os interesses são particulares e seu exercício é manifestação de liberdade, derivado e reconhecido pela ordem estatal. Seu instrumento é o negócio jurídico.

4. *Fundamentos da autonomia privada. A liberdade e o personalismo ético*

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediadamente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça. Corolário dessa concepção é negócio jurídico como fonte principal de obrigações.

Ora o direito civil é o ordenamento jurídico dos interesses e das relações jurídicas privadas, fundado no princípio da igualdade dos homens perante a lei, elaborado historicamente e continuamente em torno do reconhecimento de uma esfera de soberania individual que tem suas evidentes manifestações no princípio da liberdade, com referência à pessoa, na propriedade, com referência aos bens, e no contrato, com referência à atividade econômica

(30) BOBBIO, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino, Giappichelli, 1970, p. 86. Cf. do AUTOR, pp. 40/41.

(31) FERRI, *op. cit.*, p. 5.

das pessoas (32). Pode assim caracterizar-se como sendo aquele sector do ordenamento jurídico em que se exercita ou realiza a autonomia reconhecida aos sujeitos de direito, e que se constitui em princípio fundamental embora limitado pelas modernas exigências de sociabilidade e do bem comum.

O princípio da autonomia privada baseia-se, portanto, ou tem como pressuposto a liberdade individual (33) que, filosoficamente, se entende como a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de livre arbítrio, ou ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais. Sob o ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito, todo o ato não ordenado nem proibido por lei (34) e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (35). A liberdade consiste, portanto, sob o ponto de vista jurídico, em uma faculdade de optar entre o exercício ou não dos direitos subjetivos ou das faculdades de que o agente dispõe. Da liberdade jurídica, ou liberdade como direito, distingue-se a liberdade da vontade, liberdade como poder (36). Como direito, a liberdade é faculdade de opção entre atos nem ordenados nem proibidos, como poder é a faculdade de atuação dentro da esfera jurídica.

A liberdade, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, ou melhor, a atuação livre com transcendência jurídica (37) que se concreta em duas manifestações fundamentais, uma, subjetiva, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, objetiva, que é a normatização ou regulação jurídica dessas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica, uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, que é a autonomia privada, definível, enfim, como poder jurídico de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de direito.

A autonomia privada significa, assim, que o ordenamento estatal deixa um espaço livre ao exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de atuação com eficácia jurídica. Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.

(32) ROSARIO NICOLÒ, "Diritto civile", in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, p. 904. CESARE GRASSETTI e UGO CARNEVALI, "Diritto civile", in *Novissimo Digesto Italiano*, appendice II, pp. 1160 e segs.

(33) STOLFI, *op. e loc. cit.*

(34) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Filosofia del Derecho*, México, Editorial Porrúa S/A, 1974, p. 389.

(35) *Idem*, p. 391.

(36) *Idem*, p. 394.

(37) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 207.

O princípio da autonomia privada está hoje submetido a um processo de revisão crítica, em que se manifesta a redução do campo de sua aplicação, embora permaneça como essência do negócio jurídico, particularmente de sua principal categoria o contrato, dentro de um novo sistema econômico, a economia concertada pela intervenção crescente do Estado. Tal crise é, porém, mais quantitativa do que qualitativa.

5. *A formação histórica do conceito. Fatores morais, políticos e econômicos que presidiram à sua formação*

O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de vária natureza, nomeadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para a sua configuração histórica, até se consubstanciarem no princípio fundamental da ordem jurídica privada. A compreensão de sua natureza e função exige, assim, o conhecimento prévio das condições históricas e culturais em que surgiu e se desenvolveu.

Pode-se considerar, de maneira geralmente aceita, que seu antecedente imediato é o individualismo, doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito.

Diferentes aspectos ou vertentes podem-se visualizar nessa doutrina, todos eles direta e conjuntamente ligados ao processo de formação histórica do conceito de autonomia privada, sob o ponto de vista estrutural, e também quanto à função que ele pode desempenhar no contexto político-jurídico pertinente. Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade "consciente e interessada dos indivíduos". Nesse sentido, contrapõe-se ao materialismo histórico que vê a "explicação dos fenômenos sociais nas correntes de massa de origem puramente interessada e material" (38). Politicamente, o individualismo opõe-se ao estatismo e à intervenção do Estado. Por outro lado, opõe-se também ao conformismo e ao tradicionalismo. Para ele, a sociedade não é um fim em si mesmo, nem o instrumento de um fim superior aos indivíduos que a compõem. As instituições sociais devem ter por fim a felicidade e a perfeição dos indivíduos (39). Significa, então, o individualismo, uma "tendência a colocar as instituições políticas jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos interesses coletivos" (40). Sob o ponto de vista econômico, advoga que o indivíduo deve gozar do máximo de liberdade para atuar no campo econômico. Opõe-se, assim, ao dirigismo estatal, e nesse particular, confunde-se com o liberalismo. Defende o livre jogo das

(38) MARCEL WALLON, *L'individualisme et le Droit*, deuxième édition, Paris, Édition Domat, 1949, p. 14.

(39) *Idem*, p. 15.

(40) *Idem*, p. 18.

atividades econômicas individuais; com o mínimo de intervenção do Estado no domínio econômico, limitando-se esse a garantir a liberdade de trabalho e do comércio e o benefício da propriedade dos bens (41). Juridicamente, o individualismo apresenta-se como um sistema segundo o qual "as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual".

Para DUGUIT, é uma doutrina de direito natural que pretende fundar a legitimidade do direito objetivo na necessidade de garantir os direitos naturais inatos dos indivíduos (42).

Em face da diversidade de concepções dos autores, o individualismo jurídico pode considerar-se em função da teoria das fontes do direito, da finalidade do direito, e em função do reconhecimento dos direitos inatos do homem impostos à sociedade e por ela conhecidos e respeitados. Pode assim conceber-se o individualismo jurídico, primeiro, como "um sistema em que se admite que o indivíduo é a única fonte de todas as regras do direito, a causa final de toda atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado". E, em segundo lugar, um sistema em que o indivíduo seria a fonte das regras de direito, ou de uma parte entre elas. Ou, ainda, um sistema em que a legislação sofre a influência do individualismo político e consagra as instituições mais favoráveis ao indivíduo, sendo esta última a mais comum (43).

Antecedentes encontram-se, ainda, no próprio direito romano, no direito canônico, na escola do direito natural, na filosofia política do contrato social e no liberalismo econômico.

O direito romano consagrou a *lex privata* como primeira forma de expressão do *ius civile*. A *lex* era uma declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo entre declarante e destinatário (44). Tinha por base um negócio particular, que se realizava quando alguém dispunha de uma coisa sua (*lex rei suae dicta*). A *lex privata* era forma de expressão do direito privado, conforme disposta na Lei das XII Tábuas: "*uti lingua nuncupassit, ita ius*". Depois da *lex privata* é que surge a *lex publica*, quando aprovada pelo povo, nos comícios, uma proposta do magistrado. Consagrava, assim, o direito romano o poder jurígeno da vontade individual. Logo em seguida, o Cristianismo coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas. O contratante é obrigado, por sua própria consciência, a respeitar a palavra dada, o que implica na necessidade de o consentimento dos contratantes não estar viciado, donde a importância dos vícios do consentimento (45). É im-

(41) Idem, p. 20.

(42) Idem, p. 28.

(43) Idem, p. 27.

(44) SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra, 1980, p. 202.

(45) ANTONIO FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3ª Tiragem, Coimbra. Livraria Almedina, 1985.

portante, também, que não se configure o enriquecimento injusto, donde as idéias da lesão e de usura consagrados pelos canonistas. É preciso, enfim, que não se tenha dado a palavra por nada ou por uma causa ilícita ou imoral, donde a origem da teoria da causa, tão importante no regime dos contratos (46). Reconhecendo como pecado a violação da palavra dada, o direito canônico consagra o acordo de vontades como fonte de obrigações morais e religiosas.

Com os glosadores, principalmente BARTOLO DE SAXOFERRATO (47), firma-se o princípio da autonomia da vontade do direito internacional privado, reconhecido aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de solução dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte de direito. É também no direito civil que se passou a reconhecer a vontade particular como poder de estabelecer as regras de sua atuação jurídica, o que se consagra no art. 1.134 do Código Francês, segundo o qual "as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes". O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passou a ser para os civilistas um conceito teórico (48), traduzindo a convicção de que "a vontade pode, como a lei, criar direito".

Com a escola do direito natural, a idéia da origem divina do direito substitui-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. "Declara-se que existem leis da natureza descobertas pela razão que devem dominar as legislações. Essas leis fundamentam e favorecem a sociedade dos homens. Ora não há regra mais favorável à sociedade dos homens que aquela que consiste em dizer que se é obrigado pelo contrato e porque se quis isso. O contrato é a manifestação da vontade humana, e a liberdade contratual uma das liberdades naturais" (49).

Também a teoria do contrato social, de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, contribui, no plano filosófico, para a teoria da autonomia da vontade. "O homem é naturalmente livre; a vida em sociedade exige, todavia, um certo abandono desta liberdade, mas este abandono não se concebe senão quando livremente consentido, nos limites e nas condições que esse contrato social determinou (50). "Segundo essa teoria, a autoridade pública tem por

(46) ALEX WEIL et FRANÇOIS TERRE, *Droit Civil, les Obligations*, Paris Dalloz, 1975, p. 51.

(47) BARTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357), o mais célebre dos pós-glosadores ou conciliadores, um dos construtores do direito internacional privado, com os princípios *locus regit actum, lex rei sitae*. Cfr. HAROLDO VALLADÃO, "Autonomia da vontade no direito internacional privado", *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, I, 1982, p. 34.

(48) VERONIQUE RANOUIL, *L'Autonomie de la Volonté. Naissance et Evolution d'un Concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 68.

(49) WEIL et TERRE, *op. cit.*, p. 51.

(50) BORIS STARK, *Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 341.

base a concordância dos sujeitos de direito, unindo-se uns aos outros para formar sociedade e abandonando pelo contrato social uma parte dos direitos subjetivos que a natureza lhe tinha dado. A vida em sociedade não seria possível se cada um quisesse exercer ao máximo sua liberdade individual, sendo preciso renunciar a alguns direitos pelo contrato social". A convenção, o acordo, é a base de toda autoridade entre os homens, sendo que a própria autoridade pública extrai seu poder de uma convenção.

Com a filosofia de KANT, que teve definitiva influência, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1796) que "a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica" (51). Na Alemanha, suas idéias serviram de substrato à famosa *Willenstheorie*, e na França, a tradução de seu livro consagra definitivamente a autonomia da vontade.

A própria expressão é tirada da obra *Crítica da Razão Prática*.

Argumentos decisivos da autonomia da vontade como princípio e forma de poder jurídico encontram-se ainda no campo econômico, impondo-se em toda a sua plenitude com a doutrina do liberalismo "pelo qual o livre jogo das vontades particulares assegura o máximo de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência" (52). O instrumento é o contrato que deve ser preservado como produto da liberdade integral de suas partes, afastados os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*.

É, porém, na elaboração do Código Civil francês que tal princípio tem a sua máxima positivação, realizando-se no art. 1.134, como acima referido, e efetivando os princípios dele decorrentes, da liberdade contratual, do consensualismo, da força obrigatória do contratual e do efeito relativo do contrato.

Na Alemanha e na Itália, o notável desenvolvimento da doutrina levou o princípio da autonomia da vontade a uma nova dimensão com significado até diverso para alguns juristas (53) que passaram a considerá-lo, objetivamente, como verdadeiro poder jurídico dos particulares, denominando-se, por isso, autonomia privada, poder de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar sua própria atividade jurídica, manifestada a vontade por meio de figura específica, o negócio jurídico.

(51) EMMANUEL KANT, *Grundlung zur metaphysik der Sitten*, trad. de Paulo Quintela, São Paulo, Abril Cultural, 1980, p. 144. Sobre a origem da expressão, cfr. VERONIQUE RANOUIL, *op. cit.*, pp. 42, 76 e 84.

(52) STARK, *op. cit.*, p. 341.

(53) PIETRO BARCELLONA, *Diritto Privato e Processo Economico*, Seconda edizione, Napoli, Jovene Editore, 1980, p. 43. Para indicação bibliográfica de direito alemão e italiano, cfr. do AUTOR, *op. cit.*, pp. 46, nota 24, e 50, nota 66.

6. *A função histórica da autonomia da vontade. Fundamento ideológico*

A concepção teórica da autonomia privada é produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo.

Seu fundamento básico é a liberdade como poder jurídico, e sua função se deduz das condições econômicas e sociais em que se firmou como poder jurídico. Importante, pois, para explicitar-se tal função, não é propriamente a ideologia individualista do jusnaturalismo, mas o processo econômico em que nasceu e se desenvolveu o princípio da liberdade, ou melhor, do poder individual como fonte normativa.

Com o desenvolvimento do comércio e da indústria, a divisão do trabalho e a especialização, aumenta o intercâmbio de bens e serviços e o princípio da autonomia da vontade torna-se extremamente útil para o desenvolvimento desse processo, acreditando o pensamento econômico liberal, na sua expressão mais pura, que a lei econômica da oferta e da procura responde aos interesses da sociedade.

Breve revisão histórica mostra-nos que o dogma da vontade nasce também do direito de propriedade. Na Idade Média, a fonte principal da riqueza e produção era a terra, e o direito principal, a propriedade. A evolução política e econômica tornou, porém, distinta a propriedade da terra da dos demais bens de produção, base do comércio e da indústria, e de que eram titulares os construtores da economia capitalista, os burgueses, interessados no desenvolvimento do intercâmbio comercial. Esse processo levou à jurisdicização das relações de troca, isto é, a um sistema jurídico que permitisse a livre circulação dos bens e dos sujeitos, na dinâmica do próprio sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente, o poder da vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de atuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos de liberdade de iniciativa econômica.

A autonomia da vontade traduz o poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio da troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre de contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade privada, e como função, a livre circulação de bens⁽⁵⁴⁾.

A vontade apresenta-se, desse modo, como o elemento fundamental da dinâmica do mundo jurídico⁽⁵⁵⁾, donde a importância da sua falta ou dos vícios da vontade, na teoria do negócio jurídico.

(54) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 201.

(55) *Idem*, *op. cit.*, p. 226.

A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo, como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da nomogênese jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior que é o do direito das obrigações. Com a intervenção posterior do Estado, e a respectiva legislação especial, limita-se a autonomia da vontade e visa-se estabelecer outro tipo de igualdade, a *material*. O princípio da autonomia perde seu absolutismo, mas, persiste ainda como princípio básico da ordem jurídica privada⁽⁵⁶⁾. O interesse geral e a justiça põem-se acima da liberdade individual, mas o direito objetivo respeita o direito subjetivo, pois a superioridade daquele direito não é incompatível com o reconhecimento da autonomia dos particulares. A questão é, apenas, de limites⁽⁵⁷⁾. Permanece, como regra, a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo do contrato. A exceção é a intervenção do Estado criando a obrigação de contratar e inserindo, automaticamente, cláusulas e preços fixados⁽⁵⁸⁾, “justificando-se com o caráter excepcional das circunstâncias que alteram o modelo concorrencial”.

7. *Consequências jurídicas da inserção do princípio da autonomia privada no sistema jurídico*

Consequências imediatas da aceitação da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no campo contratual, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento. E para os que aceitam a vontade como poder jurídico (autonomia privada), a concepção normativa do negócio jurídico, a consideração do negócio como fonte de normas jurídicas.

A liberdade de iniciativa econômica é a expressão da autonomia privada no campo constitucional. São conceitos correlatos mas não coincidentes, na medida em que a primeira focaliza o aspecto econômico e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo entre eles uma relação instrumental⁽⁵⁹⁾.

A liberdade contratual manifesta-se nos seguintes aspectos: liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato. O consensualismo significa que

(56) GHESTIN, *op. cit.*, p. 118.

(57) FERRI, *op. e loc. cit.*

(58) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 226.

(59) FRANCESCO GALGANO, *Rapporti Economici in Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Bologna, Zanichelli Editore, 1982, p. 5.

basta o consentimento, o acordo de vontades, para que o contrato se estabeleça e as obrigações nasçam, não sendo preciso forma especial. Os vícios do consentimento revestem-se de grande importância pelo fato de que, "se o consentimento não é livre", a manifestação de vontade é defeituosa e, portanto, anulável. Por outro lado, não interessam os motivos da declaração de vontade. Sendo o contrato manifestação de liberdade, não importam os motivos que levaram a tal manifestação. A vontade vale por ela mesmo, sendo lícito o respectivo objeto. O princípio da força obrigatória dos contratos significa que, sendo a vontade particular autônoma, ela estabelece a lei entre as partes contratantes, vinculando-se ao cumprimento das obrigações estabelecidas por essa vontade. Já o efeito relativo dos contratos significa, por sua vez, que a eficácia do contrato, as obrigações e as regras estabelecidas para o seu cumprimento produzem efeitos apenas entre os participantes, as partes do contrato, não afetando terceiros.

A autonomia privada manifesta-se e realiza-se no campo das relações jurídicas patrimoniais, que é o setor por excelência da esfera de soberania individual, compreendendo as relações jurídicas obrigacionais e as reais. Seu instrumento é o negócio jurídico, fonte por excelência das obrigações, incluindo os contratos, as declarações unilaterais de vontade e, no campo das sucessões, o testamento, manifestação volitiva com que a pessoa dispõe de seus bens para depois da sua morte.

Para os que vêem na vontade individual um poder jurígeno, aceitando o princípio da autonomia privada, o negócio jurídico, seu instrumento, tem eficácia normativa, vale dizer, a manifestação de vontade é fonte autônoma das regras jurídicas que, ao lado das estabelecidas em lei, disciplinam, regulam, as obrigações nascidas desse negócio. As regras que nascem da declaração de vontade são jurídicas, ao lado das que nascem do poder estatal, ou dos costumes, ou dos princípios gerais do direito. "Qualitativamente não há diferença entre as distintas fontes normativas que integram o complexo regulador da relação jurídica concreta, ainda que se estabeleça uma hierarquia entre a norma procedente de cada fonte" (80). E no processo de revisão da teoria das fontes de direito, o negócio jurídico, como expressão da autonomia privada, é tido como "ato constitutivo de normatividade jurídica", subordinado à lei mas não dela normativamente derivado (81).

8. *As críticas à autonomia da vontade. Argumentos de natureza filosófica, moral e econômica*

As mudanças econômicas e sociais decorrentes da revolução industrial e tecnológica, com a passagem de uma economia agrícola e rural para uma industrial e urbana, causaram profundas alterações no sistema de direito privado, com o surgimento da empresa e de novas figuras contratuais, contratos-tipo e de adesão, e conseqüentes restrições à liberdade contratual,

(80) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 215.

(81) CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 1686.

tudo isso acompanhado de críticas à autonomia da vontade, a demonstrar o seu declínio.

Tais críticas são, também, como os fatores que a fizeram crescer, de ordem filosófica, moral e econômica.

Sob o ponto de vista filosófico, constata-se facilmente que ao individualismo se contrapõem as tendências sociais da idade contemporânea. O homem é um ser social, vive necessariamente em grupo, do que lhe advêm inevitáveis relações e condicionamentos que reduzem a sua capacidade de agir individualmente, no seu exclusivo interesse.

Sob o ponto de vista moral, tem ficado demonstrado que os princípios da liberdade e da igualdade, fundamentais no direito civil, não se realizam harmonicamente. A igualdade perante a lei é meramente formal; no campo material, as desigualdades são profundas, gritantes. O exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos e, por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou de negociação, a acentuados desníveis econômicos, do que é exemplo a miséria das classes menos favorecidas. É por isso que o Estado intervém no direito dos contratos, a fim de equilibrar o poder das partes contratantes, estabelecendo normas imperativas em matéria de ordem pública ou de bons costumes. O legislador limita, assim, a autonomia da vontade para o fim de proteger os pólos mais fracos da relação jurídica patrimonial, principalmente em matéria de contratos (locação, empréstimos, seguros etc.).

Sob o ponto de vista econômico, reconhece-se que o individualismo deu lugar ao socialismo, em sentido amplo. Advoga-se a intervenção crescente do Estado na organização e disciplina dos setores básicos da economia, alegando-se a inconveniência, a impossibilidade até de se deixar às forças do mercado a condução da economia nacional, principalmente nos países em vias de desenvolvimento, onde são mais flagrantes as disparidades econômicas e sociais. Sendo assim, os valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem uma presença cada vez maior do Estado atuante no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito. Não se admite mais a economia liberal, na sua forma mais pura, típica do século XI, que dá lugar a uma economia concertada, com uma intervenção crescente do Estado. Essa intervenção realiza-se primeiro na proteção das categorias sociais menos favorecidas, como os trabalhadores assalariados, e depois, na organização da produção e distribuição dos bens e serviços, com um conjunto de medidas cuja disciplina jurídica toma o nome de ordem pública econômica.

Finalmente, um argumento de natureza ideológica. O princípio da autonomia da vontade encontra sua razão de ser na expressão mais pura do liberalismo econômico, na época em que o Estado tinha uma função mais política do que econômica ou social. Era o Estado de Direito, organizado juridicamente para garantir o respeito aos direitos individuais em sua ple-

nitude. Com a revolução industrial e tecnológica, e os problemas sociais dela decorrentes, com guerras mundiais de permeio, surgiu o Estado social, intervencionista, destinado à organização e disciplina da vida econômica, protegendo os setores sociais mais desfavorecidos, e diligenciando no sentido de criar iguais oportunidades de acesso aos bens e vantagens da sociedade contemporânea. No campo do direito privado, é a socialização do direito civil⁽⁸²⁾.

9. *A evolução do direito civil. A intervenção do Estado e os limites da autonomia privada*

Sendo o direito civil produto histórico de uma larga experiência jurídica, tanto no seu aspecto normativo quanto no de sua própria elaboração científica, a sua dogmática atual reflete as profundas mudanças que a revolução industrial e tecnológica têm causado na sociedade, tornando mais complexas as suas relações e mais específica e assistemática a sua disciplina jurídica. E no quadro atual dessas modificações, a nota característica que sobressai, a marcar indelevelmente a civilística contemporânea, é a presença crescente do Estado na disciplina da matéria de direito privado, absorvendo-lhe os princípios cardiais em torno dos quais se edificaram, ao longo dos séculos, a ciência e o sistema do direito comum, dando-lhe os foros de superioridade que levariam juristas a afirmar estarmos em face da publicização do direito civil⁽⁸³⁾.

O individualismo dos Oitocentos, resultante das concepções jusnaturalistas e iluministas que tão bem se positivaram no Código de Napoleão e no B.G.B., nos quais a pessoa humana, com sua liberdade e autonomia, era o centro por excelência do universo jurídico, e o direito civil "a garantia dos fins individuais relativos à família e aos bens"⁽⁸⁴⁾, foi-se reduzindo gradativamente a partir do começo do século e, acentuadamente, com a Segunda Guerra Mundial, mercê duma progressiva intervenção do Estado, que limita a autonomia da vontade, quando não a elimina totalmente, às relações da microeconomia. A intervenção estatal na matéria econômico-jurídica demonstra, assim, a definitiva superação do individualismo do século XIX, e a conseqüente decadência do liberalismo econômico e político pela ingerência do Estado, com princípios autoritários, na economia privada e na vida jurídica em geral⁽⁸⁵⁾. Advoga-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e sobrepõe-se o espírito da solidariedade e da justiça social ao do puro individualismo dos Códigos Civis, exigindo-se destes não mais a tradicional postura dogmática adequada ao Estado de Direito, mas o caráter instrumental de utilidade próprio do Estado social. Ora a passagem do Estado liberal para o Estado intervencio-

(82) JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, 31^o édition, Paris, P.U.F., 1977, p. 69.

(83) RENÉ SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, Paris, L.G.D.Y. 1960, pp. 13 e segs.

(84) GRASSETTI, *op. cit.*, p. 1162.

(85) FRANCESCO MESSINBO, *Il Contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 82.

nista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz ao declínio da concepção liberal da economia e a uma conseqüente crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente da doutrina marxista (66).

As conseqüentes e inevitáveis modificações no sistema de direito civil podem-se agrupar em três significativas vertentes: 1) as fontes do direito civil; 2) os seus institutos fundamentais (personalidade, família, propriedade, contrato e responsabilidade civil); e 3) a atuação do Estado e de grupos intermediários (partidos políticos, sindicatos, associações de consumidores etc.) nas atividades tipicamente de direito privado (67).

No que tange às fontes, além das modificações profundas que o Código Civil sofreu, em grande parte derogado por abundante legislação específica que lhe tomou a disciplina dos principais institutos, pondo em cheque o ideal oitocentista da unidade legal do direito privado e levando juristas de nomeada a constatar ter-se passado da era da codificação (68) para a dos microssistemas jurídicos, há um aspecto de suma relevância, que é a consagração de princípios constitucionais pertinentes ao direito privado, diretivas básicas de natureza constitucional sempre vistas como normas programáticas sem eficácia normativa, como os princípios da liberdade, da propriedade, da iniciativa econômica. Além de reconhecidos como princípios normativos, pois que incorporados a textos constitucionais modernos, como o italiano, o português, o brasileiro, o que os torna integrantes do sistema político e lhes confere uma implícita garantia contra eventuais abusos do legislador ordinário, têm o efeito de reduzir o campo das diferenças entre o direito público e o direito privado, hoje conjugados na ação comum de prover ao bem-estar social. Ora, se por um lado, vemos a redução ou anulação do individualismo subjacente aos postulados liberais do direito civil burguês, por outro lado, temos o reconhecimento constitucional desses mesmos postulados, hoje revestidos de uma dimensão pública, geral e funcional, no sentido de que, integrados na ordem econômica e social, se utilizem como instrumentos de desenvolvimento e justiça social.

Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõem também atuam quanto àquela. E esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social de direção, sob a forma de intervencionismo neoliberal ou de dirigismo econômico, e os bons costumes,

(66) C. MASSINO BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 27.

(67) GRASSETTI, *loc. cit.*

(68) ORLANDO GOMES, "A Caminho dos microssistemas" in *Novos Temas de Direito Civil*, pp. 40 e segs. NATALINO IRTI, *L'Età della Decodificazioni*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 27.

as regras morais, sendo que o intervencionismo neoliberal não se opõe à liberdade contratual nem à livre concorrência, apenas visa evitar a que for desleal, e a proteger o consumidor, enquanto que o dirigismo, opondo-se à liberdade contratual, submete-a às exigências da planificação econômica, imperativa ou indicativa (69).

Tudo isso implica na redução do âmbito de atuação da autonomia privada. Como princípio fundamental da ordem jurídica civil, teve maior importância nas épocas de mais acentuado individualismo, mas com as tendências sociais em matéria de contrato, a proliferação das leis especiais, as crescentes restrições à liberdade contratual, decorrentes, como assinalado, da ordem pública, dos bons costumes, e ainda, da boa fé, da equidade, da standardização dos contratos etc., assiste-se à redução de seu campo, embora permanecendo como princípio fundamental do direito privado, aplicável nos setores em que o direito estatal permite, que é, quase que exclusivamente, o direito das obrigações. O problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites como, por exemplo, o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos pré-determinados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade.

10. *A funcionalização dos institutos de direito privado. A autonomia privada numa perspectiva funcional. Conclusão*

Não só a constitucionalização dos princípios e dos institutos básicos do direito privado têm real significado para o nosso tema, na panorâmica do direito civil moderno. Outro aspecto a salientar, não mais no campo específico das fontes de direito civil, mas no da sua matéria concreta, é o da funcionalização de seus principais institutos, a propriedade e o contrato, ambos como expressão de liberdade, o segundo, especificamente, da autonomia privada.

Que significa a funcionalização de tais institutos?

Deve-se, em primeiro lugar, dizer que, para a concepção estrutural, dogmática, do direito, a ciência jurídica não deve ocupar-se com as funções desse, mas somente com os seus elementos estruturais, deixando-se a análise funcional para a sociologia e a filosofia (70). O recurso às ciências sociais para melhor compreensão e positivação do fenômeno jurídico revela, porém, íntima relação entre a teoria estrutural do direito e o ponto de vista técnico-jurídico, de um lado, e a teoria funcional do direito e o ponto de vista sociológico, de outro. Ora, tal conexão é uma das características dos estudos jurí-

(69) GHESTIN, *op. cit.*, pp. 83/86; GÉRARD PARJARD, *Droit Economique*, Paris, P.U.F., 1982, p. 70.

(70) BOBBIO, *op. cit.*, p. 90.

dicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito, mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final. Assim aparece o conceito de função em direito, designando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura, de partes interdependentes (71).

A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, nomeadamente a autonomia privada e o seu instrumento de positivação, o negócio jurídico, significa o *apprêcio* do direito com as demais ciências sociais, a sociologia, a economia, a ciência política, a antropologia, numa resposta às solicitações que a sociedade contemporânea faz ao jurista, considerado não mais como a "figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas", mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica perante a inércia do sistema tradicional em prol de uma ordem mais justa na sociedade (72).

A funcionalização dos institutos jurídicos significa então que o direito em particular e a sociedade em geral começaram a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, através do exercício de funções distributivas, promocionais ou inovadoras, abandonando-se a costumeira função repressiva, principalmente na relação do direito com a economia. Daí falar-se na função econômico-social dos institutos jurídicos (73) inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Representa, assim, a função econômico-social a preocupação com a eficácia social do instituto e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circulação possa representar, por ser o meio mais adequado à satisfação das necessidades sociais, com vistas ao bem comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justiça social, idéia essa que "se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional" (74).

De tudo isso resulta que a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua positivação normativa, no estabelecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou alguns de seus princípios vinculantes, estabelecem ao exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito, como se verifica na própria estatuição do Código Civil português, no seu art. 334.

(71) J. DURÃO BARROSO, *Função*, Polis-Enciclopédia Verbo, 2, p. 1606.

(72) CASTANHEIRA NEVES, *O direito como alternativa humana, conferência* no IV Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 1967, p. 40.

(73) Cfr. KARL RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen, J. C. B. Mohr "Paul Siebeck", 1929, p. 46.

(74) GINO GORLA, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1955, I, p. 265.

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais. Função social significa não individual, sendo critério de valorização de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve. Ideologicamente, representa a teorização do bem comum⁽⁷⁶⁾, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar, ou eliminar até, a propriedade privada. Sistemáticamente, atua no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e, conseqüentemente, da afirmação da pessoa. E ainda historicamente, o recurso à função social demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela dogmática tradicional do direito privado, liberal e capitalista. Neste particular, pode-se dizer que "revoga um dos pontos cardeais da dogmática privatista, o direito subjetivo modelado sobre a estrutura da propriedade absoluta", o que poderia sugerir uma certa incompatibilidade entre a idéia de função social e a própria natureza do direito subjetivo. Mas o que se assenta, ao final das contas, é que a função social se configura como princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação das leis. A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem ineficaciza os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social. Podem assim coexistir o direito subjetivo e o *standard* jurídico, e conceitos até então considerados incompatíveis, como *direito e função*, coexistem na realidade legislativa, em nível de princípios.

A teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida. E é precisamente o contrato, instrumento da

(76) GALGANO, *op. cit.*, p. 96. "Historicamente, o recurso à função social serve para destacar uma dimensão segundo a qual o aumento da compreensão dos poderes dos proprietários por efeito da intervenção do Estado é acompanhado da convicção de que tal acontece pela necessidade de realizarem-se interesses públicos de modo diverso do tradicional. Conceitualmente, revoga um dos eixos da dogmática privada, o do direito subjetivo modelado precisamente sobre a estrutura da propriedade absoluta. Ideologicamente, abre a discussão em torno da possibilidade de realização verdadeira de interesses sociais sem eliminar-se integralmente a propriedade privada dos bens". STEFANO RODOTA, *Rapporti Economici*, p. 112. Acerca da função da autonomia privada e do negócio jurídico no direito italiano, *cf.* RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, EUGENIO JOVENE, 1969, pp. 100, 118, 244. Nesse direito, é clara a identidade das noções de função e de causa do negócio jurídico (segundo a concepção objetiva): a causa é a função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio jurídico como ato de autonomia privada. *Cf.* EMILIO BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Torino, 1960, pp. 188, 184.

autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida primeiramente no Código Civil italiano, art. 1.322, segundo o qual "podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei, e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a realizar interesses dignos de tutela, segundo o ordenamento jurídico". Do mesmo modo e de forma idêntica a consagra o Código Civil português no seu art. 405.º, ao dispor que as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato, nos limites da lei, e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo Código, completando-se esse dispositivo com o art. 280.º que fixa limites ao exercício da autonomia privada, estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. Por seu turno, o projeto de Código Civil brasileiro dispõe, no art. 421 que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Consagrada assim a função econômico-social do contrato e, implicitamente, a autonomia privada, reconhece-se, porém, que o exercício deste poder jurídico, consubstanciado em um dos princípios fundamentais da ordem jurídica contemporânea de ideologia liberal, deve limitar-se pela ordem pública e pelos bons costumes, de modo geral, e em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar, promovendo a justiça, na sua modalidade distributiva ou na dimensão de justiça social.

Ora é precisamente para esta última dimensão que a autonomia privada pode e deve direcionar-se. A idéia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, e distributiva, entre os elementos da comunidade, aparece agora com nova perspectiva, a justiça social. Resultante da conexão entre a consciência moral e a consciência social, exige que a ordem jurídica se mantenha ligada à ordem moral, superando-se com isso o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo. O direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema neoliberal em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas do mundo contemporâneo que se caracterizam, precisamente, pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica.

Se bem que, do ponto de vista técnico-jurídico, a autonomia privada se apresente como princípio jurígeno fundamental da ordem jurídica privada, profundamente limitada nas possibilidades de seu exercício pela ingerência do Estado na economia, hoje em dia menor pelo sentimento de privatização e de desregulamentação que perpassa pelas nações desenvolvidas do mundo ocidental, por outro lado, sob o ponto de vista político, constitui-se em um âmbito de atuação político-jurídico individual com eficácia jurídica, como garantia de sobrevivência e realização dos postulados básicos de liberdade e de reconhecimento do valor jurídico da pessoa humana.