

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-304-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – CURITIBA-PR, realizado em parceria com a UNICURITIBA, apresentou como tema central CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTETÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão do papel dos atores sociais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”, na medida em que inequivocamente sensíveis transformações foram sentidas em relação aos institutos do Direito Civil que lastreiam as relações interpessoais que se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania.

Sob a coordenação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA /UNIRIO), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual, Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra discorreram sobre a dificuldade de definição da autonomia privada decorrente do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade. Refletem sobre a ascensão e crise desses conceitos, tecendo considerações críticas e possíveis contornos para a autonomia.

Afonso Soares De Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentaram o trabalho intitulado Usucapião extrajudicial e a função social dos cartórios, cujo foco centrou-se numa revisão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como, por meio de pesquisa bibliográfica, revistas as espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade e à função social dos cartórios.

Precedentes judiciais. Uma possibilidade de harmonização entre a liberdade e o conteúdo econômico do contrato, e sua função social, da autoria de Rodrigo Brunieri Castilho, abordou o instituto dos precedentes previstos no CPC/2015, como forma de colmatação e harmonização entre o publicização e o liberalismo contratual.

Os requisitos de admissibilidade da perda de uma chance em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Barbara Bedin e Rosemari Pedrotti de Avila, analisou o instituto da perda de uma chance relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo de caso, a partir de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa.

Wagner da Silva Botelho de Souza e Isabel Gouvêa Mauricio Ferreira apresentaram o trabalho intitulado: “A evolução da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro: análise da aplicabilidade nos contratos de seguro”. Analisaram a evolução da boa-fé objetiva e sua aplicação nos contratos de seguro, buscando a compreensão deste princípio quando aplicado a uma modalidade contratual específica.

Fernanda Macedo Guimarães e Luiza Helena Gonçalves apresentaram o artigo intitulado: “O marco civil da internet e a polêmica dos bloqueios judiciais”, que promoveu uma leitura reflexiva em torno dos principais pilares da Lei nº 12.965/2014, entre eles a neutralidade, a privacidade e a responsabilidade, busca-se diagnosticar a legalidade e a eficácia destes bloqueios judiciais.

“A indenização da perda de uma chance: o que considerar? ”, da autoria de Bruno Terra de Moraes, discutiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

“Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva”, da autoria de César Augusto de Castro Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, discutiram a prática da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, especialmente no que diz respeito à substituição da culpa pelo risco da atividade. Analisaram as causas excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo como referencial alguns julgados, de modo a perquirir se a jurisprudência reflete uma responsabilidade baseada no risco ou se a reparação segue se baseando na culpa.

Michely Vargas Delpupo e Jose Geraldo Romanello Bueno, apresentaram o trabalho intitulado: “Breves considerações sobre o contrato de corretagem ou de mediação à luz do

Código Civil brasileiro e legislações estrangeiras”, nele buscaram esclarecer os principais conceitos decorrentes do contrato de corretagem, bem como analisar as normas pertinentes que tratam destas questões do contrato de corretagem em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

“O negócio jurídico na empresa “pontocom” e aspectos de sua problemática no contemporâneo direito civil brasileiro” da autoria de Eliana Maria Pavan de Oliveira e Maristela Aparecida Dutra, traça parâmetros de delimitação do negócio jurídico virtual, aplicáveis metodicamente às Empresas “Pontocom” no âmbito das relações civis e consumo.

Tereza Rodrigues Vieira apresentou o trabalho intitulado: “A autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero e o reconhecimento da adequação do registro civil”, tendo como objetivo refletir sobre a autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero com vistas ao reconhecimento da sua identidade civil no tocante ao prenome e ao gênero atribuídos ao nascer.

“Tomada de decisão apoiada: uma reflexão acerca do novo instituto”, da autoria de Débora Nogueira Esteves e Lucas Campos de Andrade Silva promove uma breve reflexão acerca do novo instituto jurídico, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, instituída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituindo uma visão crítica sobre os desafios, perspectivas e possibilidades deste novo modelo que valoriza a autonomia da pessoa com deficiência e preza por sua inclusão no convívio social.

Eduardo Felipe Nardelli e Priscila Zeni de Sá apresentaram o trabalho intitulado: “Responsabilidade civil médica e perda de uma chance”, que aborda os dois casos em que poderá haver responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

“A responsabilidade civil dos notários e registradores” , da autoria de Carina Goulart da Silva e Guilherme Augusto Faccenda, investiga os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

Sob o título “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares: entre a liberdade e a igualdade”, Thiago Penido Martins promoveu um estudo sobre a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, estão vinculados ao direito fundamental à igualdade.

Marcelo Farina de Medeiros apresentou o trabalho intitulado: “ Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade”, objetivando contribuir com a análise da evolução das teorias contratualista, na perspectiva de uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.

O trabalho intitulado: “A publicidade comparativa sob aspectos da auto-regulamentação publicitária e consumeristas”, dos autores Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo Da Silva Sant Anna, busca determinar se a publicidade comparativa se trata de prática ilícita que não deve ser admitida no ordenamento jurídico ou se pelos critérios do ordenamento pode ser praticada.

Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli apresentaram o trabalho intitulado: “A busca pelo belo e a responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica estética”, em que pela utilização do método indutivo, discutem a responsabilidade civil dos profissionais médicos na realização de cirurgias plásticas estéticas.

Finalmente, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Marcelo Pereira dos Santos apresentaram o trabalho intitulado: “Família, casamento e descompassos normativos do Código Civil Brasileiro no Século XXI” em que estabelecem uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias e analisam os descompassos normativos do Código Civil, demonstrando a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC-MG

DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO CONTRATUAL

FROM AUTONOMY OF WILL TO PRIVATE AUTONOMY: THE EVOLUTION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF CONTRACT LAW

**Mark Pickersgill Walker
Joana de Souza Sierra**

Resumo

A dificuldade de definição da autonomia privada advém do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade, classicamente surgida da pretensão individualista de que a vontade tivesse força jurígena. Graças ao caminhar social abandonou-se a vontade como geradora do direito, adotando-se o termo, privada, em seu lugar. A autonomia privada passa a ser a capacidade de gerar normas para si mesmo, sob a lei, nas aberturas permitidas pelo sistema jurídico. Este artigo passará pela ascensão e crise desses conceitos, tecendo-se considerações acerca das críticas a eles cabíveis e dos contornos que poderá tomar a autonomia.

Palavras-chave: Autonomia privada, Autonomia da vontade, Autodeterminação, Liberdade contratual

Abstract/Resumen/Résumé

The difficulty in defining private autonomy stems from that it is the contemporary version of autonomy of will, classically arising individualist claims that the will can create the law to which individuals submit themselves. Thanks to social evolution that notion was abandoned and the term private was adopted instead. Private autonomy becomes the capacity of the individual to generate standards for himself, under the cover of law, between the openings allowed by the system. This article goes through the rise and crisis of both concepts weaving up considerations about how it can be criticized, and which outlines it may take.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private autonomy, Autonomy of will, Self-determination, Contractual freedom

1 INTRODUÇÃO

Se há alguma unanimidade entre os autores que se enveredam na tentativa de se debruçar sobre o conceito da autonomia privada, sejam eles modernos (MORAIS, 1977) ou clássicos (FERRI, 1969; BETTI, 2008) ela reside na identificação da dificuldade de definição deste conceito tão basilar para a teoria dos contratos.

Alguns autores, como Fernando Noronha, acreditam que o termo *autonomia privada* é de feição mais contemporânea, e um substituto ao mais antigo *autonomia da vontade*, justamente por um revisionismo sofrido pelo liberalismo econômico e pelas concepções voluntaristas de negócio jurídico (NORONHA, 1994).

Estruturalmente, trata esta autonomia de um dos princípios fundamentais em torno do qual se organiza o sistema de direito privado contemporâneo. Tal princípio tem o negócio jurídico como instrumento de realização no campo do direito privado patrimonial, e constitui o fundamento de juridicidade do artigo 421 do atual Código Civil, que reafirma a liberdade contratual (AMARAL NETO, 2015, p. 3-4).

Em que pesem as dificuldades aventadas, o tema, por sua já destacada relevância e permanente atualidade, despertou-nos o interesse, e então nos propusemos aqui a tarefa similar à dos já mencionados autores, debruçando-nos sobre o mesmo conceito.

Uma vez que não buscamos necessariamente tecer considerações revolucionárias sobre este assunto, optamos por abordá-lo de forma “conservadora”: centrando-nos em um recorte histórico, em especial entre o final do século XVIII e o início do século XX. Esse período dá conta do surgimento do ideário da autonomia *privada*, o que revela algumas das transformações mais radicais sofridas por este princípio, quando da eventual superação do individualismo exacerbado, característico do momento histórico da revolução industrial e capitaneado pelos ideais burgueses no pós-Revolução Francesa.

Indagamos: a análise histórica da evolução desse princípio pode revelar algo sobre seu lugar na sociedade contemporânea e/ou perspectivas sobre seu futuro, diante das crises enfrentadas pelo próprio direito?

Tentativamente, nos direcionamos a uma resposta positiva. Mesmo uma análise mais tradicional pode provocar novas reflexões e quem sabe até desvelar novos prismas sobre conhecidos assuntos; especialmente quando o objeto de análise é um conceito (dos mais) indeterminado(s). A ciência do direito, com seu teor indissociavelmente político, se constrói argumentativamente, sendo, portanto, a revisitação constante às concepções clássicas uma manifestação que lhe é inerente.

Por óbvio que mesmo um estudo que se preste a uma narrativa histórica de desenvolvimento de um instituto jurídico revela, em sua execução, opções e posicionamentos, não sendo meramente dissertativo. Isto fica claro, por exemplo, a partir de uma das premissas básicas do trabalho: a de que haja uma identidade linear entre os conceitos de autonomia da vontade e de autonomia privada, e de que o este último seja uma evolução do primeiro.

Dessa feita, organizamos um plano de trabalho que pretende, num primeiro momento, apresentar o contexto histórico da concepção inicial do tema ora em análise, em sua feição clássica – de *autonomia da vontade*, e as características desse conceito clássico. A seguir, elucidam-se as críticas sofridas por tal concepção, criando uma narrativa do seu declínio. Num segundo momento, apresenta-se a reformulação do princípio em questão como *autonomia privada*. Discute-se sobre sua conceituação, sua relação com a autodeterminação e com a liberdade contratual. Em seguida, trata-se da talvez mais complexa questão analisada nesta matéria: seus limites. Abordam-se neste último ponto também algumas das perspectivas contemporâneas de novas possíveis transformações que a autonomia vem sentindo, diante das concepções de funcionalização do direito.

O método de abordagem será dedutivo, uma vez que se parte da análise da doutrina relevante sobre o tema para então formar e tecer nossas considerações. Outrossim, a técnica de pesquisa centra-se eminentemente em fontes bibliográficas.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade, como qualquer conceito jurídico, é um conceito situado historicamente. Tem seu surgimento e configuração estreitamente vinculados às condições históricas, sendo especificamente situada na transição do feudalismo para o capitalismo. Em verdade, tal princípio constitui tanto um instrumento quanto uma consequência da transformação social e econômica que se operou naquele período (PRATA, 1982, p. 10-11)¹.

¹ Similarmente, reconhecendo sua temporalidade, AMARAL NETO, 1989, p. 19: “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”.

Em estudo mais recente que busca julgar se é possível considerar que haja um significado unívoco de autonomia privada nas diferentes famílias jurídicas contemporâneas, também Dário Moura Vicente (2015) acaba por concluir que o significado de autonomia privada é, desde sempre, variável, em que pese esforços envolvidos (a exemplo do UNIDROIT, que se refere) em unificar o direito contratual.

2.1 Contexto histórico de desenvolvimento e conceituação

Henry Summer Maine (1861), de forma célebre, descreve este momento histórico como a passagem do *status* ao contrato. Em outras palavras, se no feudalismo o que importava era a posição social na estanca estrutura hierárquica do período (o estamento), no capitalismo o que importa é a riqueza e sua adquirida mobilidade – e o contrato surge como o instrumento capaz de garantir alguma segurança jurídica à circulação dessa riqueza.

O antecedente filosófico imediato dessa autonomia é o individualismo: a doutrina que concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade, que enxerga o indivíduo como fonte e causa final de todo o direito (AMARAL NETO, 1989)².

A essa nova sociedade se impõe a filosofia do liberalismo, que tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos apontados como alicerces das relações privadas. Passa-se a entender a vontade como fonte dos direitos, e o contrato, assumindo seu papel protagonista, como a forma de exteriorização dessa vontade. É nesse espaço que se qualifica a autonomia da *vontade*, exercendo importante função no modelo jurídico ocidental moderno, em especial nos séculos XVIII e XIX (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 116-117).

Costuma-se apontar Immanuel Kant como precursor do termo *autonomia da vontade*, a partir de sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* (KANT, 1986). Seguindo a corrente filosófica proposta por esse autor, a autonomia da vontade adquire certa conotação dogmática, passando a ser encarada como um imperativo categórico moral (AMARAL NETO, 1989, p. 23).

Afirma-se também que a expressão pode ter ingressado no direito interno a partir da contribuição de internacionalistas no século XIX (AMARAL NETO, 1989, p. 22)³. Não há, contudo, como discordar que a influência maior na difusão desse conceito é, todavia, francesa (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 118).

É a partir da Revolução Francesa e da propagação de seus motes de “igualdade, fraternidade, e liberdade” que se vislumbra uma centralidade do ser humano na sociedade. Afinal, se

² O autor afirma ainda que, por conta disso, o individualismo se opõe ao dirigismo econômico – nesse aspecto se confundindo então com o *liberalismo*.

³ Segundo o autor, “[c]om os glosadores, especialmente Bartolo de Saxoferrato, firma-se o princípio da autonomia da vontade no 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. [...] O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passou a ser para os civilistas um conceito teórico, traduzindo a convicção de que ‘a vontade pode, como a lei, criar direito’”.

seres humanos são concebidos como livres e iguais, torna-se “indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 118)⁴.

A autonomia da vontade acaba se consagrando como um princípio do direito e passa a ser compreendida como fonte das relações jurídicas, o que se dá como resultado de um processo pelo qual passa o pensamento jusfilosófico, fulcrado no direito natural e no individualismo decorrente das ideias liberais do iluminismo (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 118)⁵. Na mesma esteira, Amaral Neto afirma que a concepção desta autonomia “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” (AMARAL NETO, 1989, p. 25).

Essa visão de autonomia da vontade é denominada de “francesa” por Antonio Junqueira de Azevedo (que destaca também que tal concepção ainda persistia em boa parte da doutrina civilista) (AZEVEDO, 1986; RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 118). Corresponde a uma noção de liberdade ou de possibilidade conferida a cada pessoa para agir ou não agir, de um modo ou de outro. Seria “uma esfera de autodeterminação individual que pode, ou deve ser maior ou menor, segundo a maneira de ver dos vários autores”.

A característica talvez mais relevante dessa visão voluntarista da autonomia, portanto, é o reconhecimento de que tal autonomia detenha um poder jurígeno autônomo, tornando-a fonte geradora de direitos (AMARAL NETO, 1989). O negócio jurídico produto desta autonomia se caracteriza como um ato de vontade que visa a produzir efeitos – o que amarra a definição do negócio ao momento da sua gênese (à vontade que lhe dá origem) (AZEVEDO, 2002, p. 1-2).

2.2 Críticas ao voluntarismo e declínio da autonomia da vontade

O voluntarismo mantém a ideia de que seria a declaração da vontade⁶ que cria o negócio jurídico. Confunde-se, desse modo, a manifestação da vontade com o próprio negócio jurídico

⁴ Em igual sentido AMARAL NETO, 1989, p. 25: “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”.

⁵ Cita o autor que por decorrência disso, juristas do período oferecem justificações filosóficas a ela, defendendo ideias tais quais: “a liberdade é a essência dos contratos e a liberdade de contratar é ela própria um direito natural do homem”.

⁶ *Declaração de vontade* sendo uma expressão adotada com sentido impreciso e não distinto de *manifestação de vontade* (AZEVEDO, 2002, p. 4).

(negócio jurídico esse que, hoje cremos, decorre da incidência da regra jurídica sobre seu suporte fático materializado) (FERRI, 1969).

Ocorre que a visão da autonomia como um poder jurígeno próprio, conforme uma ideia do prof. Antônio Junqueira de Azevedo reproduzida por Rodrigues Júnior, é *paradoxal* – “a concepção francesa traz o gérmen de sua própria destruição”. E isso porque ao mesmo tempo em que se prega por uma primazia indelével da vontade individual, esta acaba sendo respaldada na própria legislação do período. Claramente, a lei e o ordenamento jurídico que reconhecem a vontade, e a autorizam (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 119)⁷.

A partir dessa nova compreensão sobre o *status* da autonomia, sua classificação como um *poder de fato* se esfacela. Compreende-se que ela consiste em um *poder jurídico*: uma autorização que o ordenamento confere ao indivíduo para que, por meio do negócio jurídico, e respeitando os ditames legais, gere efeitos jurídicos (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 119). A partir dessa compreensão, Rodrigues Júnior (2004, p. 120) conclui que

a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se como uma derivação reducionista do *individualismo*, esquecendo o substrato *humanista* que deveria lhe permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos desígnios da lei.

Assim, no século XX a autonomia da vontade se estigmatiza: deixa de ser tida como a fonte maior da liberdade contratual e passa a sofrer uma série de ataques doutrinários, geralmente seguidos “de brados a que se lhes fossem impostos limites e contenções” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 120).

Um autor que contribui sobremaneira para tal estigmatização é Emilio Betti. O célebre jurista italiano, por crer que se enxergar a autonomia pela lente da vontade obscurece a compreensão do negócio jurídico, tece, no decorrer de sua obra, dura crítica a este dogma da vontade e à totalidade da elaboração pandectista que lhe deu origem. De forma contundente, afirma:

Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translúcida por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação da vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no “dogma da vontade”, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como um *fato social*: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a “querer” na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente (BETTI, 2008, p. 91).

⁷ O autor cita os seguintes exemplos: o art. 1.134 do Código [de Napoleão] Civil dos Franceses de 1804, que é reproduzido em termos simétricos no art. 702 do Código Civil português de 1867; art. 1091 do Código Civil Espanhol de 1889; e art. 1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas.

Igualmente, para o autor, a essência *normativa* do negócio também não é apreendida pela qualificação de *vontade* (BETTI, 2008, p. 102).

O autor retrata como inadequada utilização do antigo termo, visto que vontade não seria mais que uma condição psicológico-interna, pertencendo ao foro íntimo da consciência individual. O relevante no negócio jurídico, para ele, é a declaração (que também não precisa ser qualificada como “da vontade” para evitar redundâncias). Essa declaração o autor caracteriza como um preceito da autonomia privada, que, ao contrário da vontade (interna), é dotado de recognoscibilidade (BETTI, 2008, p. 89).

Para além de sua proposição de uma teoria preceptiva, na linha do que anteriormente fora concebido por Oskar Bülow e Karl Larenz (COUTO E SILVA, 1983), a parte mais relevante da obra de Betti é justamente a *destrutiva*, considerada até mesmo irresponsável pelo prof. Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, 2002, p. 9).

O contexto histórico do período em que fervilham os ataques ao voluntarismo é um momento de transição, o período do pós-Guerra: tido como um marco na história mundial e retratado pela quebra de paradigmas.

A industrialização e a urbanização que se seguem causam profundas alterações no sistema de direito privado: surgimento da empresa, novas figuras contratuais (tipificação dos contratos, contratos de adesão), e conseqüentes restrições à liberdade contratual, acompanhadas de renovadas críticas à autonomia da vontade, de diferentes ordens (AMARAL NETO, 1989).

Do ponto de vista filosófico, pode-se afirmar que marcadas tendências sociais se opõem ao individualismo do período anterior. Da perspectiva da moral, constata-se que princípios como o da liberdade e da igualdade não se realizam de forma harmônica. Além disso, supera-se a noção da igualdade em sua perspectiva puramente formal: passa a ser mais aceita a intervenção do Estado no direito dos contratos, a fim de equilibrar o poder das partes contratantes (o legislador limita a autonomia da vontade para o fim de proteger os polos mais fracos da relação jurídica patrimonial)⁸. Por fim, sob a perspectiva econômica, pode-se afirmar que o liberalismo clássico cede lugar a um socialismo em sentido amplo, à intervenção crescente do

⁸ Nesse sentido, ALTERINI, AMEAL, CABANA, 1998. p. 658: “Pero la observación de la realidad demuestra que, frente a la igualdad formal, están las desigualdades reales: están ‘los débiles frente al Derecho’ [...], a los que el Derecho protege: o está el plan del Estado, que éste se propone hacer cumplir. Y, así, interviene, ya para poner límites a la decisión acerca de si se contrata o no, ya para establecer dentro de qué limite es posible contratar, si el sujeto se decide a hacerlo”. A discussão sobre os limites à autonomia privada é realizada no ítem 3.2.

Estado na organização e disciplina dos setores básicos da economia alegando-se a inconveniência e até a impossibilidade de se deixar que as forças do mercado conduzissem economia nacional, especialmente em países em vias de desenvolvimento (AMARAL NETO, 1989).

É a partir deste ponto, também, que se percebe a passagem do Estado de Direito, de cunho liberal (e preocupado exclusivamente com o respeito aos direitos individuais) para o Estado Social, intervencionista (que busca a organização e disciplina da vida econômica, protegendo setores sociais mais desfavorecidos) (AMARAL NETO, 1989).

O conjunto desses fatores acaba dando causa ao surgimento de uma “nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*”. É a visão italiana, que reafirma o seu significado etimológico de dar normas para si mesmo (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 121).

3 A AUTONOMIA PRIVADA

A noção de autonomia privada começa a ser aventada pela doutrina italiana, mas até a obra de Luigi Ferri, a civilística daquele país não havia se debruçado com maior propriedade sobre o seu conceito. As considerações eram superficiais, insatisfatórias. Os autores que teciam comentários sobre o assunto acreditavam que a própria autonomia privada era um fenômeno social, que, existindo além do direito, seria apenas por ele reconhecido.

Ferri cria uma teoria que pressupõe que sem o direito, não se pode conceber a autonomia privada (FERRI, 1969).

O autor identifica dois problemas na doutrina existente. Segundo ele, há aqueles que confundem a autonomia privada com a autonomia da vontade (o que acredita não ser só uma formulação anterior desse conceito, mas sim uma categoria mais abrangente, alicerçada na vontade psicológica dos sujeitos); e aqueles que confundem a autonomia privada com a iniciativa privada (limitando a autonomia privada ao aspecto econômico – algo que Ferri acredita que Betti fizera em sua obra). Ambos os erros incorrem em um mesmo problema: esvaziar a discussão para fora do âmbito jurídico (FERRI, 1969).

Contemporaneamente, Moraes concorda que haja uma nítida distinção entre autonomia privada e iniciativa privada – sendo possível identificar inúmeras manifestações de iniciativa privada que não impactam o mundo jurídico. A autora aponta que Ferri equivoca-se, contudo, ao acreditar que Betti tenha confundido tais categorias:

[...] o que se me afigura claro é que Betti identifica na realidade social – e não poderia ser de outro modo –, no enlaçamento pessoal provocado pela iniciativa dos particulares, o fenômeno que poderá ensejar, ou não, o ato de autonomia privada (MORAES, 1977, p. 41).

Surgiria, assim, a necessidade de formular o conceito de autonomia privada em termos jurídicos precisos, também para evitar a imprecisão no uso indiscriminado de expressões como *autonomia privada*, *autonomia da vontade*, e *liberdade contratual* (FERRI, 1969).

Essa necessidade derivava de um escopo demasiadamente aberto do termo. Não há atividade humana voluntária que não pudesse se enquadrar em uma concepção “naturalista” de autonomia privada. Até mesmo os delitos seriam considerados atos de autonomia privada; e excluindo-os, ao restringir o campo para o que é lícito, a expressão continuaria imprecisa, pois além dos negócios jurídicos os atos jurídicos em sentido estrito e todas as aquelas atividades que a doutrina dominante considera lícitas (como gozar do direito de propriedade) seriam considerados atos de autonomia (FERRI, 1969).

3.1 Conceituação e contraposição com a autodeterminação e a liberdade contratual

Ferri defende então a necessidade de se restringir mais o conceito para chegar à formação de um instrumento útil. Nesse sentido, a própria acepção da palavra *autonomia* já revela algo além da mera possibilidade de agir, restringindo os atos ao campo do que é lícito. Mas a autonomia privada não se resume a isso: “não é uma expressão de uma mera licitude ou faculdade, mas sim uma manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro do limite estabelecido pela legislação, normas jurídicas” (FERRI, 1969).

Fulcrando-se então em Kelsen, Ferri reconhece função normativa inerente à autonomia privada. Contudo, por muitas vezes no decorrer da obra, escudando-se, qualifica esta autonomia privada com o adjetivo “social” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 122).

Betti (2008, p. 81), similarmente, já identificava a autonomia privada sendo reconhecida como atividade e *potestas*, ou seja, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares. Sua manifestação precípua seria, logicamente, o negócio jurídico.

Também Kelsen (1998, p. 179): “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”⁹.

⁹ Esclarece Rodrigues Júnior (2015, p. 121) que o princípio da autonomia privada, para Kelsen, “exprime-se na fórmula: uma norma criada contratualmente poderá instituir direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a formaram”.

Rodrigues Júnior (2004, p. 121) identifica, assim, alguns pontos de aproximação entre os autores do período, nas suas caracterizações de autonomia privada: (a) supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; (b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; e (c) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos, que exerceriam nos limites dela seus valores.

Alguns autores contemporâneos buscaram também conceituar, em suas palavras, este princípio.

Maria Amália Dias de Moraes (1977 p. 45), após elencar oito premissas para configuração conceitual dessa categoria, sugere que a autonomia privada seria “o poder reconhecido aos particulares de eleger, mediante manifestações adequadas de vontade, a disciplina das próprias relações, segunda as próprias conveniências, sob a tutela da ordem jurídica”.

Já Ana Prata (1982, p. 7 e 11), destacando de início que não acredita que “sujeito jurídico”, “propriedade”, e “autonomia privada” sejam conceitos universais, mas sim pertencentes ao domínio das relações entre proprietários, define a última como o “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de jurisdicizar sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”¹⁰.

Também Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 14) a define como o “poder dos particulares de regular por exercício da própria vontade as relações que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica”¹¹. Tem ainda a dizer, quanto à natureza deste princípio, que “a autonomia privada é verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade do sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias, ou de outrem” (AMARAL NETO, 1989, p. 15). Subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico. Objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento (AMARAL NETO, 1989).

¹⁰ Fica claro, por essa passagem, que a autora parte da premissa que propriedade e autonomia privada são conceitos com íntima correlação.

¹¹ Sobre sua relação com a autonomia da vontade, afirma: “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”.

Por fim, Joaquim de Sousa Ribeiro (2003) acredita que a autonomia privada é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos regulativos da regra por si criada. Aponta como seu componente e mais relevante manifestação a liberdade contratual – que nada mais é do que a forma de manifestação da autonomia no âmbito das relações que envolvam circulação de riquezas.

Em síntese, trata-se do espaço da lei que de alguma forma está aberto e pode ser preenchido pelos particulares. Nas palavras de Pontes de Miranda (2012): é o que ficou às pessoas¹².

Para Betti (2008, p. 130), vislumbra-se aqui uma competência dividida entre a lei e os particulares, e o reconhecimento da autonomia privada pelo ordenamento jurídico trata-se de um fenômeno de recepção, assinalando ainda que “a disciplina legal sobrepõe-se, naturalmente à autonomia privada, de que o negócio continua a ser fruto e expressão, e a competência normativa da ordem jurídica concorre, na disciplina do negócio, com a competência dispositiva dos particulares”.

Para além da iniciativa privada, dada a indeterminação e abertura do conceito de autonomia privada ele também já foi assemelhado ao conceito de *autodeterminação*. Embora, conforme Joaquim de Sousa Ribeiro (2003), subsistam aqueles que equiparam tais conceitos, tendo em vista seu estreito nexos funcional, prega o autor pela vantagem e rigor da separação conceitual entre as duas ideias.

A autodeterminação, segundo Joaquim de Sousa Ribeiro (2003, p. 22), situa-se noutro plano em relação à autonomia privada. É um conceito pré-jurídico que o autor define como “... o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências. É, como se vê, um conceito mais amplo e, necessariamente, um conceito de valor”¹³. Autodeterminação abarca além da autonomia privada elementos como as escolhas individuais quanto à ideologia, partido político, religião, etc. (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 127).

¹² O autor, com a peculiaridade que lhe é característica, era contrário à nomenclatura de “autonomia privada”. Em seu Tratado, cunhou uma expressão própria: *auto-regramento da vontade*. Discordava da utilização do termo “autonomia”, visto que passava uma implicada ideia da criação de normas pela própria pessoa, o que repudiava; e o vocábulo “privada” pois limitava o campo da vontade aos atos jurídicos entre particulares, sendo que defendia: “O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com êle, compor o suporte fáctico dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito” (*Id.*, p. 109-110).

¹³ V. também BRANCO, 2015, p. 9: “[...] mediante a compreensão de que ‘autodeterminação’ e ‘funcionalidade’ são elementos inerentes à ‘autonomia privada’. Nos atos de liberdade contratual não se pode afastar a autodeterminação, pois isso desnaturaria o ato, que seria jogado para outra matriz regulatória”.

A autonomia privada, assim, encontra-se como espécie em relação ao princípio constitucional da autodeterminação, e como gênero em relação à liberdade contratual. A autodeterminação é reconhecida, todavia, como um fim em si mesma, e, não sendo passível de ser meio, não pode ser funcionalizada (os limites possíveis de se imporem à autodeterminação são só negativos) (FERREIRA DA SILVA, 2015)¹⁴.

Aponta-se que o funcionamento livre desse princípio, contudo, mesmo em períodos em que ele não assumia um papel tão central para o direito privado, sempre conduziu a injustiças potenciais (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 652). Disso deriva a necessidade de impor-lhe limites.

3.2 A problemática maior: os limites da autonomia privada

Luigi Ferri (1969, p. 5), logo no início de sua obra, profere uma célebre frase: “o problema da autonomia privada é, antes de tudo, um problema de limites”. Essa frase vem sendo reproduzida por autores que abordam o corrente tema¹⁵.

Sobre isso, até mesmo os doutrinadores franceses contemporâneos, Genéviève Viney e Patrice Jourdain (1998) afirmam em seu *Traité de droit civil* que quanto ao poder criativo da autonomia privada, a doutrina se pacificou, e que seria quanto aos limites deste poder que as incertezas surgem.

Joaquim de Sousa Ribeiro (2003) aponta que há algumas limitações que são inerentes, uma vez que a autonomia privada diz respeito a um poder que é compartilhado (que se constitui no acordo entre dois ou mais sujeitos). Assim, para o autor, a autonomia plena individual só existe no “não”.

Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 35) trabalha eminentemente com dois limites: a ordem pública – um conceito de difícil definição que o autor identifica a um certo intervencionismo neoliberal (não se opõe à liberdade contratual ou livre concorrência, apenas visa evitar a que for desleal e proteger o consumidor) – e os bons costumes (ou regras morais).

¹⁴ Igualmente BETTI, 2008, p. 131: “[...] a ordem jurídica tem uma função apenas *negativa* e limitadora e disciplinadora; nem é de pensar que possa substituir-se ao indivíduo, na tarefa que é propriamente dele” (grifos no original).

¹⁵ A exemplo de AMARAL NETO, 1989, p. 35.

Cita também a boa-fé, a equidade, a standardização dos contratos, e etc., como exemplos de limites contemporâneos impostos à autonomia privada¹⁶.

Trabalhando mais sistematicamente, Pedro Pais de Vasconcelos (2009) afirma que a autonomia privada não significa liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos contratuais. Para além das áreas de influência setorial específica, que o autor não se prende por não relevar à generalidade dos contratos, e por nada acrescentar às limitações mais genéricas, identifica eixos de limitação, que chama, a saber: a lei, a moral, e a natureza.

O primeiro deles, a própria lei. A intervenção dela no plano contratual pode ser feita injuntiva ou dispositivamente (uma vez impõe regulações, noutras propõe). A lei não está então sempre hierarquicamente superior ao clausulado pelas partes. O negócio tem, portanto, posição hierárquica intermédia entre os preceitos legais injuntivos, que lhe são superiores, e os dispositivos, que lhe são inferiores (VASCONCELOS, 2009).

O segundo, a moral, opera na integralidade de seu eixo subjetivo (enquanto constelação de valores individuais) e objetivo (como ambiente axiológico difundido e aceito em dada sociedade). A submissão à moral não surge através da lei, mas sim da própria “Ideia do Direito”. Só a valoração negativa é relevante para se discutir a validade do contrato, contratos moralmente neutros são válidos. Atua em todas as fases do contrato, não servindo só como juízo de validade. A boa-fé é identificada aqui como um fator importante de penetração da moral no campo da regulação contratual (VASCONCELOS, 2009).

O terceiro, a natureza, limita a autonomia no mesmo modo que limita a liberdade das pessoas. Limita também a lei e o próprio direito, em geral, visto que o direito só rege condutas humanas e só pode o que as pessoas puderem (VASCONCELOS, 2009).

Traz ainda um último conceito, o de ordem pública. Identifica-o como o complexo de princípios e valores que informam a organização política, econômica e social da sociedade. Não é certo se ele estaria integrado na lei ou na moral (e se uma violação há de constituir, portanto,

¹⁶ Esse posicionamento é em parte reiterado mais recentemente em AMARAL NETO, 2015, p. 4: “Limites da autonomia privada são, de modo geral, as regras de ordem pública e os bons costumes. De modo mais específico, poderíamos dizer que o princípio da autonomia limita-se também por outros princípios, com os quais deve ser objeto de ponderação. São eles os princípios da boa fé, o da dignidade da pessoa humana (como fundamento dos direitos da personalidade), o da função social do contrato e da propriedade, o da responsabilidade patrimonial, o da equidade, e finalmente, mas não de menor importância, os interesses decorrentes do estado de vulnerabilidade que caracteriza a situação jurídica de determinadas pessoas, especificamente, as crianças, os adolescentes, os idosos, os consumidores, os locatários, os trabalhadores assalariados, etc.”.

Identificando também a ordem pública e os bons costumes como os eixos essenciais de limitação da autonomia privada, cf. HINESTROSA, 2014, p. 15-18.

uma ilegalidade ou imoralidade). Estima que é mais provável que constitua uma ponte entre ambas. É um conceito fluido (VASCONCELOS, 2009)¹⁷.

De toda sorte, com o intuito (ou escusa) de afastar a superada visão de autonomia da vontade, que era permeado de um insustentável individualismo, se recorreu ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares.

Em um estudo de cunho mais prático, julgando as teorias jurídicas que deram ensejo às intervenções estatais e demarcações de limites da autonomia privada, Joaquim de Sousa Ribeiro (2003) analisa os trabalhos de Schmidt-Rimpler e Flume. Conclui o autor, quanto ao primeiro, que sua teoria foi subvertida pela doutrina e pelo legislador para justificar muito da ingerência estatal na autonomia privada em zonas setoriais específicas, e quanto a segunda que as soluções propostas pelo autor, e também por Honn, não seriam suficientes para trazer uma sistematização coerente a essa heteronomia estatal.

Analisando jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, aplaude os passos dados por esta corte. Retoma um conceito já trabalhado por Pedro Pais de Vasconcelos ao afirmar que a jurisprudência da corte, em sua elaboração, traduz-se na formação de uma ordem pública de proteção, através de intervenções limitativas da liberdade contratual tuteladoras da parte mais fraca. Encontram-se, assim, o plano constitucional e o plano privatístico, sendo essa função de proteção dos direitos fundamentais o elo de ligação entre os dois domínios normativos (RIBEIRO, 2003).

Em que pese a semelhança disso com a contemporânea constitucionalização do direito civil e suas implicações assistemáticas, o autor trabalha com conceitos mais bem elaborados e determinados. Prega, em sede conclusiva, pela necessidade de identificar as razões que justificam um sistema diferenciado de tutela, com distintos níveis de compressão da liberdade contratual. Citando jurisprudência do Tribunal alemão, aponta dois pré-requisitos para essa identificação: efeitos contratuais invulgarmente gravosos para uma das partes e que isso ocorra num contexto de uma tipificável inferioridade estrutural do contraente prejudicado (RIBEIRO, 2003).

Também Menezes Cordeiro (2001, p. 652-660), em sua *magnum opus* sobre a boa-fé, assim dispõe sobre a possibilidade de intervenção nesse âmbito:

As restrições directas à autonomia privada traduzem a necessidade de uma conformação dos contratos com os modelos preconizados pelo Estado, por acto directo de soberania e sem dependência de uma busca, no caso, de justiça real, a procurar através da Ciência do direito e das suas luzes. [...]

¹⁷ A própria inderrogabilidade de leis injuntivas, para o autor, advém justamente do fato de serem de ordem pública – regem matérias hierarquicamente superiores às relações privadas.

Mantem-se em aberto, por isso, a possibilidade de um controlo judicial dos conteúdos contratuais, independente, por definição, das restrições legais específicas à autonomia privada, que possam por lei, ser estabelecidas, bem como dos níveis colectivos de negociação que, na prática, se tenham feito reconhecer.

A colocação, no Direito privado, do tema de controlo, pelo juiz, do conteúdo dos contratos, pressupõe o abandono, também no Direito privado, da autonomia, como mero dogma formal, e a sua substituição pela regra da autonomia efectiva.

A apontada crise por que passou – ou ainda passa – mais contemporaneamente o direito gerou pelo menos três consequências e modificações do sistema direito civil: (1) quanto as fontes, viu-se o caso das especializações e da proliferação de microssistemas, para além consagração de princípios constitucionais pertinentes ao direito privado (que deixam de ser programáticos e passam a ser normativos); (2) quanto a seus institutos fundamentais (personalidade, família, propriedade, contrato, e responsabilidade civil), que sofrem ampla transformação, especialmente diante da *funcionalização*; e ainda (3) amplia-se a atuação do Estado e de grupos intermediários (partidos políticos, sindicatos, associações de consumidores) nas atividades de direito privado (AMARAL NETO, 1989, p. 33)¹⁸.

No campo de um desses microssistemas – o direito do consumidor – claramente identifica-se, a partir de um certo declínio do individualismo, intervenções no espaço da autonomia privada que visam não a reduzir a liberdade dos indivíduos de gerirem seus próprios negócios, mas sim a garanti-la de maneira eficaz (MARQUES, 2016).

Se por um lado o individualismo se reduz ou anula, por outro ele (na forma de sua manifestação maior, a liberdade de iniciativa econômica) acaba sendo reconhecido constitucionalmente, e revestido de uma dimensão pública (funcional; busca-se sua utilização como instrumento de desenvolvimento e justiça social) (AMARAL NETO, 1989, p. 34).

Em outras palavras, a partir do fenômeno da funcionalização, em alguma medida reintegra-se a teleologia ao direito privado (VASCONCELOS, 2009).

Ana Prata (1982) discorre especificamente sobre a questão da funcionalização nesta matéria – a da autonomia privada. A partir do reconhecimento de que o ato de autonomia não é por si só jurígeno – depende antes do preenchimento de uma *fattispecie* prevista pela lei, a autora defende a possibilidade de introdução, por mediação legal, de elementos novos na con-

¹⁸ Encarando a crise por que teria passado também o direito contratual com otimismo, NORONHA, 1994, p. 16: “Se o contrato passou efetivamente por uma crise, da qual, aliás, está saindo, foi uma crise de vitalidade. Dela sai melhor apetrechado para resolver os problemas de produção e distribuição de riquezas, que são a sua finalidade primacial”.

figuração do regulamento de interesses querido pelas partes: “Pela via legal podem, num primeiro momento, introduzir-se elementos adequadores do regime das relações interprivadas e, num segundo momento, elementos correspondentes à tutela de interesses supraprivados, superiores aos que a relação interindividual põe em jogo” (PRATA, 1982, p. 21-22)¹⁹.

Já Luigi Ferri (1969), embora também acreditasse que a autonomia privada era reconhecida pelo ordenamento jurídico, apontava a ideia de *fattispecie* como uma ficção jurídica. Com base nisso, acreditava justamente que não se poderia funcionalizar ou de alguma forma dirigir a autonomia privada, apenas lhe impor limites negativos²⁰.

Surge a ideia que a funcionalização do negócio tem de ser encarada não em perspectiva global, mas sim integrada à própria estrutura conceitual do negócio jurídico (PRATA, 1982, p. 23)²¹.

Assim Francesco Lucarelli: “o papel da vontade individual fica subordinado à apreciação normativa, que está legitimada para decidir quais as representações subjetivas que devem entender-se como merecedoras de tutela” (LUCARELLI, 1970; PRATA, 1982, p. 23). A juridicidade do ato ou da relação afere-se pela dignidade do interesse em causa, e juízo sob essa dignidade é um juízo normativo informado por critérios supraindividuais (PRATA, 1982, p. 23)²².

Nessa nova perspectiva, a autonomia privada e sua manifestação precípua, o negócio jurídico, continuam sendo um meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada. Contudo, diversamente do que ocorria anteriormente, a disponibilidade desses elementos não é deixada exclusivamente às partes, vez que ao Estado incumbe também deveres que ele prossegue através deste meio e deste instrumento (PRATA, 1982, p. 23-24).

¹⁹ Prata afirma ainda que nem mesmo Savigny aceitava a ideia do negócio como ato meramente voluntário, já que, para o autor, o negócio jurídico só seria juridicamente relevante na medida em que preenche a previsão dada pela norma, estatuidos seus efeitos (assim como ninguém pode ser juiz em causa própria, ninguém pode ser legislador em causa própria).

²⁰ Note-se, inclusive, que o autor em múltiplas passagens critica as concepções de Savigny.

²¹ Defendendo que o princípio da boa-fé seja encarado não como um mero limite externo ao contrato e à autonomia privada, mas sim como um princípio estruturante do próprio direito contratual: BRANCO, 2000.

²² Outros autores trabalham de formas distintas com as possibilidades e transformações mais contemporâneas por que passa a autonomia privada. Veja, por exemplo: CANTALI, 2009; MOTA PINTO, 2006.

4 CONCLUSÃO

Ainda hoje, vê-se na doutrina nítida confusão, não só no que toca à definição do conceito de autonomia privada, mas entre esta e a autonomia da vontade. Com efeito, tratam-se de conceitos de difícil precisão. Não por outro motivo, a eles já foram dedicadas diversas obras, e, a respeito deles, travados respeitáveis debates doutrinários. Não por outra razão, considera-se não estar esgotado o tema, o que motivou a feitura deste trabalho e, mais importante, a reflexão sobre os contornos da autonomia, seja da vontade, seja privada, assim como sua evolução ao longo dos séculos.

Se é certo que os institutos jurídicos são inseridos em determinado tempo e espaço, não menos certo é que esse contexto terá influência na forma como eles são desenvolvidos e percebidos pelos atores daquele momento, e de momentos posteriores, daí advindo e sua evolução. Assim foi com a autonomia da vontade, cunhada quando em vigência social a lógica do individualismo. A passagem do feudalismo ao capitalismo, do status ao contrato, exigia a criação de formas de garantir a segurança jurídica na circulação de riquezas. Abriram-se portas para a ampla aceitação do voluntarismo e era a vontade, exteriorizada no contrato, que assumia, ali, o papel de protagonista: era a vontade dotada de poder jurígeno, partindo dela a criação dos direitos a que se submetia cada um.

Apesar de atribuída Kant e aos internacionalistas no século XIX, foi a Revolução Francesa que deu o tom à sua consagração como princípio do direito; se os homens são livres e iguais, é indispensável reconhecer-lhes a liberdade de produzir o direito.

A liberdade e a igualdade, no entanto, nem sempre se realizam de forma harmônica, e a história deu conta de demonstrar que a igualdade puramente formal dos sujeitos não conseguia acompanhar, por um lado, a industrialização e a urbanização (que exigiam instrumentos contratuais mais ágeis, e portanto menos suscetíveis à vontade dos contratantes, tal qual o contrato de adesão, ou o próprio contrato típico positivado), e por outro, o movimento de crescente intervenção do Estado na organização de setores básicos da economia, para garantir o desenvolvimento, mas protegendo os setores sociais mais desfavorecidos.

Daí o crescente repúdio ao termo vontade, e adoção do vocábulo privada, que reforça, não a criação de direito pela vontade, mas a capacidade de dar normas para si mesmo. O reconhecimento aos particulares do direito de eleger a disciplina de suas relações, agora, encontra-se sob a tutela jurídica, cabendo a esta conferir os espaços de abertura para a manifestação da autonomia.

Com esta breve narrativa, o que se pretendeu aqui demonstrar, foi que a autonomia privada, em verdade, é a evolução do conceito de autonomia da vontade, influenciada pelas mudanças históricas ocorridas, e, como tal, permanece em constante evolução. Se a problemática maior que se põe hoje à questão da autonomia são os seus limites, o momento contemporâneo só faz crescer a expectativa de definição de, talvez, ainda dê novos contornos à autonomia privada.

Da atual crise do direito, pode-se levar, assim, o convite à reflexão do resultado que terá, na autonomia da vontade, a batalha de forças antagonistas: o individualismo e as tendências sociais, a vontade e a norma positivada. O que se conclui, no entanto, é que a autonomia, moldando-se ao tempo em que se encontra, não está em crise, mas sim em adaptação, e resistirá à mudança dos tempos.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 658
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Estudo em homenagem ao Prof. Ferrer Correia, 1989.
- _____. A autonomia privada como fonte normativa e como cânone de interpretação. In: ENCONTRO NO INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURAIS, 2015, Canela.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.
- BRANCO, Gerson. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e democracia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 95-112, 2000.
- _____. Autonomia privada e usos negociais: notas para um debate. In: ENCONTRO NO INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURAIS, 2015, Canela.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 58, n. 1, p. 311-372, 1983.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Autonomia privada e usos negociais. In: ENCONTRO NO INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURAIS, 2015, Canela.

- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução em espanhol: Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 26, p. 5-39, 2014.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LUCARELLI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1970.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1596 p.
- MAINE, Henry Summer. *Ancient law*. Londres: John Murray, 1861.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 361-404.
- MORAIS, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. *Separata da Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, v. VII, n. 20, p. 34-52, 1977.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral; Tomo III: Negócios Jurídicos. Atualização: Marcos Bernardes de Mello; Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Tratado de Direito Privado, 3).
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. (Coleção Teses).
- VICENTE, Dário Moura. Autonomia privada e direito comparado: os diferentes significados. In: ENCONTRO NO INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURAIS, 2015, Canela.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. 1226 p.