

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS CONTORNOS HODIERNOS

THE PRINCIPLE OF PRIVATE AUTONOMY AND ITS CURRENT CONTOURS

Marcus Vinícius Magalhães Cecilio RIBEIRO¹

Lislene Ledier AYLON²

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.595

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise, ainda que de modo superficial, da acepção moderna da vontade no direito privado, mais especificamente nos contratos. Almeja-se esboçar o complexo panorama do princípio contratual que consiste, em largas palavras, na capacidade de se gerar normas para si mesmo. Além disso, discerne-se suas nomenclaturas empregáveis: autonomia da vontade e autonomia privada; externando esta como uma evolução daquela. Aborda-se, para tanto, um período do progresso histórico das volições, o qual, especificamente, transpassa pela liberdade absoluta do Estado liberal e pelo, posterior, florescimento da intervenção estatal, no Estado social de direito. Por último, discorre-se sobre as diretrizes modernas do princípio da autonomia privada, destacando-se, principalmente, o dirigismo contratual e os contratos de adesão, duas moderações volitivas em voga no direito contemporâneo.

Palavras-chave: Contratos. Autonomia privada. Autonomia da vontade.

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito de Franca em intercâmbio na Universidade de Coimbra, Portugal. Atuou, em 2017, como estagiário no Departamento de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito de Franca. Contato: mvmcristeiri@outlook.com. <http://lattes.cnpq.br/6710029642603037>.

² Doutoranda em Direito pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito) em São Paulo/SP. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1989), Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Franca (1995) e Mestrado em Direito Privado pela Universidade de Franca (2002). Atualmente é professora na Faculdade de Direito de Franca/SP, da disciplina Direito Civil III (Contratos). É coordenadora do Núcleo de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito de Franca. Contato: llylon@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/5093878002429748>.

ABSTRACT

The present study has the objective of analyzing, albeit superficially, the modern meaning of will in private law, more specifically in contracts. It is hoped to outline the complex panorama of the contractual principle that consists, in great words, in the capacity to generate norms for itself. In addition, its employable nomenclatures are discerned: autonomy of the will and private autonomy; externalizing this as an evolution of that. To this end, a period of the historical progress of volitions is approached, which, in particular, passes through the absolute freedom of the liberal state and the subsequent flowering of state intervention in the social state of law. Finally, there is a discussion on the modern guidelines of the principle of private autonomy, especially contractual dirigism and contracts of adhesion, two volitional moderations in vogue in contemporary law.

Keywords: *Contracts. Private autonomy. Autonomy of will.*

1 INTRODUÇÃO

O dinamismo da sociedade atual correlaciona-se com as relações jurídicas, instrumentos promotores da circulação de riquezas. Os contratos, de um modo geral, possuem insólita importância não só nesse sistema, mas na vida humana como um todo desde o início da civilização, inclusive, “podendo-se afirmar que *o contrato é o instituto mais importante de todo o Direito Civil e do próprio Direito Privado*”³. A legislação ordinária reguladora, de um modo geral, dos instrumentos particulares, em nosso país, é o Código Civil.

O mencionado diploma, conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, alterou a ótica do direito privado no Brasil. A recepção de princípios oriundos da Carta Magna colaborou para a consagração de princípios importantes no âmbito civilista. Nesta perspectiva, o Código de Realidade instituiu, por exemplo, seus elementos basilares, que são a eticidade, a operabilidade e a socialidade. Intentando-se respaldar, portanto, com ambas as codificações, os interesses sociais. Valer-se-á, conjuntamente, neste escrito, do direito comparado, mediante a confrontação de dispositivos legais e pareceres doutrinários de países componentes da família jurídica romano-germânica no tocante ao Direito Privado, destacando-se alusões, mormente, aos repertórios jurídicos portugueses e italianos.

O princípio da autonomia privada possui relação com os interesses sociais, mesmo representando a potencialidade de pactuação de alvedrios individuais e auferindo maiores efeitos a estes. Tendo em vista a re-

³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 5.

ferida preservação de questões metaindividuais, esse estudo pretende delinear o cenário das vontades na esfera contratual, relacionando-as com o princípio da autonomia privada. Esse princípio representa um desdobramento, no campo contratual, do direito subjetivo concedido pela ordem jurídica, visto que esta reconhece aos indivíduos, faculdades ou poderes de atuação, que, por sua vez, devem atender requisitos extrínsecos, como, por exemplo, os previstos nos artigos 104 e 166 do Código Civil pátrio. Posto isto, frisa-se, também, que a extensão do direito individual depende da amplitude do direito do transmitente e não pode, em regra, ser maior que esse direito, imperando, destarte, o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, isto é, *ninguém pode transferir para outrem mais direito do que teria*.⁴

Almeja-se, também, particularizar as nomenclaturas autonomia privada e autonomia da vontade; apresentar-se-á aquela como uma interpretação atual desta. Contudo, ressalta-se que o direito, como um todo, é uma realidade cultural muito complexa e, por isso, com laboriosas definições. Nessa perspectiva, justificando eventuais imprecisões ou omissões da presente análise, enaltece-se a advertência de *Iavolenus*, jurisconsulto romano que viveu na época clássica central (30 a.C. a 130 d.C.), período áureo da ciência jurídica de Roma: *omnis definitio in iure civili periculosa est*, ou seja, *em direito civil, toda definição é perigosa*.⁵

Diante disso, expor-se-á um recorte histórico das volições, conectando-as com a conjuntura hodierna dos interesses particulares. Versar-se-á sobre a caracterização atual do mais importante princípio da esfera contratual, discorrendo, ainda que de modo sucinto, acerca do dirigismo contratual e dos contratos de adesão.

O dirigismo contratual consiste na interferência estatal na órbita privada, o que induz a certas condutas e restringe o puro arbítrio das partes. Por outro lado, os contratos de adesão representam um meio ágil de se tornar eficaz os negócios, sincronizando-se, por isso, com enérgica economia capitalista; e, em contrapartida, desarmonizando com a total expressão da voluntariedade de ambos contraentes.

⁴ JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - I: parte geral**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 5ª ed. Coimbra Editora, 2011, p. 50.

⁵ *Idem*. p.16.

2 NOÇÕES PRELIMINARES

Deveres jurídicos e extrajurídicos são denominados, comumente, como obrigação, ou seja, até mesmo ações livres de juridicidade, de acordo com a acepção popular, supostamente englobam este conceito. Entretanto, o referido entendimento não caminha em comunhão com a interpretação jurídica, vez que o termo, após constantes estudos, sofreu efeito de afunilamento, sendo, assim, dissertado de forma específica. Destarte, a conceituação técnica *stricto sensu* restringe sua significação ao vínculo jurídico existente entre credor e devedor, tendo por objeto determinada prestação.

A conceituação de obrigação, no âmbito jurídico, remete-se à época Justinianeia, mais especificamente às *Institutiones*, manual elementar de Direito Romano e primeira parte do *Corpus Iuris Civilis*, que assim a define: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*; transladando: *a obrigação é um vínculo do direito pelo qual estamos necessariamente adstritos a pagar uma coisa a alguém, segundo os direitos da nossa cidade*.⁶ Na contemporaneidade, o conceito é mais minucioso e, irrefutavelmente, inspirado na compilação do imperador do Oriente. Washington de Barros exemplifica:

Obrigação é a relação jurídica de caráter transitório, estabelecido entre devedor e credor, e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.⁷

As obrigações são provenientes, metaforicamente, de fontes, isto é, originam-se de fatos ou atos que lhes dão fundamento. Recordando-se as lições romanas que dão essência as *obligationes* existentes na atualidade e valendo-se, ainda, das *Institutiones* do *Corpus Iuris Civilis*, promulgadas em 533 através de uma constituição imperial do imperador Justiniano, certifica-se que, nesta data, eram consideradas fontes obrigacionais: os contratos, os quase contratos, os delitos e os quase delitos. Aliás, essa divisão manteve-se na Idade Média e foi introduzida em Códigos modernos, como os Códigos Civis francês (1804), italiano (1865) e espanhol (1889).⁸

⁶ JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - II: direito das obrigações**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 6ª ed. Coimbra Editora, 2018, p. 16.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por MALUF, Carlos Alberto Dabus. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.4, p.8.

⁸ JUSTO, A. Santos. *Op. cit.* p. 23.

Os contratos representavam os alvedrios (de conteúdo oposto, mas convergente) de dois ou mais indivíduos protegidos pelo *Ius Civile*. Já os quase contratos eram atos lícitos unilaterais que geravam *obligationes* e, por essa razão, não compunham a modalidade anterior; enquanto os delitos representavam os atos em desconformidade com direito. Em contrapartida, os quase delitos configuravam atos diversos daqueles previstos na legislação competente, mas que, por outro lado, eram sancionados e considerados ilegais pelo *ius honorarium*, que era, preponderantemente composto pelo *ius pretorium* (este tratava-se do direito flexível e sem formalidades introduzido pelos pretores, administradores da justiça, que completavam as lacunas do ordenamento através de sua capacidade criativa, elaborando soluções para os casos concretos).

Por conseguinte, verifica-se, contemporaneamente, nas ordens jurídicas pertencentes ao círculo romanístico, que, no direito privado, há uma heterogênea interpretação doutrinária acerca das delimitações das fontes obrigacionais.

Em breve análise mediante *microcomparação*, isto é, a confrontação de institutos jurídicos de diferentes ordenamentos pertencentes ao mesmo grupo, ora a *civil law*, é possível constatar, por exemplo, na doutrina portuguesa, esta mais próxima, a partir da vigência do Código Civil de 1966, do ramo alemão da família romano-germânica⁹, a seguinte distinção:

“O Código Civil regula as *fontes das obrigações*, isto é, os factos jurídicos que dão origem ao vínculo obrigacional. Considera como tais o *contrato* (art. 405.º), o *negócio unilateral* (art. 457.º), a *gestão de negócios* (art. 464.º), o *enriquecimento sem causa* (art. 473.º) e a *responsabilidade civil* (art. 483.º)”.¹⁰

E, ainda, analisa-se, a título elucidativo, que o Código Civil italiano estabelece, no art. 1.173, que as obrigações são derivadas do contrato, do fato ilícito e de cada outro ato ou fato idôneo produzido em conformidade com o ordenamento jurídico.¹¹ Isto posto, observa-se que o *Codice Civile* considera a lei como única fonte obrigacional.

⁹ VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**, vol. I, Coimbra, 2008, p. 86.

¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 119.

¹¹ *Articolo 1.173: "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"*. GALGANO, Francesco e INZITARI, Bruno. **Codice Civile e Leggi Complementari**, 7ª edizione. Cedam: Padova, 2002/2003, p. 151.

No Brasil, o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não disciplinou as fontes obrigacionais, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência o seu exame. Mediante divergentes interpretações, destaca-se a síntese de Carlos Roberto Gonçalves:

“Pode-se, assim, resumidamente dizer que a obrigação resulta da vontade do Estado, por intermédio da lei, ou vontade humana, por meio do contrato, da declaração unilateral da vontade ou do ato ilícito. No primeiro caso, a lei atua como fonte *imediate*, direta da obrigação; nos demais, como fonte *mediata* ou indireta”.¹²

Na mencionada fonte imediata, a obrigação emana dela diretamente, tendo-se como exemplo a obrigação alimentar prevista no art. 1.696 do Código Civil.

Em grande parte, as obrigações são sinalagmáticas, sendo ambas as partes credoras e devedoras simultaneamente na mesma relação jurídica. No entanto, conforme dito, há obrigações unilaterais, que ocorrem quando a prestação é concernente a apenas uma das partes; um exemplo corriqueiro é a doação pura e simples, através da qual o donatário recebe gratuitamente uma coisa do doador. As declarações unilaterais da vontade também vinculam o comportamento de uma pessoa ao ajustado, à sua palavra.

Quanto aos atos ilícitos, destacam-se duas figuras: ato ilícito absoluto e abuso de direito (Código Civil artigos 186 e 187). Aquele gera a obrigação de indenizar o dano ocasionado, tendo como essência o ato culposo; enquanto este estipula que também pratica ato ilícito quem, na titularidade de direito, o exerce de modo manifestamente fora dos limites estabelecidos pelo seu fim social ou econômico, pelos bons costumes ou pela boa-fé.

Por derradeiro, os contratos são as principais fontes obrigacionais. Nesta modalidade, as obrigações contratuais encontram sua concepção e sua prosperidade. Sendo assim, desde os tempos do *Ius Romanum*, pode-se certificar que as obrigações se originam, majoritariamente, na vontade das partes, o que justifica a relevância da matéria.

O corrente diploma civil, tal como o de 1916, optou por delegar à doutrina a conceituação dos contratos, estes, genericamente, são intitulados como atos jurídicos caracterizados pelo consenso volitivo das partes

¹² GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

componentes. Caio Mário da Silva Pereira define tecnicamente os contratos como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.¹³

Hodiernamente, certificam-se divergentes acepções acerca da conceituação dos contratos, uma vez que o instituto vem passando por alterações. De um lado, encontra-se a denominação clássica, que segue, dentre outras definições, o disposto no artigo 1.321 do Código Civil italiano: “*Nozione. - Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.¹⁴ Traduzindo para o vernáculo pátrio, denota-se que o contrato é um acordo bilateral ou plurilateral para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica com conteúdo patrimonial existente entre as respectivas partes.

Em contrapartida, há uma conceituação contemporânea ou pós-moderna, que se elucida nas palavras de Paulo Nalin, para o qual o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.¹⁵

Na doutrina civilista brasileira, constata-se que há a prevalência do conceito tradicional ou clássico do contrato. Porém, por envolver a tutela existencial, não sendo, logo, adstrita somente a conteúdos patrimoniais e, também, amparar-se em disposições da lei maior, percebe-se que, alguns autores, como Flávio Tartuce, anuem com a definição de Paulo Nalin:

“Olhando para o futuro, e porque não já para o presente, é de se concordar com esse conceito. Primeiro, porque o contrato está amparado em valores constitucionais. Segundo, porque envolve também situações existenciais das partes contratantes. Terceiro, porque o contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da função social dos contratos (...)”.¹⁶

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v.3, p.35.

¹⁴ GALGANO, Francesco e INZITARI, Bruno. **Codice Civile e Leggi Complementari**, 7ª edizione. Cedam: Padova, 2002/2003, p. 165.

¹⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12 ed., v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.3.

É notório reconhecer a importância das vontades nos contratos, vez que esta é a grande diferença existente entre os fatos humanos e os naturais. Ora, se os contratos são fontes das obrigações e, conseqüentemente, de direitos, seu princípio basilar, autonomia privada/vontade, interfere na concepção desses vínculos por consistir, de modo abrangente, na prerrogativa de se criar leis próprias, na soberania do querer, configurando, portanto, em sua essência, um direito subjetivo. Dessa forma, a declaração da vontade constitui o elemento vital para os negócios jurídicos, sendo o referido princípio o mais notável dentre todos concernentes a disciplina contratual.

Sob a luz do direito comparado, com intuito de elencar a essencialidade desse aparato contratualista, nota-se que o Código Civil português, no bojo de seu art. 405.º, versa sobre a liberdade contratual e, à vista disso, a respeito do princípio da autonomia privada:

Artigo 405º

Liberdade contratual

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.
2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.¹⁷

A expressão autonomia representa, a possibilidade de se estabelecer regras próprias¹⁸. Para uma melhor compreensão do assunto, aborda-se, a seguir, uma breve análise histórica acerca da concepção do princípio da autonomia.

Ademais, assevera-se que ante o dinamismo e as transformações da sociedade e, por conseguinte, do direito, certas terminologias tornam-se, com o transcorrer do tempo, díspares da realidade que deveriam representar, sendo assim, expõe-se, ainda, as divergências entre as nomenclaturas privada e vontade, que sucedem a palavra autonomia.

¹⁷ **Código Civil português**. Organização: BARATA, Carlos Lacerda. Código civil e legislação complementar, 3.ª ed. AAFDL - 2012. Alameda Universidade – 1649-014 Lisboa, p. 101.

¹⁸ “1. Faculdade de alguém reger-se por si mesmo”. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. Atualização de Ana Claudia Schwenck dos Santos. 18 ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 137.

3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA OU AUTONOMIA DA VONTADE

3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO DECORRÊNCIA DO LIBERALISMO

Ainda em meados do século XVIII, o Estado absolutista reinava sobre o panorama político, social e econômico; sendo a figura do rei o centro de todos os poderes. No entanto, ocorreu, nesse ínterim, a ascensão econômica dos burgueses. Estes desprovidos das regalias fornecidas aos nobres, concentravam riqueza com o negócio em voga: o comércio. Contudo, os altos impostos somados as divergências de tratamento nas sociedades estamentais e, sobretudo, o alicerce das ideias iluministas, desencadearam uma insurgência e, por conseguinte, a cessação do sistema até então vigente. A referida ruptura sinaliza uma transição do feudalismo para o capitalismo.

Nesse período passageiro, via-se como necessária a formulação de legislações que defendiam o indivíduo em face do Estado e que representassem uma nova ordem jurídica e social, a qual declarava a paridade de todos diante da lei. Menciona-se, *exempli gratia* e *a posteriori*, que no cenário brasileiro sob influência dessa tendência, a Constituição do Império, primeira carta magna canarina, outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I, em seus artigos 13 e 179, I e II, consigna o princípio da igualdade de direitos perante a lei e, também, quanto ao rol de direitos individuais assevera: “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio” – artigo 179.¹⁹

A Revolução Francesa, datada em 1789, cujos lemas eram *liberté* (liberdade), *égalité* (igualdade) e *fraternité* (fraternidade), rompeu com o panorama do Antigo Regime e instaurou um Estado burguês. Este amparado na soberania burguesa, evidenciou não só a igualdade política e a li-

¹⁹ CORREIA, Jorge Alves. **Direito público luso-brasileiro**. 1.ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 51.

berdade econômica, mas, ainda, propiciou a cisão entre o público e o privado. Além disso, também em solo francês, por intermédio do Barão de Montesquieu, desenvolveu-se a ideologia da tripartição dos poderes.²⁰

Na Inglaterra, com a invenção das primeiras máquinas e com o êxodo rural, eclodiu a Revolução Industrial que consagraria um novo sistema doutrinário, o Liberalismo. Os dois maiores ícones dessa ideologia são Adam Smith e John Locke. Eles defenderam os direitos fundamentais, a propriedade privada, a liberdade religiosa, a ordem espontânea, o livre mercado, o Estado de direitos, a autodeterminação e o livre pensamento; isto é, a filosofia Liberal objetivava conciliar a liberdade formal e a segurança.

Adam Smith, filósofo e economista britânico, em sua obra, *As Riquezas das Nações*, critica a interferência estatal nas relações privadas, afirmando que: “não existe arte que um governo aprenda do outro com maior rapidez do que extrair dinheiro dos bolsos da população”.²¹ Assim, a doutrina liberalista crê numa auto-regulamentação do mercado, por meio de uma mão invisível, vinculada à livre concorrência e à livre iniciativa; que propiciaram aos particulares a premissa de se autorregular através da expressão de seus respectivos arbítrios, ensejando, portanto, o princípio da autonomia da vontade. Atribui-se, costumeiramente, ao filósofo prussiano Immanuel Kant o pioneirismo do emprego do termo *autonomia da vontade*, o qual surgira em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.²² Apesar disso, observa-se que a consagração da autonomia da vontade, em muito, deve-se aos franceses que, após a incidência dos ideais revolucionários, conceberam a ideia de que os homens são livres e iguais, sendo, portanto, imperioso reconhecer-lhes a liberdade de gerar o direito.

A autonomia da vontade preponderava no Estado Liberal, rutilando como princípio jurídico, sendo, nesse cenário, considerada como fonte direta de regras para as relações entre as partes, o que advém, então, de uma ideologia jus filosófica, baseada no individualismo e no direito natural. Neste diapasão, aclara Amaral Neto que o surgimento da autonomia da vontade: “é produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, no contrato

²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²¹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol. II, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 315.

²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 75.

social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo".²³

Era vedado ao Estado Liberal a intervenção nas órbitas particulares, sendo assim, a livre expressão da vontade humana era franca produtora de direitos, não sofrendo limitações. Vigia a liberdade tanto de contratar quanto a liberdade contratual; aquela refere-se, em regra, à liberdade plena, à soberania de decidir o momento e a parte com quem se concretizará o pacto, enquanto, esta representa a independência para a estipulação do conteúdo da convenção. Ademais, eventuais intervenções estatais poderiam, segundo o entendimento liberal, mitigar e perturbar a regra entre aqueles que contratam. Então, reservava-se ao Estado o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa das pessoas.

Mediante tamanha liberdade, individualismo e florescimento da vontade, o princípio da autonomia da vontade deparava-se com seu apogeu. Neste sentido, o brocardo *rebus sic standibus* (desde que as coisas permaneçam como estão) era ignorado, enquanto o adágio *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) incidia integralmente. Havendo, portanto, uma “igualdade entre o justo e o querido (*quid it contractual dit juste*). O único limite objectivo ao conteúdo dos contratos, como as partes o modelaram, tenderia a ser a moral pública”²⁴.

O Código Civil de 1916, obra escrita, ainda, no século XIX, materializou influências da ótica liberalista no cenário nacional, sob forte inspiração no paradigma francês do *CódeNapoleon*, de 1804, assim como as legislações civis precedentes. Consagrou, dessa maneira, o individualismo e a regulação por fatispécie, solucionando-se eventuais imbróglis mediante a subsunção do fato à lei. Acerca desse panorama jurídico e da influência francesa nas codificações civilistas do século XIX, clarifica João Carlos Bianco:

Em torno dos códigos inaugurou-se a *Escola da Exegese*⁸⁸, que debatia a respeito da literalidade dos textos legais, pautando a ideia de que nos códigos estariam as soluções para todos os fatos que o Direito se propunha a regular. Ao juiz o código. E servindo-se do

²³ 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, p. 25.

²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 110.

código o juiz infalivelmente resolveria o caso concreto. Do código o juiz não podia afastar-se, pois ele era *la bouche de la loi*.²⁵

Entretanto, observa-se que o Código de Beviláqua foi um dos últimos influenciados por essa ideologia que se depara, pouco tempo depois, com o declínio, vez que a crise de 1929 e o fim da Segunda Guerra Mundial trouxeram uma nova faceta ao Estado: o intervencionismo. Esta postura se mostrou forçosa, pois a prevalência absoluta da autonomia da vontade poderia desencadear numa desigualdade entre as partes e, até mesmo, num menosprezo a circunstanciais condições de hipossuficiência. Em vista disso, transcreve-se a crítica do jurista francês Georges Ripert:

A vontade soberana fazendo leis! Mas quem confere ao homem esta autoridade que é o apanágio da soberania? Permite-lhe a liberdade ligar-se sobre um objeto ou para fim imoral, e o consentimento dum cúmplice ou duma vítima torna, porventura, a imoralidade mais perdoável? Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto e pelo seu fim, estão as duas partes em pé de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência e da sua vontade? Pode o contrato, instrumento da troca de riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?²⁶

E, ainda, a conclusão de Rodrigues Júnior:

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.²⁷

²⁵ BIANCO, João Carlos. **Os princípios fundantes no direito das obrigações**. Franca: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 8, n.1, jul. 2013, p. 90.

²⁶ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Brookseller, 2000, p. 54.

²⁷ 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, jul./set/ 2004, p. 120.

Neste âmbito, conforme supracitado, as transformações e incertezas decorrentes da recessão econômica mundial alicerçada as novas governanças do pós-guerra mitigaram a pura expressão das vontades particulares, trazendo novos contornos ao princípio elementar da contextura contratual. Verifica-se, logo, o declínio da autonomia da vontade e a eclosão de uma nova ordem.

3.2 A NOVA ORDEM SOCIAL E O SURGIMENTO DA EXPRESSÃO AUTONOMIA PRIVADA

O Código Civil de 1916, em congruência com o Liberalismo, celementemente se mostrou em dissonância com a realidade brasileira. A agitação derivada das duas Guerras Mundiais desencadeava mudanças nos paradigmas da sociedade. E, com a crise de 1929, insurgiu um dirigismo estatal, o qual originou a denominação *Welfare State*. Ao Código Civil em vigência passaram a ser adicionadas normas supletivas, a fim de estabilizar o turbulento momento que todos os países, de um modo geral, vivenciavam.

No Brasil, havia o crescimento do número de sindicatos, de partidos políticos populares e associações de classe que se manifestavam em busca de seus interesses. E sob a égide do governo de Getúlio Vargas, promulgou-se a Constituição de 1946, pautada numa acepção do Estado do Bem-Estar Social, isto é, um Estado interventor. O qual se opunha expressamente ao Estado mínimo dos pensadores do Liberalismo, configurando o Estado máximo, deslocando-se o foco do individual e transferindo-o, teoricamente, para o coletivo.

“Já o Estado social de direito tem como características mais marcantes o intervencionismo e dirigismo estatais, inexistindo delimitação tão extrema entre sociedade e Poder Público, restringindo-se a autonomia da vontade com vistas a evitar os abusos decorrentes do seu exercício; o voluntarismo cede lugar ao obrigacionismo, passando o Direito a desempenhar o papel de correção das aspirações individuais, vinculando-se a eficácia do negócio à observância da lei, e não mais ao dogma da vontade”.²⁸

²⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.

Todavia, aproximadamente trinta anos após o início do Estado Novo (um regime paternalista autoritário que implantou a quarta Constituição do Brasil, conhecida como Polaca), incidiu no constitucionalismo nacional mais uma lei maior de feição autoritária, entretanto, diferentemente daquela outorgada por Getúlio Vargas e de inspiração nos modelos totalitaristas europeus, a Constituição de 1967 teve maior proximidade com os paradigmas das ditaduras latino-americanas e consolidou o regime militar que já estava no poder desde abril de 1964 e perduraria até março de 1985.

Como resultado disso, a órbita privada fora afetada e reafirmada a posição, de um modo geral, intervencionista por parte do governo. Sendo assim, nesse período: “o Congresso Nacional foi dissolvido, as liberdades individuais foram restringidas e foi criado um código de processo penal militar que permitia ao Exército e à Polícia Militar deter e encarcerar pessoas consideradas suspeitas ou opositoras ao regime”²⁹.

Na esfera mundial, a urbanização, industrialização e a internacionalização do Estado (através, por exemplo, de blocos regionais, de tratados de livre comércio e da revogação dos protecionismos tarifários) alteraram profundamente o sistema do direito privado. Assim, acontecimentos como o surgimento da empresa trouxeram novas tendências contratuais como os contratos de adesão, o que, de modo consequente, afetou e remodelou a liberdade contratual.

Neste seguimento, no que se refere a conceituação do princípio em questão nesse lapso, ressalta-se que os contratos, a partir dessa nova realidade, deveriam externar-se objetivamente, afastando-se, dessa maneira, de qualquer condição psicológico-interna. Para ilustrar a importância de se revelar o real teor da declaração, reproduz-se a afirmação do jurista italiano Emilio Betti, que contribuiu notoriamente para a compreensão do negócio jurídico e, assim, para a superação da incidência da pura vontade na autonomia:

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

²⁹ CORREIA, Jorge Alves. **Direito público luso-brasileiro**. 1º Edição. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 58.

particular não deve limitar-se a desejar, a “querer” na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente.³⁰

Nesse novo contexto social, político e econômico, a autonomia da vontade foi relativizada e o puro arbítrio particular foi transferido para um maior protagonismo estatal. Inclusive, essa somatória de fatores proporciona a eclosão de uma nova visão da autonomia, a qual se desvincula do termo vontade e se agarra a expressão privada.

Imputa-se à doutrina italiana essa nova roupagem ao substancial princípio jurídico. Na Itália, a autonomia privada era, *a priori*, tratada como um fato social. Essa perspectiva foi alterada a partir da obra de Luigi Ferri que versou diretamente sobre sua conceituação. Para a teoria elaborada por este autor, a autonomia privada não pode ser configurada sem o direito. Segundo Ferri, a autonomia privada: “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”.³¹

Neste mesmo sentido, reproduz-se a lição do célebre jurista Hans Kelsen:

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 suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.³²

Sobre alteração terminológica *in casu*, alvo da vitalidade das transformações da coletividade, ilustra-se o entendimento de Fernando Noronha:

Foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade, com o

³⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 91.

³¹ FERRI apud WALKER, Marck Pickersgill e Sierra, Joana de Souza. **Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual**. Congresso Nacional da CONPEDI. 25.: 2016: Curitiba, PR, p. 15. <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/ylu20h4l/nOtF4G1Ylj7O4BN2.pdf>

³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 179.

conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante.³³

E, também, discernindo as definições terminológicas segundo critérios de subjetividade ou objetividade, atesta Francisco dos Santos Amaral Neto:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.³⁴

Ressalta-se, ainda, que assim como no Estado Liberal, nos dias atuais, vigem tanto a liberdade de celebração ou de conclusão dos contratos (a *Abschlussfreit*, da ciência jurídica germânica), bem como a liberdade de modelação, fixação ou estipulação do conteúdo contratual (a *Gestaltungsfreiheit*, de acordo com a literatura alemã)³⁵.

Em suma, a autonomia da vontade particulariza a extensa liberdade nos contratos, delegando às partes a prerrogativa de delinear, elas mesmas, todas as estipulações e entendimentos, dimensão e teor de seus tratos, isolando a interferência estatal. À medida que a autonomia privada configura a preservação da liberdade nos contratos, porém essa liberdade é delimitada pelo estabelecido pela legislação, o que visa resguardar os fins sociais e econômicos.

4 DA AUTONOMIA PRIVADA

³³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

³⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

³⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 107.

4.1 CONTORNOS MODERNOS DO PRINCÍPIO

A Constituição Federal de 1988 instituiu como propósito substancial da República Federativa do Brasil, dentre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I). Através dessa previsão legal concede-se ao Estado, como um todo, o apanágio de trazer para a realidade fática a equidade. Em relação aos contratos, com o Código Civil de 2002, o sistema passou de fechado para o semiaberto.

Após a promulgação da lei maior, estabeleceu-se, na conjuntura brasileira, um Estado Regulador. Com isso, o ordenamento jurídico civilista se volta “sobretudo à proteção dos direitos humanos, com vistas à concretização dos direitos fundamentais, não só na relação entre o cidadão e o Estado, mas nas relações intersubjetivas, expandindo, assim, seu âmbito de incidência às relações privadas”.³⁶

Isto posto, a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais se expande para o campo de aplicação das relações particulares, trazendo desdobramentos sobre o princípio da autonomia privada, já que o pacto celebrado não mais representa um puro acordo de vontades convergentes, vez que, para sua eficácia, são valorizados fatores de relevância coletiva. Enzo Roppo dispõe que:

A autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1.322.º c. 2 Cód. Civ. Estão, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo.³⁷

A respeito dos referidos limites não descuráveis no sistema jurídico, de acordo com Francisco dos Santos Amaral Neto, existem duas restrições amplas para o princípio em debate, que são: a ordem pública e os bons costumes. Tendo aquela, essencialmente, o objetivo de impedir atos desleais, não almejando, contudo, obstruir iniciativas ou liberdades. A ordem pública deve ser compreendida como um conjunto de princípios jurídicos, éticos, políticos, econômicos e sociais que regem a convivência dos indivíduos. Quanto as restrições específicas, pondera, esse autor, que a autonomia privada é alvo de delimitação por parte dos demais princípios contratuais, assim esclarecendo seu posicionamento:

³⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 14.

³⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 137.

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 se limita 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.³⁸

Tendo em vista a aludida limitação por meios principiológicos, cita-se, a título ilustrativo, a restrição à prática da liberdade de contratar elencada expressamente no art. 421 do Código Civil, o qual traz à baila uma tipificação da função social do contrato.

Neste sentido, é pontual apontar a influência dos interesses coletivos na conjuntura cível dos dias atuais; para tanto, cita-se o Enunciado de n. 23 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.³⁹

Ante o exposto, mediante a preleção de Flávio Tartuce, traz-se a concepção hodierna do princípio fulcral dos contratos:

Conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regime básico, de ordem particular - mas influenciado por normas de ordem pública - pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de auto regulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios contratuais.⁴⁰

³⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como fonte normativa e como cânone de interpretação**. In: Encontro no Instituto de Estudos Culturais, 2015, Canela, p.4.

³⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado de n.º 23 CJF/STJ, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em 26 set. 2018.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 58.

Em síntese, a autonomia privada e, como efeito, os pactos particulares têm que respeitar os interesses metaindividuais, os princípios jurídicos, a ordem pública e os costumes a fim de que não sejam lesados, mas resguardados os interesses das partes e da sociedade.

4.2 A DIALÉTICA ATUAL: DIRIGISMO CONTRATUAL E CONTRATOS PADRONIZADOS

Os presentes debates acerca deste princípio, principalmente com fulcro em previsões a respeito do futuro, fundam-se nas atuais limitações que se fazem à vontade e, como resultado, à autonomia privada, quais sejam: dirigismo contratual e, mormente, contratos padronizados, os quais, em virtude da globalização, da disseminação dos meios eletrônicos e da popularização da internet, adquirem novos meios de formação.

Sendo assim, acerca das aludidas contenções a vontade, realça-se, *a priori*, o dirigismo contratual, o qual consiste na intervenção estatal ou legislativa no âmbito privado com o objetivo de amenizar discrepâncias e consolidar uma certa segurança jurídica. Nesta diretriz, reproduz-se a explanação de Orlando Gomes acerca dessa intromissão no campo intersubjetivo:

Consiste em regular o conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos. Em consequência, a vontade deixa de ser autônoma e a liberdade de contratar retrai-se. Não mais há regras supletivas, que as partes observam se coincidem com seus interesses, mas normas imperativas, a cuja obediência não podem furtar-se...⁴¹

Em contrapartida, alerta-se que, em determinadas situações, os poderes legislativos e judiciários não devem se prender somente na letra da lei, com apreciações puristas, até porque o texto legal pode se tornar obsoleto e incompatível com as diretrizes pós-modernas. Outrossim, situações antieconômicas e prejudiciais as eficiências das relações humanas devem ser revistas e alteradas. Nesta acepção, explana-se, por exemplo, a controvérsia a respeito da fatural vedação acerca da fixação do preço do arrendamento rural em frutos ou produtos.

⁴¹ GOMES apud RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

Sobre a problemática acima discriminada, identifica-se que o Decreto n. 59.566/1966, que versa sobre os contratos agrários, especificamente em seu art. 18, estabelece que, no arrendamento rural, “o preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro”. Inclusive, o parágrafo único desta letra legal prevê que: “É vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro”. Ademais, a questão do preço suscita acirrado debate nos Tribunais, o que ensejaria um preciso levantamento jurisprudencial.

À época de sua redação, o Estatuto da Terra e o aludido Decreto possuíam, em observância às turbulências sociais e políticas da sexta década do século passado, uma finalidade de justiça social. Por isso, concedeu-se aos hipossuficientes daquele tempo, os exploradores da terra, uma legislação pautada no dirigismo contratual e com uma conotação social protetiva. De acordo com Flávia Trentini e Carolina Costa de Aguiar, em decorrência de uma estrutura fundiária “caracterizada pela especulação imobiliária e baixa produtividade, somada à forte intervenção do Estado no momento de elaboração da lei, justificaram a criação de normas rígidas no Estatuto da Terra”⁴².

Porém, nos dias correntes, as maiores *tradings* do mundo se tornaram protagonistas dos principais segmentos do agronegócio brasileiro e “em grande parte das vezes o arrendatário figura como a parte mais forte. Inúmeros os arrendamentos para empresas ou sociedades econômicas de grande poder econômico”⁴³.

Além das alterações das condições financeiras das partes e de uma redução da população rural em nosso país, os usos e costumes do agronegócio brasileiro consagram a viabilidade da fixação em frutos e produtos, tendo como base mais próxima o comparativo entre custo e produção, retratado nos dizeres de Vilson Ferretto:

“Realmente, os produtores rurais, proprietários ou arrendatários, em face de seus próprios interesses, normalmente, estipulam o preço do arrendamento da terra pela equivalência do produto, pois

⁴² TRENTINI, Flavia e AGUIAR, Carolina Costa de. **Contratos agrários típicos: releitura das normas do estatuto da terra à luz do contexto jurídico e econômico atual**. In: 50 anos do Estatuto da Terra: 25 anos de Direito Agrário na Unesp. Elisabete Maníglia. – São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2014, p. 507.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 466.

constitui sua moeda de troca e melhor parâmetro para a análise dos custos de sua produção”⁴⁴.

Por último, nesta singela análise, sustenta-se que a eficiência e praticidade das relações rurais são desalinhadas pela sobredita proibição, que, gera situações antieconômicas e antagônicas ao bom funcionamento das atividades rurais, transgredindo-se, também, o preceito constitucional da livre iniciativa, sendo, portanto, o dirigismo em pejeira, uma inferência lesiva na esfera particular.

No que tange aos contratos padronizados, por sua vez, parte da doutrina atribui, até mesmo, uma suposta crise das vontades proveniente de uma economia de “*mass production*”, por exemplo, “Grant Gilmore, em 1974, publicou um livro com título provocador – ‘The Death of Contract’ (Columbus, Ohio)”⁴⁵.

Ao se examinar as espécies contratuais, deve-se, preliminarmente, trazer à baila os contratos paritários ou negociados, que precedem, historicamente, os de adesão. Nos tradicionais tratos negociados, as partes estão em posição de igualdade para discutir os termos e fixar o negócio jurídico. Portanto, há, nesse tipo de acordo, segundo a supramencionada e antiga distinção entre as liberdades contratual e de contratar, uma livre manifestação volitiva, outorgando-se aos contraentes a prerrogativa de ambas liberdades.

Na modernidade, é irrefutável o dinamismo das relações na sociedade. Diante disso, surgiu a necessidade de se aliar eficácia e agilidade. Para tanto, emergiram novas maneiras de se convencionar: os contratos padronizados. Por meio destes, as empresas e os fornecedores, por exemplo, alcançam um maior contingente de pessoas.

O nascedouro da denominação contrato de adesão foi a obra *De la declaration de la volanté* de Raymond Saileilles⁴⁶. Os contratos de adesão ou contratos *standard* são aqueles em que o predisponente determina o teor de uma declaração unilateral direcionada ao público, realizando uma promessa irreatável com cláusulas uniformes e prefixadas, sendo adstrito a outra parte, por outro lado, apenas firmar ou negar o pacto.

⁴⁴ FERRETTO, Wilson. **Contratos agrários: aspectos polêmicos**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 162.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 5/6.

⁴⁶ SALEILLES apud MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 17.

A passividade de um dos polos, para os americanos, é designada como *take it or leave it*, isto é, no português objetivo, pegar ou largar. Assim sendo, reduz-se, nessa espécie de acordo, a liberdade contratual, vez que compete exclusivamente a um dos sujeitos do negócio versar sobre todo conteúdo. Além disso, salienta-se que a liberdade de contratar, na maioria das vezes, não é inteiramente espontânea, pois há uma publicidade agressiva por parte dos grandes grupos.

A referida espécie contratual é assim delineada por Orlando Gomes:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo obrigacional de futuras relações.⁴⁷

Neste mesmo sentido é a lição da doutrina francesa, explicitada por Georges Berlioz:

O que é essencial no contrato de adesão é a ausência do debate prévio, a determinação unilateral do conteúdo contratual, quer seja feita por uma das partes, quer por um terceiro. Esta vontade unilateral fixa a economia do contrato, em que um dos seus elementos, a vontade do aderente, não intervém senão para dar uma eficácia jurídica a essa vontade unilateral.⁴⁸

Há de se convir que essa afirmação frui de veracidade, mas acrescenta-se que a unilateralidade somente se condiz com a manifestação da vontade na fase de discussões, vez que o contrato, como um todo, é firmado bilateralmente.

Os contratos *standard*, designação utilizada por Enzo Roppo em sua obra *Contratti Standard*⁴⁹, são caracterizados pela pré-formulação de cláusulas, portanto, reafirma-se: inexistem debates prévios entre as partes. A parte hipoteticamente mais forte é, ordinariamente, uma empresa ou um grupo destas instituições, que são assistidas por profissionais altamente qualificados. Estas exprimem uma declaração negocial específica, uma promessa irrevogável; pautada, ainda, na generalidade e indeterminação do

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. São Paulo: RT, 1972.

⁴⁸ BERLIOZ apud MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

⁴⁹ ROPPO apud TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 58.

destinatário, ao qual veda-se, geralmente, a possibilidade de efetuar contrapropostas.

Dessa maneira, a parte hipossuficiente nessa relação não se manifesta quanto ao âmago do negócio. Mediante essas condições, o aderente encontra-se numa situação de desigualdade, o que pressupõe, esporadicamente, a eventual intervenção estatal nas relações intersubjetivas.

Nesta perspectiva, por não ter participado da redação do pacto, em caso de circunstanciais cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar interpretação mais favorável ao aderente, conforme a previsão legal do art. 423 do Código Civil. Já o art. 424 do mesmo diploma, também prevê medidas protetivas ao polo hipoteticamente mais frágil, estabelecendo como nulas as cláusulas que estipulem a renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio jurídico.

Em regra, as cláusulas são aceitas em sua integralidade, entretanto, a eventual transação acerca de uma ou mais disposições não rompe com a natureza do contrato de adesão, devendo, inclusive, prevalecer sobre aquelas padronizadas ou impressas, conforme imposto no art. 1.342 do Codice Civile italiano:

“1342. Contratto concluso mediante moduli o formulari. – [1] Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate [1370]. [2] Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell' articolo precedente”.⁵⁰

Os contratos de consumo, em sua maioria, configuram contratos de adesão e, tendo em vista os corriqueiros tratos consumeristas, nosso país elaborou, em 1990, uma legislação pioneira a despeito do tema: o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Salienta-se, nesse prisma, o art. 54 desta legislação que versa especificamente sobre os pactos adesivos e consumeristas, esta letra legal, no bojo de seu parágrafo 3º, estabelece, até mesmo, que os caracteres dos termos não deverão ter tamanho da fonte

⁵⁰ GALGANO, Francesco e INZITARI, Bruno. *Codice Civile e Leggi Complementari*, 7ª edizione. *Cedam: Padova, 2002/2003, p. 167*. De acordo com tradução livre para o vernáculo pátrio: 1342. Contrato concluído mediante módulos ou formulários – [1] Nos contratos concluídos mediante a subscrição de módulos ou formulários, predispostos para disciplinar de maneira uniforme determinadas relações contratuais, as cláusulas adicionadas ao módulo ou ao formulário prevalecem sobre aquelas do próprio formulário quando incompatíveis com essas, também se estas últimas não foram excluídos [1370]. [2] Observa-se também a disposição da segunda parte do artigo precedente.

inferior ao corpo doze, além da necessidade de uma redação esclarecedora com letras ostensivas e legíveis.

Com o crescimento exponencial da tecnologia e o desenvolvimento da internet, o “homo aeconomicus” passou a se valer do meio informático para fins negociais. Desse modo, formou-se um mercado virtual, o que gerou o surgimento da ciberempresa e uma conseqüente migração de empresas clássicas para o ramo em ascensão. Assim, surgiu o comércio eletrônico que se traduz na negociação efetuada via eletrônica, ou seja, por intermédio da transmissão e processamento eletrônico de informações (nas quais se incorpora, também, a imagem e o som).

Isto posto, consoante a consagração do comércio eletrônico, prosperaram os negócios on-line que abarcavam como parte figurante os consumidores, isto é, os contratos eletrônicos de consumo, fazendo-se imperiosa, em alternativa, a atividade legislativa sobre a temática. Assim, arquitetou-se o Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014), que estabelece diretrizes gerais em relação a internet, caracterizando, logo, uma regulação em conformidade com os padrões constitucionais, e, também, o Decreto nº 7.962/13, que dispõe, nomeadamente, sobre as contratações no comércio eletrônico.

Com intuito ilustrativo, realça-se o direito de arrependimento previsto no Decreto (art. 1º, III), sendo esta a faculdade da livre resolução dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento, que poderá ser exercida pelo consumidor em até 7 dias, estando, assim, em harmonia com o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, repara-se que a legislação brasileira relativa a questões oriundas do comércio eletrônico e, principalmente, ao Direito da Informática como um todo, ainda são objetos de aprimoramento, sendo, assim, novos desafios da doutrina e do legislador no Direito Privado. A respeito dessas omissões normativas leciona Alexandre Libório Dias Pereira:

“O Marco Civil não trata de todas as questões jurídicas da internet. Por exemplo, as matérias relativas à Propriedade Intelectual são praticamente omissas, tanto em sede de pirataria de direitos autorais na internet, como as questões das patentes de *software*, das bases de dados,⁵⁸ ou ainda dos nomes de domínio.⁵⁹ De igual modo, o Marco Civil não regula as questões suscitadas pelo jogo em linha,

em especial as apostas desportivas,⁶⁰ e a problemática do tribunal competente e lei aplicável em questões de direito privado.^{61, 51}

Após esta breve explanação sobre os contratos na contemporaneidade, retomando o enfoque volitivo do estudo, conclui-se que em decorrência da supremacia da vontade de uma das partes e da unilateralidade da proposta, a autonomia privada é parcialmente mitigada nos contratos de adesão. Todavia, o próprio aderente opta pela restrição de sua manifestação, ao anuir com o ofertado. Por isso, mesmo não se expressando na estruturação do acordo, a vontade do indivíduo é preservada nas faculdades de celebrar ou não o pacto, na escolha da outra parte e, até mesmo, em estatuir qual contrato irá satisfazer seus anseios. Desse modo, certifica-se que mesmo relativizada, a autonomia privada vigora plenamente nos contratos de adesão.

Por isso, repudia-se qualquer suposta crise atribuída aos contratos, vez que tanto os contratos massificados, bem como sua faceta eletrônica são, na verdade, ajustamentos, revigoramentos e renovações deste crucial instituto para a sua ideal adaptação ao dinamismo da sociedade atual, pois “o mundo moderno é o mundo dos contratos”⁵².

5 CONCLUSÃO

É notório reconhecer a valoração dos contratos na contemporaneidade, sem os quais o homem cessaria suas atividades. Mediante sua explícita relevância e o dinamismo de uma conjuntura capitalista cada vez mais individual, a principiologia contratual aborda os interesses metaindividuais e a dignidade humana como nortes de seu desempenho

Discorreu-se no presente trabalho acerca da vontade, pressuposto essencial dos contratos, e sua relação com as inclinações atuais do ordenamento jurídico pátrio. Expôs-se, portanto, um retrospecto histórico acerca das volições, percorrendo desde o contexto do Estado liberal e sua alusão à vontade pura dos contratantes, até o âmbito do Estado social de direito, que abarcou um direcionamento dos arbítrios particulares. Sendo assim,

⁵¹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **O Marco Civil da Internet e seus Reflexos no Direito da União Europeia**. Revista da ABPI – Edição: nº 142. Edição: Maio/Junho. Ano: 2016, p. 19.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 3, p. 9.

elencou-se os panoramas vigentes em relação às vontades individuais, sendo essas reguladas e sintetizadas no princípio da autonomia privada.

Para parte da doutrina nacional, as expressões autonomia privada e autonomia da vontade são sinônimas. No entanto, este estudo distinguiu as mencionadas nomenclaturas, por reputar que a terminologia “autonomia da vontade” representa a extensa liberdade dos contratos, concedendo às partes a ampla prerrogativa de estipular seus tratos. Em contrapartida, a nomenclatura “autonomia privada” designa a liberdade dos contratos em observância aos fins sociais, econômicos e aos limites legais. Desse modo, amparando-se no simplista processo histórico, certifica-se que o princípio da autonomia privada é uma evolução do princípio da autonomia da vontade, o qual se harmonizou com as exigências do corpo social com o trepidar do tempo.

No que tange à manifestação da vontade, hodiernamente, esta é relativamente suprimida tanto pelos contratos de adesão, que mitigam a manifestação de um dos polos da relação jurídica, quanto pelo dirigismo contratual, que impõe limites ao individualismo nas convenções.

Atestou-se que o dirigismo contratual deve se pautar na ordem pública e nos costumes consagrados em nossa sociedade, configurando, logo, a intervenções estatais com o objetivo de conduzir os pactos no senso da equidade, porém, esta inferência não pode ser lesiva e desencadear em situações antieconômicas, pois, num Estado capitalista, deve-se, dentro do possível, almejar a preservação da livre iniciativa. Citou-se, como intromissão danosa e em desalinho ao agronegócio, a nulidade da cláusula que fixa preço do arrendamento rural em frutos ou produtos.

Os contratos *standard*, por sua vez, mesmo com a atenuação da manifestação dos interesses de um dos contratantes, reproduzem uma forma de negociar que alia eficácia e agilidade, adaptando-se às conveniências do mundo globalizado. Destarte, percebe-se que a suposta crise atribuída à vontade, em verdade, configura uma de suas adaptações ao dinamismo da sociedade.

Desse modo, entende-se que a expressão “autonomia da vontade” condiz plenamente com a representação da vontade à época de pleno vigor da ideologia liberalista. Sugere-se, assim, que a terminologia “autonomia privada”, noção evoluída do princípio em tela, seja adotada pela doutrina civilista como a ideal designação para os dias de hoje, pois essa nomenclatura concede às partes a faculdade de concretizar suas vontades, desde que em consonância com a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como fonte normativa e como cânone de interpretação. In: Encontro no Instituto de Estudos Culturais, 2015, Canela.

_____. 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.

_____. Direito civil: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERLIOZ apud MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Contrato de adesão. São Paulo: Atlas, 2002.

BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. Franca: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 8, n.1, jul. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado de nº. 23 CJF/STJ, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em 26 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 1266975-MG, Rel. Min. Ricardo Villa Bôas Cueva, 3ª T., j. 10/03/2016, DJe de 28/03/2016.

Código Civil português. Organização: BARATA, Carlos Lacerda. Código civil e legislação complementar, 3.ª ed. AAFDL - 2012. Alameda Universidade – 1649-014 Lisboa.

CORREIA, Jorge Alves. Direito público luso-brasileiro. 1.ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2018.

FERRETTO, Wilson. Contratos agrários: aspectos polêmicos. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

FERRI apud WALKER, Marck Pickersgill e Sierra, Joana de Souza. Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual. Congresso Nacional da CONPEDI. 25.: 2016: Curitiba, PR. <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/ylu20h4l/nOtF4G1Ylj7O4BN2.pdf>

GALGANO, Francesco e INZITARI, Bruno. Codice Civile e Leggi Complementari, 7ª edizione. Cedam: Padova, 2002/2003.

GOMES apud RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. Contrato de adesão. São Paulo: RT, 1972.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTO, A. Santos. Direito privado romano - I: parte geral. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 5ª ed. Coimbra Editora, 2011.

_____. Direito privado romano - II: direito das obrigações. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 6ª ed. Coimbra Editora, 2018.

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.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Atualizado por MALUF, Carlos Alberto Dabus. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O Marco Civil da Internet e seus Reflexos no Direito da União Europeia. Revista da ABPI – Edição: nº 142. Edição: Maio/Junho. Ano: 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 3.

_____. Instituições de direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 3.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. Teoria geral do direito civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Campinas: Brookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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, jul./set/ 2004.

ROPPO apud TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

SALEILLES apud MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Contrato de adesão. São Paulo: Atlas, 2002.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Vol. II, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, volume 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TRENTINI, Flavia e AGUIAR, Carolina Costa de. Contratos agrários típicos: releitura das normas do estatuto da terra à luz do contexto jurídico e econômico atual. In: 50 anos do Estatuto da Terra: 25 anos de Direito Agrário na Unesp. Elisabete Maníglia. – São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2014.

VICENTE, Dário Moura. Direito comparado, vol. I, Coimbra, 2008.