

A AUTONOMIA PRIVADA E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO

PRIVATE AUTONOMY AND THE PREVALENCE OF THE NEGOTIATED

Moacyr da Costa Neto¹

Resumo: *A autonomia privada é um dos princípios jurídicos fundamentais e estruturantes do ordenamento jurídico. Neste texto, delinearemos distintas perspectivas atribuídas a este instituto, conjugando-as a instrumentos de controle para que o seu exercício se coadune com o ordenamento jurídico e não exceda às prerrogativas atribuídas aos sujeitos de direitos.*

Palavras-chave: autonomia privada; intervencionismo; teoria das fontes.

Abstract: *Private autonomy is one of the fundamental legal principles, and which structure legal order. In this text, we will outline distinct perspectives attributed to this institute, combining them with instruments of control in order for its exercise to conform to legal order and not to exceed the prerogatives ascribed to the holders of rights.*

Keywords: private autonomy; interventionism; theory of sources.

1. DAS PERSPECTIVAS DA VONTADE (PSICOLÓGICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA)

A presente reflexão exige que a iniciemos com a devida indicação ao texto e ideias que nos conduziram à sua elaboração da lavra de Francisco dos Santos Amaral Neto (1988, p. 9-10). Observa o doutrinador que a vontade se desenvolve de dois modos diversos, o conhecer e o querer, “Pela primeira, apreendem-se os objetos, faz-se a sua captação mental; pelo segundo, exercita-se uma faculdade em direção a um fim ou valor”. Tem-se, em sumária conclusão, que, do ponto de vista psicológico, representa uma faculdade espiritual do ser humano, conduzida à realização de um valor intelectualmente conhecido. Mas, com a reserva deste autor, somos chamados à constatação de que a vontade, além de sua dimensão psicológica, também nos remete aos campos da Ética, da Filosofia e do Direito.

Identificados os matizes da vontade, convém diferenciá-los minimamente, pois não são coincidentes, e, aqui, servimo-nos novamente, das preleções de Francisco dos Santos Amaral Neto (1988, p. 9-10), para quem, sob o pálio do Direito, a vontade é apreciada no campo do dever-ser e da dogmática jurídica, “reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo”.

Noutras palavras, a autonomia privada é expressão do exercício da liberdade ajustada às prerrogativas subjetivas e tuteladas para a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, mas seu exercício não traduz a tipificação de um poder hegemônico, sobremodo no concebido Estado Democrático de Direitos, típico por referendar a mitigação deste domínio em razão dos postulados ajustados ao bem

¹ Professor titular do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP, SP, Brasil. E-mail: costaneto.moacyr@gmail.com.

comum e aos valores sociais.

Esse modo de operacionalização da liberdade é, para Fábio Nusdeo (2001, p. 124), o fundamento do Estado, enquanto consequência da racionalidade, à medida “implicou superar e eliminar uma série de crenças e de peias que tolhiam o homem e as suas iniciativas”. Como resultado da convergência dessas linhas de pensamento, dois valores elevaram-se à categoria dos fundamentais - liberdade e racionalidade -, a propósito, o que delineou a transição da idade Moderna para a Contemporânea (GILISSEN, 2001, p. 131). Sabemos, por isso, que a autonomia serve como pressuposto lógico para a concepção das relações e sua eficácia, constituindo-se no entendimento de Antonio Junqueira Azevedo (2004, p. 47), uma espécie de *a priori* fático.

Feitas essas primeiras considerações, avançamos para a problematização condutora desta reflexão. Em muitos textos percorridos, sustenta-se que diante das crises que assolaram o século passado e seus consectários – miséria e desemprego – surge a necessidade de remodelação da concepção de liberdade, para suprir as deficiências econômicas e, sobejamente, conciliar a liberdade de iniciativa conforme os ditames da justiça social.

Exemplo de defesa dessa perspectiva está nos escritos de Orlando Gomes (1974, p. 62), que observa a paulatina primazia da perspectiva social em sacrifício ao interesse individual, com dificuldade de estabelecer-se o ponto de equilíbrio para atingir-se a desejada justiça social. Comenta, ainda, o fenômeno do inevitável alargamento do poder de apreciação dos juízes, pois “evidente a impossibilidade de concretizar em fórmulas rígidas a conciliação entre as duas ordens e interesses.”

Essa tendência ideológica não escapa à compreensão de Michele Giorgianni (1988, p. 35-55), atenta à presença de reações consternadas de alguns juristas em razão de movimentos defensores da publicização ou socialização do Direito Privado, amparados no argumento de que modificações sentidas na esfera econômica, fruto da industrialização e do capitalismo, referendariam essas alterações.

Veja-se que nas noções de *publicização* ou *socialização* do Direito Privado encontramos o entendimento de que teríamos, contemporaneamente, novos paradigmas de regência das relações privada, os quais permitiriam a constituição de modelos lógicos vocacionados à sistematização do ordenamento jurídico e manejados preponderantemente pelo Poder Judiciário.

E daí ganhar corpo a perspectiva de que em atenção a clamores e anseios sociais (BASTOS, 2002, p. 19), passa o Estado a desenvolver políticas compensatórias para mitigar a expressão da autonomia privada por ocasião da circulação de riquezas, para enaltecer mecanismos que, supostamente, atestariam a presença de preceitos éticos na regulação da vida em sociedade, o que proporcionou o distanciamento dos antigos modelos de pensamento, fincados em diretrizes criadas pela *Escola da Exegese*.

Tornou-se prática a edição especial de material normativo, doutrinário e

jurisprudencial, num esforço em atenção às ideologias de exigências de coordenação indistinta das relações negociais. Daí, o declínio da lógica in *claris cessat interpretatio*, porquanto a letra fria das normas e suas prescrições, nesse contexto expositivo, deveriam atender aos fins sociais a que se destinam e às exigências do bem comum, promovendo a consonância dos interesses individuais aos coletivos.

A apontada insuficiência normativa, dado o surgimento de novos fatos e categorias de fenômenos, irrompeu a cadência de criação de diplomas especiais, por exemplo, extraindo do Código Civil de 1916 sua originária finalidade de servir ao povo como unidade hegemônica na leitura e regência de fenômenos. E, num momento subsequente, teremos o advento do novel Código Civil (Lei nº 10.406/2002), para definir um novo panorama da liberdade, consagrando a importância da dignidade da pessoa humana como valor fonte. Propositadamente, o Código Civil adotou, em diversas passagens a técnica de utilização de normas jurídicas de grande amplitude semântica, conferindo ao Estado-Juiz a tarefa de preencher casuisticamente seu significado, delimitando sua eficácia e alcance, conferindo a tal diploma maior mobilidade, porquanto prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, orientados pela regência dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República (COSTA, 2002, p. 111), dentre os quais ressaltamos a proteção à dignidade da pessoa humana e ao postulado da solidariedade (art. 1º, inciso III e art. 3º, inciso I), conforme enaltece Gustavo Tepedino (2007, p. 7):

Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III).

No mesmo viés, o entendimento de Judith Martins Costa (2002, p. 145), ao defender que a atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos como força motriz da reconstrução de institutos centrais do direito moderno, propugnando pela imposição de limites e, igualmente, conduzindo ao nascimento de deveres jurídicos positivos.

A ideia de funcionalização de direito, na perspectiva de Gustavo Tepedino (2007, p. 9), vincularia o exercício da liberdade individual aos valores sociais estabelecidos pelo ordenamento, do mesmo modo, numa relação de implicação dialética e sincrônica referendada, é importante que se diga, por vetores constitucionais. Esse é, por exemplo, o expediente utilizado pela Ministra Nancy Andrighi do E. Superior Tribunal de Justiça, ao enfatizar a importância da busca pela realização material da boa-fé como vetor do ordenamento jurídico, por ocasião do julgamento do REsp 1124506 (DJe 14/11/2012): “O princípio da boa-fé objetiva não pode atuar contrariamente a quem colaborou para o melhor encaminhamento da relação jurídica de direito material”. Ainda, a Ministra Nancy Andrighi concebeu da concepção de todo o sistema jurídico assistido pelo cânone da

boa-fé como valor vetor, a importância da regência de todo o ordenamento jurídico, ao proferir seu voto no REsp 1299580 (DJe 25/10/2012): “Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé.”.

As impressões de Fachin (2003, p. 320) são próprias para marcação dessas tendências de alteração na ordem do direito privado e convocam à reflexão acerca do fenômeno da funcionalização de direitos:

Eis, ao começo do novo século, o relançamento, forma e fundo sob novos ares de comunicações, abertas, porosas e atentas aos valores mais despidos de formalidade. Nesse horizonte construtivo não se apregoa o caos do desmoronamento desses institutos, ao contrário, dessa desconformidade é que nasce algo relevante para se pensar o Direito. Tensão e mudança, duas alavancas que compõem o binômio do fenômeno jurídico, que convive necessariamente com a instabilidade. Para tanto, introduziu-se esta especulação, suscetível a destacar o que não está na evidência e tem, na partida, breve transporte para releitura crítica dos estatutos jurídicos fundamentais. Por isso, autorizar a plenitude dos princípios, no direito indissociável do exercício. Pela mesma razão, captar, no tempo, pessoas, fatos e circunstâncias irreduzíveis ao verbo e ao conceito, diferenciados em sua condição, reacendendo e questionando. Nessa tarefa, aninhados na instância jurídica, deixa-se espaço para a transdisciplinaridade, supressão das tradicionais fronteiras epistemológicas, imaginando-se fusão da qual nasce coisa diversa, que não se confunda com os dois elementos anteriores que se continham, sem mera justaposição de termos por preferências corporativas. Daí a necessidade de um novo mapeamento, cuja descrição não pode ser previamente construída nem se de antecipar à emolduração do objeto ainda em curso. E encontrar nesse desejo a cartografia do possível, além dos continentes conceituais conhecidos, vencendo a dicotomia público-privado. À luz dessas estrelas a se descobrir, pode e deve o Direito Civil estar amalgamado por um fio condutor que reconheça no singular as possibilidades de regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais.

2. DA AUTONOMIA PRIVADA COMO CONCEITO POLÍTICO

Na opinião de Pietro Perlingieri (2002, p. 17), não é uma operação simples definir autonomia privada, por ser um termo cuja definição depende, especificamente, do ordenamento jurídico considerado e da experiência histórica que coloca sua exigência; todavia, de modo geral, considera-a como o reconhecimento concedido pelo ordenamento a um indivíduo ou grupo de determinar “vicissitudes jurídicas” como consequência de comportamentos espontaneamente assumidos.

Foi instituto tratado idealmente como um dos pilares do valor da liberdade individual, exercendo importante influência no passado; todavia, hoje não pode ser considerada um valor em si, revelando-se indispensável a leitura e contextualização de cada ato singularmente praticado.

A terminologia “autonomia privada” não recebe aceitação universal entre os juristas; sem prejuízo, o correspondente conteúdo empregado nos presentes escritos

designa o ambiente em que o exercício da vontade é qualificado e tutelado pelo ordenamento jurídico que o suporta.

Francisco dos Santos Amaral Neto (1988, p. 7-26) esclarece que a autonomia privada é tema que gravita entre a vontade e a norma e, por esse motivo, formam-se opiniões doutrinárias diversas a teor da ênfase atribuída à primeira fonte mencionada, de natureza subjetiva, ou à segunda, guiada pelo caráter objetivo da declaração normativa, e registra com a clareza típica de seus escritos:

Na consideração de todos esses aspectos, todavia, levantado a fio de continuidade histórica da experiência jurídica focalizada, que viu nascer o conceito de autonomia como expressão do poder jurígeno dos particulares, cristalizado nas estruturas coerentes, unitárias e hierarquizadas da dogmática positivista, deve utilizar-se uma perspectiva funcional própria, na qual o Direito seja produto da experiência jurídica geral (e não de uma classe), livre, inovadora, realística e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Ora, num sistema aberto têm cada vez mais importância as fontes extralegislativas, contrariando-se assim um dos mais caros dogmas do positivismo, a lei como única fonte ou principal do Direito.

No mesmo viés, as ponderações de Paulo Luiz Neto Lobo (1986, p. 16):

De uma maneira geral, ao tentarem explicar o princípio da autonomia da vontade (ou do auto-regramento da vontade, ou da autonomia privada) os autores enredam-se em justificações ideológicas, manifestando suas opções políticas, mais ou menos conservadoras. Esse princípio não é jurídico; é político. A perda ou fenecimento de seus fundamentos ideológicos nos permite, hoje, revelar esse caráter. Há quem distinga o princípio da autonomia da vontade do princípio da liberdade de contratar. Mas, no fundo, os dois princípios possuem a mesma razão dogmática aparente e o mesmo defeito de origem.

Diante desse quadro, a autonomia privada eleva-se como o poder, faculdade e oportunidade que os particulares têm de regular, pelo exercício da própria vontade, a relação jurídica que instrumentaliza e representa tal expressão, dada a legitimidade que lhe é atribuída pelo ordenamento e cultura jurídica que as ampara, mas, de outro lado, a ambiguidade do instituto empresta à vertente da publicação do Direito Privado e ao subsequente intervencionismo judicial a plasticidade necessária à ampla atuação do Poder Judiciário na esfera privada.

Não obstante a importância desse princípio é referendada por Enzo Roppo (1988, p. 132), ao sustentar que compõe a ideologia orientadora e organizadora das relações sociais regidas pelo sistema de mercado, e afirma:

O operador económico do capitalismo, na verdade, necessita ser livre não só na fixação a seu arbítrio (melhor: segundo a conveniência do mercado), dos termos concretos da operação realizada, mas também – e sobretudo – na decisão de efectuar ou não uma certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte, no decidir realizar um determinado «género» de operação em vez de um outro.

A expressão autonomia privada, como visto, não é sinônimo de vontade, que

guarda a conotação mais subjetiva e psicológica, ao passo a primeira - parafraseando Francisco dos Santos Amaral Neto (1988, p. 11) - é verdadeira projeção da concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada.

O fundamento da autonomia privada reside imediatamente no princípio da liberdade, e mediadamente na concepção do indivíduo como elemento nuclear da sociedade e a atenção à manifestação de sua vontade legitimada pelo ordenamento jurídico como postulado essencial à realização da Justiça, mas é ao tocar a realidade que ganha matizes de juridicidade, porquanto tipificando a base fática do negócio jurídico.

A liberdade empresta ao exercício da vontade a qualificação necessária à recepção e tratamento orientado pelo ordenamento jurídico, para constituição e produção dos efeitos relacionados. Não obstante, a compreensão da natureza da autonomia privada demanda algumas considerações históricas para sua configuração, destacadamente política, econômica e moral. Ainda, em relação às consequências da autonomia privada, encontramos, em matéria constitucional, o cânone da liberdade de iniciativa econômica e, no campo contratual, os princípios da força obrigatória dos contratos, do feito relativo dos contratos e do consensualismo.

Além da grande abertura interpretativa, fruto da valoração do próprio conceito de utilidade, para identificação e tratamento do ambiente reservado à autonomia da vontade, haveria, segundo o entendimento de Francisco dos Santos Amaral Neto (1999), a necessidade de serem consideradas as noções de fontes de direito.

A respeito das fontes do direito são fundamentais as considerações de Miguel Reale, por relevar a impossibilidade de limitação de critérios lógico-semânticos para correspondente compreensão e tratamento, por ser impossível fazer abstração de sua relação com a vida social e histórica. Promove, a propósito, a distinção de conteúdos das fontes de direito em imutáveis (categorias alheias aos efeitos do tempo e insuscetíveis de mudança, por consagrarem valores superiores), ou mutáveis, por dizerem respeito a exigências axiológicas perenes e factuais tomadas no plano da experiência jurídica concreta. Alerta, ainda, que os imperativos da certeza e segurança demandam a exigência de um *numerus clausus* de fontes do direito, aspecto que gera tensão, dada a oposição dialética à ideia da liberdade, que expressa a necessidade de uma ordenação jurídica aberta e flexível.

Pelas sobreditas razões, conclui-se que o ordenamento jurídico guarda princípios próprios que legitimam seu tratamento de modo sistematizado (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 13), bem como que, para sua desejada compreensão, sejam avaliados os fatos que o circundam, destacadamente os econômicos, políticos e morais que aquecem sua medida e aplicação a serviço do desenvolvimento humano tomado em seu tempo e espaço; porquanto, permitindo a atribuição de um conceito institucional à expressão da autonomia privada, conforme o entendimento de Luigi Ferri (1999, p. 36):

La autonomía privada, considerada em su función institucional, corresponde al querer de la comunidad, em cuanto está fundada em una norma superior que es manifestación de esta voluntad y, por lo tanto, realiza un interés general valorado y apreciado por la misma sociedad.

Por fim, a contribuição de Karl Larenz (1958, p. 65), que chega a considerar o exercício da autonomia privada como pressuposto à composição da personalidade, dado que o indivíduo é membro componente e indissociável da sociedade e demanda a imersão em ambiente que possa exercer com liberdade a sua vontade, como atesta excerto extraído de sua obra:

El individuo solo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida or los demás no solo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda em principio reglamentar por si mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido. Al ponerse ambas partes, por propia y libre voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas están em situación de velar por su propio interes. Al elevarse la voluntad coincidente de ambos como 'contenido contractual' a la categoría de norma vinculante de su conducta recíproca – toman parte constructivamente em la creación de su relación jurídica.

Com todo esse apanhado de concepções vê-se a atribuição de qualificação aos negócios jurídicos e seus regimes obrigacionais, ditos principais e acessórios, mediante a projeção de seus efeitos no espectro dos interesses dos contratantes, e, concomitantemente, na avaliação dos seus desdobramentos no ambiente em que inseridos, vale dizer, a exemplo do social e econômico. Daí os comentários de Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 122), para observar que, tendo toda manifestação de vontade forma e conteúdo, ainda será indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, em razão da presença de circunstâncias negociais, formadoras de um padrão cultural, “que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)”.

4. CONCLUSÃO

O exercício das vontades como força propulsora das relações e negócios jurídicos não é um poder em si só considerado. Antes, o negócio jurídico é fruto do exercício da liberdade ajustada às especificidades da experiência, do homem situado no tempo e no espaço, e, daí, a dificuldade de selarmos os espaços específicos observados pelo Estado-juiz para o exercício de um papel integrativo e de coordenação desses ajustes. Conceito de permanente construção, a sua sistematização nos remete à compreensão

do ordenamento jurídico em cotejo com o mundo circundante e seus valores de regência, dependente, portanto, de relações subordinadas e coordenadas por outros tantos e finitos sistemas, como o cultural e o econômico.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 46, n. 12, p.7-26, 1988.

_____. Autonomia privada. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil**. São Paulo: Saraiva. 2002

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Editorial Revisa de Derecho Privado, 1999.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, v. 87, n. 747, p. 35-55, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. São Paulo: Forense, 1974.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.