

AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIVRE INICIATIVA: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel**

1. INTRODUÇÃO

Tem-se, com o presente trabalho, o objetivo de mostrar o conteúdo e a abrangência dos princípios da autonomia privada, da autonomia da vontade e da livre iniciativa, buscando-se, para tanto, suas perspectivas no atual sistema jurídico brasileiro, e, principalmente, sua concepção nesta nova etapa de reconstrução do Direito Privado.

Desta feita, primeiramente se faz necessária uma breve análise filosófica do conceito de liberdade, vez que se trata de valor inspirador para o tema ora proposto.

Sob a ótica jurídica propriamente dita, vale analisar os princípios informadores do sistema jurídico de Direito Privado, ressaltando, desde já, que a autonomia privada constitui um destes princípios basilares, estando atrelada ao valor máximo da Ciência Jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, o estudo da evolução do significado da autonomia privada nos sistemas jurídicos que se formaram ao longo da história nos auxiliará na compreensão da dogmática atual, notadamente na renovação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002.

É certa, ainda, a diferenciação existente entre os termos *autonomia da vontade*, *autonomia privada* e *livre iniciativa*, de forma que a caracterização e aplicação de cada um deles compreenderão análise e discussão de grande relevância.

Posteriormente, abordar-se-á a manifestação da autonomia privada nos atos jurídicos em geral, inclusive dentro da amplitude dos negócios jurídicos, quando então falaremos da liberdade contratual.

Nesse contexto, como adiante se mostrará, o negócio jurídico assume a feição de fonte do direito, sendo consideradas as disposições oriundas da autonomia privada como verdadeiras normas jurídicas, criadoras de direitos e obrigações.

Por fim, o perfil político-ideológico do Código Civil de 2002 impõe nos atermos à questão da heteronomia da vontade, acompanhando, neste passo, as diretrizes da socialidade e da eticidade sustentadas por MIGUEL REALE.

* Advogada, Mestranda em Direito Civil na PUC/SP, Professora assistente de Direito Civil na PUC/SP, Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá e da Faculdade de Direito do Centro Universitário Capital.

Desse modo, a autonomia privada deve ser vista em consonância aos novos valores inseridos no Código vigente: função social da propriedade, função social do contrato e boa-fé objetiva.

Parece-nos, portanto, que todos estes aspectos compreendem uma tentativa de análise da construção de um novo modelo jurídico, este tendente a se compatibilizar com o atual momento histórico, econômico e social brasileiro.

2. CONCEPÇÃO FILOSÓFICA DA LIBERDADE

Antes de adentrarmos mais profundamente no aspecto jurídico da *autonomia da vontade*, da *autonomia privada* e da *livre iniciativa*, merecem destaque breves considerações a respeito da concepção filosófica da liberdade.

No período aristotélico, se dizia que a liberdade é o poder de autodeterminação. Mais tarde, Kant utiliza a expressão *autonomia da vontade*, se referindo à liberdade como o poder de dar-se leis e de agir de acordo com elas.¹

Inspirada na concepção tomista, a liberdade está atrelada ao conceito de pessoa. Nas lições de WALTER MORAES, os bens que em Direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*.²

Assim, pessoa é um ser com características precisas: inteligente e livre, ou seja, dono do seu próprio ser.³ Podemos dizer, por conseguinte, que o homem, por natureza, é um ser livre e racional. A liberdade e a consciência são atributos fundamentais da pessoa humana, através dos quais o homem se torna capaz de escolher suas atividades e avaliar as conseqüências de seus atos.

Buscando a definição de liberdade, JACY DE SOUZA MENDONÇA diz que a liberdade é capacidade, força, energia para poder eleger, dentre a multiplicidade dos bens disponíveis, aquele que, segundo a visão, certa ou errada, se ajusta à fome de ser que está no ato volitivo.⁴

Sob a perspectiva axiológica, vemos que o homem possui a capacidade de apreciar os valores, sejam eles econômicos, éticos, utilitários ou religiosos e, partindo deles, autodeterminar-se. Sendo assim, a liberdade é um valor da natureza humana, e através dela se torna possível a definição por outros valores.

Por outro lado, vemos que a necessidade social e o bem comum exigem que a liberdade não adquira um significado ilimitado e irrestrito, de forma a possibilitar a convivência e a pacificação social.

Nessa ótica, a liberdade deve se compatibilizar às exigências do bem co-

¹ Apud ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

² MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa*. Revista dos Tribunais, v. 590, p. 14-23, dezembro de 1994.

³ HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9. ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1981, p. 116.

⁴ MENDONÇA, Jacy. *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 64.

num, o que, nas palavras de JOAO XXIII, representa o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.⁵

Em linhas gerais, trata-se da coexistência harmônica das liberdades individuais, o que faz com que o Estado, através de suas atividades, desempenhe um papel limitador e regulador, sem, contudo, deixar de respeitar e privilegiar a pura manifestação da vontade como forma de concretização da liberdade.

3. A AUTONOMIA PRIVADA COMO UM DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO

Os princípios gerais do Direito Privado são inspirados em princípios fundamentais do Direito, os quais, nas palavras de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., representam uma reminiscência do Direito Natural como fonte.⁶

Sem dúvida, o sistema jurídico de Direito Privado tem por pressuposto a existência de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, integrantes de princípios basilares e estruturais da Ciência do Direito.⁷

Falar-se, contudo, em princípios significa, outrossim, falar em valores. Os valores, tais quais a dignidade da pessoa humana e a liberdade, norteiam a formulação dos princípios. Nesse sentido, GIORGIO OPPO diz que os valores funcionam como idealidades civis que inspiram a ordem jurídica e os princípios são a assunção em forma de preceitos desses valores.⁸

Devemos, pois, sustentados nos ensinamentos de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, dizer que são princípios de Direito Privado: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé objetiva, princípio da imputação civil dos danos e, por fim, o que constitui objeto do presente trabalho, princípio da autonomia privada.⁹

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensina, ainda, a ilustre autora, que “ele é a razão de ser do Direito, seu fundamento axiológico, sendo a vida e a liberdade suas expressões mais extraordinárias. Em sendo assim, o sistema jurídico de Direito privado encontra seu substrato na dignidade da pessoa humana, fazendo com que o homem seja reconhecido como sujeito de direito”.¹⁰

⁵ Apud Lins, Carlos Francisco B. R. Bandeira. *Breves reflexões acerca do bem comum*. Revista *Justitia*, ano XXXVIII, 4º trimestre de 1976, vol. 95, p. 55-64.

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.

⁷ Segundo José Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho Civil, Teoría Preliminar – Introducció al Derecho, Principios generales del Derecho*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1989, p.216), no campo do Direito, os princípios são as diretrizes que justificam o caráter racional de todo o ordenamento.

⁸ OPPO, Giorgio. *Sui Principi Generali Del Diritto Privato*. Revista de Diritto Civile, ano XXXVII, n. 1, 1991, p. 475.

⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110-121.

¹⁰ Nesse sentido, Alexandre dos Santos Cunha (Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil in: *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260) afirma: “O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: a vértice do Estado de Direito”.

Distanciando-se do direito romano, em que só se considerava o homem como sujeito de direitos quando fosse livre, cidadão romano e independente do poder familiar, o sistema jurídico atual (art. 1º do Código Civil de 2002) considera que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo, portanto, sujeito de direito.

A partir desta visão, ser sujeito de direito significa ser titular de direitos, considerando-se o respeito e a preservação da dignidade da pessoa humana o maior e mais absoluto de todos eles. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é o conjunto de condições necessárias para a preservação e desenvolvimento da personalidade humana, e todos os demais princípios de Direito Privado são decorrências deste princípio fundamental e supremo.

É, portanto, a dignidade da pessoa humana valor e princípio basilar de toda a Ciência Jurídica, representando, ainda, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

De outra parte, um segundo princípio de Direito Privado é o princípio da boa-fé objetiva.

Antes de mais, importa fazermos uma breve diferenciação entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio. Por outro lado, a boa-fé objetiva deve ser entendida como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade.¹¹

Nascida no direito romano, a boa-fé objetiva foi inserida no Código Civil de 2002 no art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Com efeito, a boa-fé objetiva, enquanto padrão de conduta, assume três distintas funções, quais sejam, a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.¹²

Posteriormente, baseado na noção de responsabilidade do sujeito de direitos e de penalidade às condutas humanas lesivas, tem-se o princípio da imputação civil dos danos, através do qual surge o dever de indenizar pelos danos causados aos bens ou direitos de outrem.

Nessa órbita, distanciando-se do sistema de vingança pessoal e privada predominante nas antigas civilizações, o atual sistema jurídico privado se fundamenta na responsabilidade civil dos danos. Assim, o ordenamento jurídico confere àquele que foi lesado o direito de ser ressarcido pelos danos que lhe foram causados, estabelecendo, de outra parte, o dever de indenizar, imputável ao causador do dano através de seu patrimônio.

¹¹ MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

¹² *Idem*, p. 427.

Por fim, à luz dos valores de liberdade e de dignidade da pessoa humana, destacamos a autonomia privada como o último dos princípios de Direito Privado.¹³

Por ora é válido mencionar que a autonomia privada é princípio específico do Direito Privado, o que se mostrará adiante, quando tratarmos da diferenciação existente entre o referido princípio e os princípios da autonomia da vontade e da livre iniciativa.¹⁴

Etimologicamente, autonomia é o poder de estabelecer a sua própria lei. Sob o prisma jurídico, a autonomia privada consiste em um poder de auto-regulamentação de interesses privados. A liberdade dos sujeitos de direito, refletida na esfera do Direito Privado, confere a eles um poder de disciplinar as relações jurídicas em que figuram como titulares.

Ensina ANA PRATA que a autonomia privada traduz-se, pois, no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.¹⁵

Para FRANCISCO AMARAL, a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.¹⁶

Veja-se, pois, que a autonomia privada adquire o *status* de poder jurídico dos particulares. Em outras palavras, o poder de estabelecer normas jurídicas individuais reguladoras da atividade privada, cujo exercício tem por finalidade a consecução de fins particulares.

Corroborando este entendimento, LUIGI FERRI afirma que a autonomia privada, quando se concretiza em negócios particulares, é um poder concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados.¹⁷

Ademais, tratando-se de um poder jurídico particular, a autonomia privada conduz à liberdade de os particulares criarem, extinguirem e modificarem direitos. Ou seja, o poder de auto-regulamentação particular leva, outrossim, ao poder de definição dos efeitos e conseqüências jurídicas dos atos praticados.

Estabelece-se, por sua vez, um duplo significado de autonomia privada. De um lado, assume um significado positivo, vez que se concretiza através da atuação particular. De outro, a autonomia privada adquire um significado negativo, tendo em vista que se reflete na impossibilidade de outros particulares ou do Estado interverem ou regularem relações jurídicas privadas, salvo nos casos em que a necessida-

¹³ Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 576, diz que a autonomia privada funciona, também, como princípio informador do sistema jurídico, isto é, como princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.

¹⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 11.

¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 328.

¹⁶ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 38

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p. 334.

de social, expressamente prevista em normas cogentes, assim o autorize.

A par disso, não se deve considerar a autonomia privada como princípio irrestrito e ilimitado, uma vez que a própria convivência social impõe aos indivíduos restrições a este poder jurídico. Sendo tais limitações um pressuposto para a garantia do bem comum e da paz social, cabe ao direito a função de corrigir e equilibrar o poder jurídico da autonomia privada, na tentativa de compatibilizar interesses econômicos e sociais conflitantes.

Nesse sentido, a autonomia privada, em sua concepção moderna, assume o caráter de poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, nos limites traçados pela ordem jurídica. Tais limites consubstanciam-se na predominância de determinadas regras jurídicas imperativas em relação à vontade manifestada, bem como na impossibilidade de o poder privado regular certas matérias ou relações, consideradas, por sua natureza, de interesse público.

Em suma, a manifestação da vontade individual deixa de ser vista como uma realidade intangível em razão da agregação de novos valores ao sistema jurídico de Direito Privado, os quais emergem dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial a preservação da dignidade da pessoa humana, e de novas normas jurídicas inseridas na legislação civil vigente.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE E O PERFIL HISTÓRICO ATUAL

A concepção do princípio da autonomia privada sofreu, ao longo da história, uma significativa evolução, de forma que uma síntese acerca das etapas desta transformação nos auxiliará para a compreensão do significado atual deste princípio no nosso sistema jurídico.

Observe-se, contudo, que a concepção de autonomia privada é reflexo, em suas origens, da própria concepção de contrato, tendo em vista que este instituto jurídico representa a maior e mais complexa manifestação da liberdade privada individual.

Ademais, não obstante se tratar de conceitos com abrangências distintas, como se analisará no presente trabalho, a autonomia privada e a autonomia da vontade são formas de manifestação da vontade, e, por isso, possuem identificações na evolução histórica de suas acepções.

No direito romano temos a *lex privata* como primeira forma de manifestação do “ius civile”. A *lex* era uma declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo entre declarante e destinatário. Denota-se, deste período, um extremado apego ao aspecto formal da manifestação da vontade.¹⁸

O cristianismo, ao colocar o homem no centro das reflexões de ordem religi-

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

osa, filosófica e social, vem, através do Direito Canônico, a consagrar a declaração da vontade como fonte de obrigações jurídicas. Assim, para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.¹⁹

Da fase do direito canônico deriva, outrossim, a teoria dos vícios do consentimento, uma vez que a vontade manifestada, isenta de vícios, ensejava a proteção divina da obrigatoriedade dos contratos. Ou seja, somente a vontade puramente declarada continha uma força vinculante defendida pelos cânones da igreja católica.

Com a escola de direito natural, a idéia da origem divina do direito substituiu-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. MIGUEL REALE nos ensina que à luz do Direito Natural, especialmente devido às idéias de Kant, a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza.²⁰

As idéias de Kant influenciaram sobremaneira a Alemanha à época da sistematização do direito. Tais idéias foram uma das bases da formação da *Willenstheorie*, fazendo com que a vontade interna, manifestada sem vícios, fosse considerada a verdadeira fonte do contrato.²¹

A liberdade individual, sob a denominação de autonomia da vontade, revela seu ápice com a Revolução Francesa em 1789 e com a posterior fase de liberalismo econômico reinante nos séculos XVIII e XIX. A burguesia industrial encontra nos contratos uma forma de satisfazer os seus objetivos econômicos, na medida em que eles proporcionam a circulação de bens e serviços.

Sob o dogma da vontade livre, o capitalismo burguês fez assentar que o indivíduo é, na sociedade, um ser essencialmente livre, que somente pode se vincular e não pode sofrer nenhuma outra constrição senão aquelas que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica excepcionalmente, e de forma limitada e vaga, lhe assinala.²²

Decorre daí um período marcado pela mínima intervenção estatal nas relações particulares, não se concebendo, como regra quase absoluta, a imposição de deveres jurídicos aos sujeitos de direitos na sua esfera particular.

Consagrado pelo Código de Napoleão (1804), o princípio da autonomia privada, entendido na sua acepção mais abrangente, passa a ser princípio informador do sistema jurídico de Direito Privado. Em conseqüência, efetiva-se o reconhecimento dos direitos subjetivos e garante-se ao contrato o *status* de norma jurídica

¹⁹ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 61.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

²¹ MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

²² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 115.

disciplinadora de relações particulares, partindo de uma construção jurídica notadamente individualista e voluntarista, circunscrita ao princípio da força obrigatória dos contratos.

Na mesma linha, o Código Civil alemão de 1896 (BGB) garante ao indivíduo o poder jurídico da autonomia privada, conferindo-lhe uma ampla margem de liberdade, tanto na esfera do direito contratual, quanto no campo do direito de propriedade.

Com efeito, sob esta ótica foi formulada a concepção clássica de contrato. O liberalismo econômico dos séculos passados nos trouxe a idéia do contrato como instrumento destinado à satisfação de interesses puramente individuais, que gera, por sua força normativa própria, um poder de vinculação quase absoluto. Essas características modelaram o conteúdo jurídico de legislações de vários países, inclusive o nosso Código Civil de 1916.

O século XX foi marcado pela transformação do Estado Liberal em Estado Social. O liberalismo econômico, nitidamente individualista, gerou uma enorme crise social, fundada, essencialmente, na desigualdade econômica existente entre as classes.

Após a primeira guerra mundial, e, principalmente, com a Constituição de Weimar, surgem os chamados direitos sociais, como elemento identificador do Estado Social. Cria-se, desta forma, um novo modelo político-jurídico, baseado no dever do Estado em garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais e culturais, ou propiciando que eles possam obtê-los pelo seu trabalho (direito ao trabalho, direitos dos trabalhadores, liberdade sindical, direito de greve, direito à saúde, direito à assistência social, limitações à propriedade, etc...).²³

A partir de então, é notória a preocupação dos Estados em formular sistemas jurídicos constitucionais norteados não apenas pela igualdade formal (concepção de que todos os homens são iguais perante a lei), mas também na igualdade material ou substancial (consubstanciada na efetiva igualdade entre os cidadãos e na imposição de deveres ao Estado no sentido de proporcionar mecanismos e instrumentos para o alcance desta igualdade).

Em decorrência dos novos princípios e direitos constitucionais, na esfera contratual, o Estado passa a assumir uma posição intervencionista, protecionista e reguladora, o que se dá principalmente através de normas que garantem a paridade entre as partes da relação jurídica e a preservação de condições mínimas de dignidade da pessoa humana, além de combater a má-fé, o lucro desproporcional, e o aproveitamento da situação de desigualdade por uma das partes contratantes.

Nesse contexto, o moderno Direito Privado, em consonância com as transformações históricas mundiais, se caracteriza pela adoção de alguns paradigmas: o Direito Privado como garantia de acesso a bens, o Direito Privado como limite ao poder e o Direito Privado como proteção do indivíduo.²⁴

²³ Estes paradigmas são sustentados por Ricardo Luiz Lorenzetti, na obra *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

No que concerne à autonomia privada, o cenário jurídico atual nos mostra que normas imperativas permeiam a liberdade contratual das partes, em virtude do interesse público a que visam resguardar.²⁵

Nesta realidade, vislumbra-se a superação da tradicional dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, existente desde o direito romano e evidenciada no período de codificação oitocentista, em que se colocavam como ramos distintos e separados da ciência jurídica. O que se denota, portanto, é a necessidade de se caracterizarem como ramos complementares do direito, cujas normas jurídicas se interpenetram.²⁶

Na visão de PIETRO PERLINGIERI, retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.²⁷

5. AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIVRE INICIATIVA: SEUS SIGNIFICADOS DISTINTOS

A autonomia da vontade, a autonomia privada e a livre iniciativa são termos inspirados no valor jurídico da liberdade, refletido na manifestação da vontade individual e na possibilidade de escolha dentre várias alternativas possíveis. Entretanto, apesar de muitos autores não atentarem para a diferenciação existente entre estas expressões, é possível identificar elementos peculiares de distinção, inclusive no que diz respeito à abrangência e aplicabilidade dos conceitos.

5.1. AUTONOMIA DA VONTADE

A expressão autonomia da vontade tem sua origem no pensamento filosófico de Kant e está relacionada à vontade real do sujeito no exercício de sua liberdade, sendo entendida como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo dos ensinamentos de LUIGI FERRI, constata-se que a autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva ou psicológica, na medida em que representa o querer interno do sujeito de direitos, ou seja, a sua real vontade.²⁸

²⁵ Segundo Maria Celina B. M. Tepedino, no artigo denominado "A caminho de um direito civil constitucional", *in* Revista de Direito Civil, n.65, 1993, "a separação do direito público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação".

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. de Maria Cristina De Cicco, 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55.

²⁷ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privata*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 3-6.

²⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-116.

Nesta visão, a autonomia da vontade faz surgir um princípio de coerência entre a vontade interna e a vontade manifestada. O querer interno do sujeito de direito deve corresponder ao querer declarado, o que justifica a adoção da teoria dos vícios do consentimento pela teoria geral do Direito Privado, como forma de invalidação de ato ou negócio jurídico.²⁹

A autonomia da vontade possui um conteúdo nitidamente voluntarista, trazendo para a própria manifestação da vontade a causa da produção de efeitos jurídicos.³⁰ Nesse sentido, *MISSSES E HAYEK* dizem que o contrato em si mesmo tem uma função de ordenamento social, sobretudo no contexto de uma economia liberal. As partes sabem o que é que lhes convém, e deve-se deixá-las agir livremente porque dessa atuação desordenada, caótica, se desenvolverá a ordem social mais eficiente.³¹

5.2. AUTONOMIA PRIVADA

Em conformidade com o que foi analisado anteriormente ao tratarmos dos princípios informadores do Direito Privado, tem-se que a autonomia privada é o poder jurídico normativo conferido às partes para auto-regulamentar as suas relações jurídicas particulares, desde que obedecidos os limites impostos pela lei. Em outras palavras, a expressão autonomia privada deve ser utilizada significando o poder atribuído por lei aos indivíduos para a criação de normas jurídicas capazes de definir o conteúdo e os efeitos do ato praticado.

De outra parte, *ANA PRATA* diz que em uma perspectiva ampla, a autonomia privada se desdobra em dois aspectos essenciais: direito subjetivo e liberdade negocial. Porém, comumente se faz coincidir a autonomia privada com o segundo aspecto referido, isto é, se tomam como sinônimos a autonomia privada e a liberdade negocial.³²

Constata-se, pois, a partir da autonomia privada, a existência de uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do Direito Privado. Nestes termos, é concedido ao particular, enquanto legislador de seus próprios interesses, um espaço para o exercício de sua atividade jurídica.³³

Tal análise serve para mostrarmos que a autonomia privada é princípio específico de Direito Privado, com atuação primordial na esfera do Direito obrigacional, em especial no campo dos negócios jurídicos, dos quais o contrato é seu maior

²⁹ Segundo Roberto Senise Lisboa, a teoria voluntarista é aquela segundo a qual a vontade humana é o fundamento das obrigações contratuais (*Manual elementar de direito civil*, 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38)

³⁰ *Apud* Lorenzetti, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

³¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 15-16.

³² AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p. 337.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 222.

exemplo. Por meio do contrato, se torna possível a concretização do poder jurídico de normatizar relações jurídicas, estabelecendo o conteúdo e os efeitos desejados pelo sujeito.

O fenômeno de criação de normas jurídicas destinadas a produzir efeitos escolhidos pelos sujeitos participantes do negócio jurídico não é constatado, todavia, nos atos jurídicos em sentido estrito.

Em se considerando que tais atos possuem seus efeitos previamente estabelecidos na lei, tem-se que a manifestação da vontade é apta tão somente a definir pela prática do ato, não havendo qualquer liberdade na disposição do seu conteúdo e de suas conseqüências. A título de ilustração, temos o ato de reconhecimento de filho previsto no art. 1.607 do Código Civil de 2002, em que há uma opção pela prática do ato, cujos efeitos encontram-se previamente dispostos na lei.

Apesar de o princípio da autonomia privada possuir uma maior aplicabilidade no Direito das obrigações, ele se manifesta também em outras áreas do Direito privado, ainda de forma muito mais restrita.

De fato, temos no Direito de família a possibilidade, em determinados atos de natureza patrimonial, de as partes manifestarem uma certa margem de liberdade de estipulação. É o que ocorre, por exemplo, na celebração do pacto antinupcial pelos futuros cônjuges. Ainda, no Direito das Sucessões, o testador estabelece normas sobre a destinação do seu patrimônio, a despeito de estar vinculado ao cumprimento de formalidades legais e haver limitações ao seu poder de testar.

Neste passo, é evidente o papel normativo dos atos de autonomia privada. Em conseqüência, as leis criadas pelos particulares assumem a feição de fonte do direito. A este respeito, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ entende que se tomarmos a expressão *fonte do direito* no sentido de fonte de emanção de normas tanto gerais, como individuais, as denominadas fontes negociais são fontes do direito como quaisquer outras.³⁴

Feitas tais considerações, nos resta analisar a origem de tal poder jurídico, de forma que existem controvérsias no sentido de ser a autonomia privada um poder oriundo da pura manifestação da vontade ou, em sentido oposto, de ser fruto da concessão do poder estatal através do ordenamento jurídico. Em outras palavras, referida análise consiste em sabermos se o ordenamento jurídico reconhece a natural existência da autonomia privada ou, sendo ela criada pela lei, a concede aos particulares.

Nos fundamentos filosóficos, assinalaram-se as seguintes formas de ver o problema: a soberania da vontade é um princípio de Direito natural, anterior inclusive à organização do Estado ou, contrariamente, não há uma soberania pré-estatal, mas uma delegação do Estado à autonomia privada.³⁵

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

³⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. v. III, Lisboa, 1992, p. 40-42.

Discorrendo sobre tal problemática, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO nos relata que para *Savigny* há um papel passivo da ordem jurídica em relação à vontade, enquanto que para *Windscheid* o decisivo não é o querer do homem, mas a lei que dota o negócio de eficácia jurídica. Ao final, o autor revela a opinião de que o poder em que se cifra a autonomia, não sendo soberano, terá de ser reconhecido por um ordenamento superior. Assim, a autonomia privada é o poder que têm os particulares de se dar um ordenamento, reconhecido por um ordenamento jurídico superior.³⁶

Nessa ótica, melhor entendermos que a autonomia privada, enquanto poder, não possui os atributos da independência absoluta e da originalidade e, por tal razão, as normas negociais não são absolutamente autônomas e independentes. Isto se deve ao fato de as normas negociais terem seu fundamento de validade nas normas legais. Assim, o negócio jurídico, como fonte normativa, está subordinado a um ordenamento jurídico superior.³⁷

Podemos dizer, por conseguinte, que a autonomia privada, não sendo poder originário, deve ser exercida nos limites estabelecidos pela lei. A livre manifestação da vontade permanece como regra, porém, compete ao Estado, através das funções legislativas e jurisdicionais, direcionar e intervir em relações jurídicas contrárias a interesses sociais e de ordem pública. É, sem dúvida, nesta diretriz que se enquadra o significado atual da autonomia privada no nosso sistema jurídico.³⁸

Diante de tais considerações, concluímos que as partes ao celebrarem o negócio jurídico possuem a liberdade de escolher os efeitos que pretendem produzir. Porém, a validade do ato negocial decorre da margem de liberdade concedida pela lei aos particulares para a auto-regulamentação de seus interesses e está subordinada aos limites legais estabelecidos.

De toda a sorte, as normas de intervenção da autonomia privada somente se justificam se considerarmos que não há uma soberania pré-estatal da autonomia privada, mas sim uma delegação do Estado aos particulares.

5.3. LIVRE INICIATIVA

Ao tratarmos da autonomia privada, analisamos a conotação jurídica dessa expressão, inserindo-a dentre os princípios informadores do sistema jurídico de

³⁶ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 84.

³⁷ Tal panorama é demonstrado claramente no nosso sistema jurídico por algumas legislações: Lei 8.009/90 (que institui a impenhorabilidade do bem de família no intuito de proteger a moradia da família), pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a inclusão no Código Civil de 2002 dos institutos da lesão (art. 157), dos princípios da função social do contrato (art. 421), da função social da propriedade (art. 1.228, parágrafo 1º), da boa-fé objetiva (art. 422) e da resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478).

³⁸ Na CF/88, a livre iniciativa encontra-se expressamente referida no art. 1º, inciso IV, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ademais, assim estabelece o parágrafo único do art. 170 do nosso texto constitucional: "Art. 170: A ordem econômica, fundada na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Direito Privado. Não há que se fazer, contudo, a mesma inserção à livre iniciativa, dado o aspecto econômico refletido nesta terminologia.

À luz da economia, a autonomia privada é traduzida pela livre iniciativa. Ou seja, a liberdade individual, evidenciada no poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses, se manifesta no plano econômico através da livre iniciativa.

Nesta ordem de idéias, a livre iniciativa é o poder consubstanciado na possibilidade de os particulares disciplinarem e definirem a sua atividade econômica, ou, em outras palavras, é o livre exercício da atividade econômica pelos particulares.

Não obstante o prisma econômico da livre iniciativa, é certo que o exercício da atividade econômica se faz através do instituto jurídico dos contratos. Na verdade, o contrato cumpre uma função econômica, uma vez que é instrumento necessário para a regulação das atividades econômicas de produção, comercialização e consumo.

De outra parte, inspirada na doutrina de *Adam Smith* e consagrada durante o período do liberalismo econômico do século XIX, a livre iniciativa é, no nosso sistema constitucional, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um princípio geral da atividade econômica.³⁹

Note-se, contudo, que o atual sistema econômico constitucional confere à livre iniciativa um significado diverso daquele empregado no período individualista liberal, em que se preconizava a mínima intervenção estatal nas relações econômicas.

Com a instituição do Estado Social, fundado nos direitos sociais e nos princípios de justiça social e igualdade material, a economia passa a ser vista pela ordem jurídica sob o prisma da solidariedade social, se tornando necessária e obrigatória a intervenção do Estado na ordem econômica para a concretização destes dogmas.⁴⁰

Nesta realidade, a ordem constitucional do Estado Social estabelece princípios gerais com reflexos econômicos, além de princípios específicos reguladores da atividade econômica. Concomitantemente, garante ao Estado a possibilidade de explorar diretamente a economia e de fiscalizar o seu exercício pelos particulares.⁴¹

³⁹ Segundo Eduardo Teixeira Farah, "a diretriz da solidariedade social impõe seja observado em toda e qualquer atividade empresarial um mínimo de racionalidade econômica, pois não haverá justiça econômica e pleno desenvolvimento se não for garantido um mínimo de equilíbrio material no campo das relações econômicas da sociedade". (Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social: *In A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 679)

⁴⁰ Referindo-se aos princípios constitucionais de ordem econômica, João Bosco Leopoldino da Fonseca diz que o Estado assumiu o encargo de promover o desenvolvimento nacional, quer atuando no domínio econômico, quer intervindo indiretamente. (*Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 84.)

⁴¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87-95.

É, pois, justamente neste contexto que se insere a Constituição Federal de 1988. Logo em seu art. 1º, o nosso texto constitucional diz que são fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). Sem dúvida, tais princípios devem nortear todos os segmentos da atividade brasileira, inclusive o econômico.

Posteriormente, no art. 3º, estão dispostos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação (inciso IV). Ainda, nos art. 5º e 6º, estão previstos os direitos individuais, coletivos e sociais.

Por sua vez, o art. 170 da nossa Constituição traça a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Ademais, estabelece alguns princípios reguladores da atividade econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, proteção do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros.⁴²

Ressalte-se, finalmente, que o art. 174 confere ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, através do exercício das atividades de fiscalização, de incentivo e de planejamento.

Todos estes preceitos constitucionais demonstram a realidade de um Estado intervencionista, tendente a regular e direcionar, no plano econômico, o exercício da livre iniciativa.⁴³

O intervencionismo estatal se faz através do exercício das suas funções típicas. Assim, ao Poder Executivo cabe tomar medidas políticas de direção econômica e fiscalização. Toma-se, como exemplo, a criação das agências reguladoras de setores econômicos.

Ao Poder Legislativo compete a realização de normas destinadas a intervir na liberdade de mercado e proteger setores menos privilegiados. A título de ilustração, temos o Código de Defesa do Consumidor, como um microsistema de proteção e imposição de deveres de conduta, e o Código Civil de 2002, que inseriu no novo texto os princípios da função social do contrato (art. 421), da função social da propriedade (art. 1.228, parágrafo 1º) e da boa-fé objetiva (art. 422).

Por fim, ao Judiciário resta a tarefa de aplicar a lei a caso concreto, no intuito

⁴² Neste sentido, Pietro Perlingieri esclarece: "O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção". (*Perfis do Direito Civil*, trad. De Maria Cristina De Cicco, 1. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 54).

⁴³ FARAH, Eduardo Teixeira. Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 709.

de corrigir as distorções das relações econômicas e restabelecer o equilíbrio entre as partes, o que se faz, por exemplo, através da revisão contratual.

Todas as diretrizes apontadas evidenciam que a função atual do Direito Privado, notadamente no segmento do Direito contratual, consiste em subordinar o ambiente econômico à ordem econômica constitucional.⁴⁴

Em última análise, o sistema normativo constitucional e legal deve funcionar como instrumento diretivo da atividade econômica, o que nos faz concluir, que o Direito e a Economia não são segmentos distintos. A validade da atuação econômica depende necessariamente da sua congruência com o Direito, apesar de tal realidade não se verificar em muitas das práticas comerciais e de consumo.

6. LIBERDADE CONTRATUAL

Como já nos referimos, a autonomia privada é princípio geral do Direito Privado, com manifestação em diversos segmentos. Sem dúvida, a manifestação da autonomia privada se dá em uma maior escala nos negócios jurídicos bilaterais, ou seja, nos contratos. Sendo assim, pode-se dizer que a liberdade contratual é um reflexo da autonomia privada no ramo específico do Direito contratual.

Neste momento, mostra-se oportuno destacar os ensinamentos de ORLANDO GOMES. Utilizando-se da expressão *liberdade de contratar*, o doutrinador a conceitua como o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração da vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Mais adiante, ele constata que o referido poder abrange três poderes específicos, a saber: poder de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.⁴⁵

Logo, a liberdade contratual possui uma menor abrangência em relação à autonomia privada por se traduzir em princípio particular do Direito contratual. Por sua vez, pode ser entendida como uma forma de garantir a eficácia do princípio da autonomia privada no âmbito dos contratos através de poderes conferidos às partes contratantes na celebração do pacto.

7. A AUTONOMIA PRIVADA ALIADA AOS NOVOS VALORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No decorrer do presente trabalho, por diversas vezes, nos reportamos aos novos princípios do Código Civil de 2002, analisando-os sob a perspectiva histórica em que se inserem, estabelecendo a conexão existente entre eles e os direitos e princípios constitucionais vigentes, e definindo a função que desempenham no atu-

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 22.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

al contexto do Direito Privado. Entretanto, devido a sua elevada importância para a compreensão da autonomia privada, tentaremos, em uma breve análise, discorrer sobre a aplicação de tais princípios no nosso sistema jurídico.

Antes, porém, devemos dizer que na sistemática do novo Código, os contratos, como fruto da autonomia privada, deixaram de ser um espaço reservado e protegido pelo Direito para a livre e soberana manifestação da vontade, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de normas cogentes.⁴⁶

O novo Código altera substancialmente a concepção clássica de contrato, a qual foi trazida pelo legislador de 1916, sob a influência do liberalismo do século XIX, em que se estabeleceu o imperativo da liberdade individual e o dogma máximo da autonomia da vontade. Com isso, a nova legislação civil, em consonância com a ordem constitucional vigente, revela uma flexibilização ao princípio da força obrigatória dos contratos.⁴⁷

Neste contexto, o Estado assume uma posição intervencionista em face da atuação particular, no intuito de preservar os interesses sociais e de ordem pública. Na esfera contratual, o intervencionismo estatal se faz através das limitações à autonomia privada, que formam, em seu conjunto, medidas de dirigismo contratual.

É, portanto, o dirigismo contratual a intervenção estatal nos negócios jurídicos, por meio de normas jurídicas restritivas e da revisão judicial dos contratos.⁴⁸

O Código Civil de 2002, ao estabelecer a função social do contrato como limite à autonomia privada (art 421), a boa-fé objetiva a ser observada pelas partes na contratação (art. 422) e a função social a ser desempenhada pela propriedade, (art. 1.228, parágrafo único), adere, de forma concreta, à sistemática do dirigismo contratual. Trata-se de normas de conteúdo principiológico, cuja função é dirigir e regular a manifestação da vontade particular, ao mesmo tempo em que conferem poderes ao Estado, através do Poder Judiciário, de intervir nas relações privadas, no intuito de adequá-las aos ditames legais.

Assim sendo, a função social do contrato, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva assumem a posição de verdadeiras cláusulas gerais, assim entendidas como normas orientadoras que autorizam o juiz a adequar os valores por elas protegidos ao caso concreto, na busca da melhor solução para o conflito de inte-

⁴⁶ Esta realidade já se verificava anteriormente ao Código Civil de 2002 em algumas legislações, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁴⁷ Explica Maria Helena Diniz: "A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade". (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.)

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apointamentos Gerais. In: *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: LTR, 2003, p. 398.

resses. Em outras palavras, tais normas contêm princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados pelo juiz através de um processo de instrumentalização, em que valores abstratos passam a disciplinar, de forma concreta, as relações particulares.

Resta claro, ainda, que tais cláusulas gerais possuem a natureza de ordem pública e devem ser aplicadas de ofício pelo juiz. Conforme as palavras de NELSON NERY, "A cláusula geral é norma de ordem pública e deve ser aplicada de ofício pelo juiz. Com essa aplicação de ofício, não se coloca o problema de decisão incongruente com o pedido (*extra, ultra* ou *infra petita*), pois o juiz, desde que haja processo em curso, não depende da parte para aplicá-la a uma determinada situação. Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar".⁴⁹

No âmbito da autonomia privada, a nova legislação civil, através das cláusulas gerais, privilegia aspectos concretos da manifestação da vontade, em prejuízo do caráter puramente formal do contrato. Ou seja, o contrato deixa de ser uma realidade perfeita e impossível de sofrer alterações no seu conteúdo, passando a ser analisado a partir de circunstâncias pessoais e fatos concretos influenciadores da vontade manifestada.

Sobre as cláusulas gerais, JUDITH MARTINS-COSTA diz que "são estes conceitos que permitirão ao aplicador da lei visualizar a *pessoa concreta em suas concretas circunstâncias*, descendo, então, do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto, pois o método da concreção é apto para revelar a existência da diversidade entre fases de que é composto, dinamicamente, o *iter* obrigacional, permitindo assim que a *diversidade material* que esteja eventualmente na sua base conduza à adoção da tutela jurídica adequada à situação".⁵⁰

No mesmo sentido, a brilhante visão de CLÓVIS DO COUTO SILVA: "O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm *cláusulas gerais*, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do Direito".⁵¹

Nessa ordem de idéias, vale ressaltar, por outro lado, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, consistente na resolução do contrato por onerosidade exces-

⁴⁹ MARTINS - COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

⁵⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31.

⁵¹ Importa destacar o art. 479, que prevê uma alternativa para que não haja a resolução por onerosidade excessiva e o art. 480 do CC/02, o qual estabelece a possibilidade de revisão contratual a fim de evitar a referida onerosidade: Art. 479: "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato." Art. 480: "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

siva. Com previsão no art. 478, o dispositivo admite a resolução do contrato, em casos de execução continuada ou diferida, se a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes ou com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. É, pois, uma outra demonstração de que o legislador considerou a possibilidade de fatos externos e circunstâncias materiais concretas influenciarem na formação do contrato, a ponto de permitir a resolução e a revisão contratual.⁵²

De toda a sorte, vemos que o Direito Civil passa a adotar uma função econômico-social, de forma a legitimar a intervenção estatal nas relações privadas, através do mecanismo judicial de revisão contratual. O aumento do número de normas de ordem pública e de conteúdo limitativo da autonomia privada tem por objetivo a promoção da igualdade material e por consequência leva à concretização de uma economia mais dirigida e regulada.

Em última análise, o Direito Civil atual parte dos valores inseridos no novo Código e dos princípios constitucionais de ordem civil para limitar o excesso de concentração de renda e os abusos decorrentes do uso indevido de poder econômico. Esta foi a fórmula adotada pelo legislador para a garantia das condições mínimas de dignidade da pessoa humana, sem deixar de preservar, de outro lado, a livre manifestação da vontade e o exercício da autonomia privada.

8. CONCLUSÃO

A análise feita neste trabalho consistiu não apenas em diferenciar o conteúdo das expressões *autonomia da vontade*, *autonomia privada* e *livre iniciativa*, mas também foram bucados, de forma sintética, o significado e a abrangência do tema no contexto do Direito Privado contemporâneo.

O sistema jurídico atual tem como eixo central o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, a manifestação da vontade particular, tanto sob o prisma do Direito Privado, quanto sob a ótica econômica, deve caminhar concomitantemente com este princípio. Ou seja, as relações privadas devem pautar-se na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, apesar das crescentes limitações e restrições, a autonomia privada continua sendo princípio fundamental do Direito Privado, e, para tanto, não podemos deixar de observar a sua elevada importância dentro de qualquer sistema jurídico.

Porém, constata-se a tendência atual do legislador em elaborar um número cada vez maior de normas de ordem pública representativas de medidas jurídicas de dirigismo contratual, na tentativa de buscar melhores condições de igualdade material e equilíbrio social.

Nesta perspectiva, o Direito Civil vigente se mostra mais flexível e adaptável

⁵² REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 179.

às realidades sociais. O antigo apego à cláusula *rebus sic stantibus* cede lugar à função social e ética a ser exercida pelo Direito.

Com muita precisão, MIGUEL REALE nos atenta para esta nova realidade do nosso ordenamento civil: “Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade do século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que os meios de informação são muito mais poderosos”.⁵³

Em suma, a manifestação da vontade no Direito Privado está circunscrita a valores éticos (boa-fé objetiva) e sociais (função social do contrato e da propriedade) no plano da legislação civil ordinária e constitucional. Forma-se um sistema jurídico composto por princípios gerais de direito e harmonizador da esfera pública e privada.

A par de todas as considerações realizadas, é necessário que todos estes valores e princípios reguladores da manifestação da vontade passem a orientar as partes no momento da celebração do contrato e sejam amplamente reconhecidos pela jurisprudência. A conjugação entre a finalidade ético-social do novo ordenamento jurídico positivo e a prática jurídica é essencial para a consagração dos novos valores em uma sociedade acostumada com a concepção individualista do Código anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. v. III, Lisboa, 1992.

BRUTAU, José Puig, *Fundamentos de Derecho Civil, Teoria Preliminar – Introducció al Derecho, Principios generales del Derecho*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1989.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil. *In: A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARAH, Eduardo Teixeira. Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9. ed. Navarra: Universidad de Navarra, S.A., 1981.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LINS, Carlos Francisco B. R. Bandeira. *Breves reflexões acerca do bem comum*. Revista *Justitia*, ano XXXVIII, 4º trimestre de 1976, vol. 95, p. 55-64.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDONÇA, Jacy. *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa*. Revista dos Tribunais, v. 590, p. 14-23, dezembro de 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apontamentos Gerais. *In: O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: LTR, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OPPO, Giorgio. *Sui Principi Generali Del Diritto Privato*. Revista de Diritto Civile, ano XXXVII, n. 1. , 1991, p. 475.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. de Maria Cristina De Cicco. 1ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina,

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1.999.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *In: Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.