

O ATUAL DILEMA DA AUTONOMIA PRIVADA: ENTRE A TEORÉTICA CONTRATUAL E A EFETIVIDADE DAS PRÁTICAS SOCIAIS

THE CURRENT DILEMMA OF PRIVATE AUTONOMY: BETWEEN CONTRACTUAL THEORY AND THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL PRACTICES

Jussara Seleguini Gomes¹

Laio Portes Sthel²

RESUMO

Na fase do Estado liberal, o contrato fora concebido como instrumento de realização da plena liberdade e de garantia dos indivíduos frente às ingerências estatais. Assim, a igualdade formal e a irrestrita liberdade negocial permeavam o exercício da autonomia privada, e as construções teóricas por detrás das duas grandes codificações do século XIX – o *Code Napoléon* e o Código Civil alemão (BGB) – foram erigidas para reforçar tais acepções racionalistas e liberais-burguesas. Com o advento do Estado social e da constitucionalização do direito civil, os contratos foram socialmente funcionalizados e a autonomia ganhou limites inclusive em nível constitucional. Tais restrições, por sua vez, não teriam implicado o completo desvanecimento desta, mantendo-se os contratos na sua função tradicional de roupagem jurídica para as operações econômicas e elemento de propulsão do capitalismo. Porém, quando observadas as formas pelas quais a circulação de riquezas efetivamente se realiza na contemporaneidade, vê-se que a autonomia privada perde sua força caracterizadora dos contratos, chegando-se à sua quase total obliteração em determinadas circunstâncias. Portanto, a autonomia privada precisa ser pensada não apenas a partir da evolução do direito civil e do Estado social, mas também pela observância das atuais formas de manifestação das relações contratuais, a fim de que a autônoma realização dos sujeitos seja pensada com maior aderência à concreta realidade circundante à verdadeira realização da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos; Autonomia privada; Estado social; Constitucionalização do direito civil; Pós-modernidade.

ABSTRACT

At the stage of the liberal State, the contract was conceived as an instrument to achieve full freedom and assurance of individuals face the State interference. Thus, the formal equality and unrestricted freedom of negotiation permeated the exercise of private autonomy, and the theoretical constructs behind the two major codifications of the nineteenth century - the *Code Napoléon* and the German Civil Code (BGB) - were erected to reinforce those rationalists and liberal-bourgeois senses. With the advent of the Welfare State and the constitutionalization of civil law, contracts were socially functionalized and the private autonomy won limits even at

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. E-mail: jussarasgomes@gmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. E-mail: laiosthel@gmail.com.

constitutional level. Such restrictions, in turn, would have involved the complete fading of this, keeping the contracts in their traditional function of legal garb for economic operations and the propulsion element of capitalism. However, when observing the ways in which the circulation of wealth actually happens nowadays, it is seen that private autonomy loses its characterizing strength of contracts, reaching up to his almost total obliteration in certain circumstances. Therefore, private autonomy needs to be thought not only from the development of civil law and Welfare State, but also the observance of the current manifestations of contractual relations, so that the autonomously realization of subjects is designed with greater adherence to the concrete surrounding reality and the true fulfillment of the human person.

KEYWORDS: Contracts; Private autonomy; Welfare State; Constitutionalization of civil law; Postmodernism.

1. INTRODUÇÃO

A autonomia privada, em especial no século XIX, foi pensada para englobar a liberdade e a igualdade formais que as classes econômicas dominantes necessitavam para que as trocas de riquezas mantivessem uma dinamicidade e uma segurança antes pouco ou nada existentes. O que se buscava era estabelecer um arcabouço teórico no plano jurídico que possibilitasse a irrestrita realização das operações econômicas, sobre as quais o Estado liberal somente poderia intervir de forma negativa. Destarte, o presente artigo descreverá o panorama geral dos contratos e da autonomia privada com especial atenção a esta época do liberalismo burguês, a fim de que se possa vislumbrar as raízes do paradigma contratual clássico e suas implicações na conceituação de autonomia privada.

Entretanto, as referidas concepções da modernidade acerca do instituto contratual não se mantiveram firmes com o advento do Estado social, que trouxe consigo a funcionalização daquele e, por conseguinte, impôs limitações à autonomia privada. Assim, o poder jurídico concedido aos particulares para a autorregulamentação de seus interesses na seara econômica se tornou conformada ao estabelecimento de diversas normas imperativas, que visavam o bem comum e uma melhor distribuição de riquezas – haverá limitações à autonomia privada inclusive em nível constitucional. Na sequência, então, far-se-á uma exposição desses principais pontos, ressaltando-se, todavia, que, consoante a doutrina contemporânea, os contratos permaneceriam com um mínimo de seu papel tradicional de instrumento jurídico voltado à circulação de riquezas, bem como a autonomia privada não teria tido sua completa supressão com os mencionados limites a ela conferidos.

A contemporânea configuração dos tecidos sociais e econômicos, entretanto, poderão determinar modificações contundentes na observação das formas pelas quais a autonomia

privada se realiza na atualidade. Haja vista ser o direito uma resposta humana ao humano problema da convivência num mesmo espaço e tempo, a implicar a percepção de que o fenômeno jurídico está condicionado a fatores históricos e sócio-culturais³, faz-se necessário abordar tal perspectiva, a fim de que a problemática acerca da autonomia privada assuma os contornos que a realidade concreta lhe confere. Buscar-se-á observar em que medida a autônoma realização dos sujeitos no âmbito contratual efetivamente se concretiza, e quais as implicações que isto gera à concepção de autonomia privada.

2. A AUTONOMIA PRIVADA E A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

Sendo o instituto mais importante do direito civil contemporâneo⁴, o contrato nem sempre foi visto como uma “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 terceiro”⁵. Ainda no direito romano antigo, o pequeno número de instrumentos a que estavam reduzidas as obrigações contratuais expressa uma das faces de sua cultura, qual seja, a econômica, consubstanciada por relações comerciais primitivas marcadas pelo formalismo e pela reduzida dinâmica da sociedade. Tal face econômica acabaria por ceder ao contrato uma configuração estática, marcada por ritos específicos a cada tipo contratual, onde a perfeição ao ritual suplantava a vontade como fonte da obrigatoriedade.

A obediência a um rigoroso rito de formação e execução contratual demarca⁶, de maneira precisa, que a comunidade romana clássica, imersa no misticismo derivado de sua

³ NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 62, v. 3.

⁴ Afirmamos como o mais importante por inúmeros motivos: sua função na manutenção de uma relativa harmonia nas operações econômicas da sociedade, o número incontável de contratos em que o sujeito de direitos se envolve durante sua vida, sua participação na realização da personalidade quanto à satisfação material do indivíduo e outros.

⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional. 2 ed. rev. e atual. 2. Reimp. Curitiba: Juruá, 2007, p. 253.

⁶ “Não bastava o enunciado da lei. Tornava-se preciso também um conjunto de sinais exteriores, como que ritos de uma cerimônia religiosa, chamada contrato, ou processo judicial. Por esse motivo, para haver qualquer venda, deviam usar um pedaço de cobre e a balança; para comprar algum objeto, era necessário tocá-lo com a mão, *mancipatio*; quando se disputava qualquer propriedade, tratava-se de um combate fictício, *manuun consertio*” (COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 74).

religião preponderante – o paganismo –, não atribuiria significativa relevância à vontade⁷, até o período Justiniano, onde ela passaria a tomar as feições hodiernas⁸.

Já, no final da Idade Média, com o declínio do feudalismo e a abertura do mediterrâneo, a intensificação das relações econômicas viria a apresentar uma nova perspectiva da autonomia privada, na qual esta assumiria uma feição destinada a sintetizar a necessidade de velocidade nas operações de fundo econômico com a expansão da utilização das figuras contratuais, meio de realização das infinitas empreitadas comerciais pós-cruzadas⁹. É nesse ponto que vontade e obrigatoriedade começam a conjugar-se, como reflexo da dialética socialmente existente naquele momento entre a segurança nas operações econômicas e a autodeterminação para contratar.

Como resposta ao surgimento e instalação de um regime político de características opressoras – o Absolutismo –, que coincidiu com tal desenvolvimento econômico iniciado, conforme especificado acima, na baixa Idade Média, a ideologia do liberalismo pregaria total capacidade de contratar e ser contratado, em proteção ao indivíduo e aos seus direitos individuais. Cuida-se, porém, que a liberdade “ilimitada” presente nesse período acabou por configurar a autonomia privada como “o poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito que, no campo contratual, corresponde à chamada *liberdade contratual*”¹⁰, acepção essa que, tendo em vista a defasagem causada na harmonia social, viria a ser negada, posteriormente, por um tipo de estado interventor e intermediador: o Estado Social.

O contrato, na fase do Estado liberal moderno, fora concebido como expressão da autonomia privada e estruturado segundo a igualdade formal das partes. Passou a fazer lei entre estas, *pacta sunt servanda*, encobrindo-se de inviolabilidade, quer frente ao Estado quer

⁷ Diz-se vontade, e não autonomia privada, pois a esse tempo não havia o desenvolvimento de uma teoria do negócio jurídico capaz de diferenciar tais elementos normativos, uma vez que os romanos, identificados por seu pragmatismo e praticidade, não eram um povo habituado a teorizar além do necessário para resolver os conflitos cotidianos de sua sociedade.

⁸ Dissertando sobre o negócio jurídico, Francisco Amaral nos dá importante lição sobre o desenvolvimento da vontade a partir do Corpus Iuris Civilis: “Elabora-se a sua teoria (negócio jurídico) a partir dos textos romanos de Justiniano, do Corpus Iuris Civilis, considerado o direito comum, tendo como fundamento o princípio da autonomia da vontade. O direito romano não conheceu o negócio jurídico como categoria lógica, que seria fruto da abstração a que os juristas romanos, práticos e objetivos, não se dedicaram. Mas já continha os elementos com que a pandectística alemã trabalharia na elaboração de tal conceito, isto é, a vontade humana e os efeitos que dela podem diretamente derivar” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 387).

⁹ “Note-se que não se fala hoje em autonomia da vontade, mas sim em autonomia privada, poder reconhecido pela ordem jurídica ao sujeito de direito para juridicizar sua atividade, realizando negócios e determinando efeitos. O negócio jurídico é instrumento dessa autonomia, instrumento de colaboração entre os membros de uma sociedade e que por isso, deverá estar adequado à vida social dos membros que dela participam” (MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82).

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 81.

frente à coletividade. Vínculo legítimo, pois, justificado na liberdade e na autonomia das partes, o instituto representaria, nos meios jurídico-econômicos, a hegemonia da ética individualista, dominante no ambiente burguês-revolucionário.

Assumindo essa configuração, o instituto alcançaria seu apogeu no final do século XIX. Nessa fase, o contrato confundia-se com a justiça, sendo que tal ideal deveria ser garantido inteiramente pelas partes. Deve-ser notar que referida acepção guarda íntima relação com o Estado da época, caracterizado pela inércia na intervenção nas esferas individuais e nas questões tidas como “coletivas”, a exemplo da justiça social. Sob o lema “quem diz contratual diz justo”, o Estado liberal levaria as últimas consequências os seus pressupostos teóricos.

E por tal motivo, os seus limites negativos, já extremamente limitados em sua feição, teriam uma participação ainda menos relevante, destinada a estipular prescrições, puras e abstencionistas, no sentido de obrigar um contratante apenas a não assumir determinada conduta perante o outro, ou perante terceiros, ou ainda proibi-lo a inserir determinada cláusula no instrumento contratual¹¹.

Tem-se que o direito, a este tempo reduzido ao produto da atividade legislativa, tinha por objeto a proteção a um sujeito de direitos abstrato, fruto de uma racionalidade que procurava dominar a realidade, ignorando sua complexidade e inconstância, sobretudo pela efervescência cultural da época. Não por acaso a proteção aos direitos individuais tornou-se em grande parte substrato para especulação retórica, onde a intenção de completude dava lugar a abstrações vazias e desprovidas de aplicabilidade prática. Os limites puramente negativos integrados à concepção clássica do contrato exemplificam bem essa questão.

Impende registrar, ainda, que tal concepção do contrato, saturada de liberdade contratual e moldada às exigências burguesas, influenciou as grandes codificações do século XIX, sobretudo a francesa e, posteriormente, a alemã, as quais serviram de modelo para grande parte das codificações que surgiram nesse contexto de evolução jurídico-econômica do ocidente capitalista, no entanto, assumindo as características peculiares de cada país.

Fruto da vitória política da burguesia e reflexo de uma França pós-revolucionária, o *Code Napoléon* é o primeiro grande código da Idade Moderna, e, como tal, manteve-se fiel às diretrizes do movimento do qual resultou. A igualdade, a liberdade e a fraternidade, no campo político, se tornariam, no campo jurídico-contratual, liberdade¹² de contratar, de escolher com

¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32-33.

¹² Note-se, uma liberdade formal, destituída de parâmetros materiais de liberdade e igualdade.

quem contratar e de estipular o conteúdo do contrato. O legislador francês do *code civil* concebeu o contrato como mero instrumento de aquisição e transferência da propriedade, não sendo aquele um instituto autônomo, mas servil a esta¹³.

Como reflexo da liberdade contratual formal como um bem em si mesmo, os civilistas alemães - sobretudo os pandectistas do século XIX - desenvolveram o sistema integrado do negócio jurídico, categoria lógica cuja vontade desponta como elemento nuclear e do qual o contrato é espécie. O negócio jurídico é a teoria científica da forma e da estrutura, desvinculada de qualquer preocupação com o conteúdo material ou com os figurantes, podendo, portanto, ser reduzido a diversas atividades humanas.¹⁴ De acordo com as lições de Francisco Amaral, pode-se assim sintetizar que:

“A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial”¹⁵.

Quase um século após a edição do *Code Napoléon*, o Código Civil alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inspirado no pensamento liberal-burguês, desenvolveria a teoria do contrato a ponto de identificá-lo a uma categoria geral e abstrata, a do negócio jurídico. Tal arcabouço teórico, porém, acabou demonstrando-se insuficiente para atender às exigências sociais da época, crescendo a desigualdade econômica e a submissão de uma parte contratante por outra, tornando o instituto do contrato mero instrumento de sujeição de um indivíduo sobre outro a partir de um critério definidor incontestável: a riqueza. A completude no plano abstrato do direito acabaria por refletir deficiência no plano fático-social.

A sistemática jurídica era pautada num conjunto fechado de normas, estruturalmente não permeado pelas vicissitudes humanas e pelo debate axiológico. O juiz era mera “*bouche de la loi*”, segundo a célebre expressão de Montesquieu, cabendo a ele a aplicação subsuntiva do que havia sido prescrito pelo legislador e nada mais, em nome da segurança jurídica e do respeito às esferas individuais dos particulares. Pode-se afirmar que a jurisdição cível, nesse contexto, nada mais fazia que manter a propriedade: seja ela estática, como direito natural, seja em movimento através do contrato.

¹³ “O ideal revolucionário burguês de “garantir propriedade a todos” era realizado por meio do contrato. Dessa forma, toda dogmática contratual foi concebida, naquele período, tendo como premissa a liberdade de contratar” (MELO, Diogo Machado Leonardo de, *op. cit.*, p. 78).

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

¹⁵ AMARAL, Francisco, *Direito Civil:...*, p. 389.

Em face de tais insuficiências do pensamento moderno, calcado no liberalismo e no individualismo que permearam as concepções acerca do direito na vigência do Estado novecentista, começou-se paulatinamente a repensar-se o fenômeno jurídico e suas estruturas, em especial no que tange à concepção de sistema jurídico e à metodologia da sua realização, a incidir na própria concepção da autonomia privada.

3. A AUTONOMIA PRIVADA NA DOCTRINA CIVIL CONTEMPORÂNEA

O panorama anteriormente descrito, que marca a modernidade e o século XIX, estava imerso no contexto de ruptura com os Estados absolutos e na necessidade de afirmação do capitalismo como sistema econômico e da burguesia como classe dominante. Os acontecimentos histórico-sociais, contudo, levaram à deterioração do Estado Liberal e sua sucessão pelo Estado Social de Direito, fruto da conjuntura que se seguiu à I Guerra Mundial. Este se caracteriza por sua feição intervencionista e pela positivação de regras jurídicas que garantissem direitos sociais, econômicos e culturais, demonstrando maior atenção para a igualdade substancial em lugar da simples igualdade formal¹⁶. Já aí se encontram abaladas as estruturas conceptuais sobre as quais o conceito clássico de contrato assentava-se, posto que “o Estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato”¹⁷.

Os contratos, a partir de então, começaram a ganhar novas funções em prol do bem comum e de uma melhor distribuição de riquezas. De fato, o contrato, por ser “instrumento propulsor da ordem econômica”¹⁸ – e, portanto, figura jurídica central do capitalismo –, sofreu restrições e formatações que o levassem a cumprir não apenas um papel de vestimenta jurídica para as operações econômicas, mas também de concretização da justiça social. Desta feita, vislumbra-se que “a intangibilidade da vontade individual cede frente à exigência de justiça social”¹⁹.

A funcionalização do contrato passa a tomar corpo quando se incrementa a presença de normas imperativas nos ordenamentos jurídicos nacionais, em lugar da predominância das

¹⁶ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 72.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

¹⁹ Livre tradução do espanhol. Trecho original: “la intangibilidad de la voluntad individual cede frente a la exigencia de justicia social” (BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: El Contrato*. Tradução Fernando Hinestroza e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 56).

normas dispositivas, meramente subsidiárias da vontade das partes²⁰. Tais normas de caráter cogente incidem na formação, no conteúdo e na realização dos contratos, dando azo a “formas de intervenção legislativa sobre o regulamento contratual particularmente incisivas e a *formas de restrição da autonomia privada particularmente penetrantes*”²¹ [grifos do autor].

Assim, a busca pela realização dos interesses coletivos em detrimento dos individuais – caracterizando-se um dirigismo contratual a ser concretizado com especial atenção pela função social dos contratos – desemboca numa clara limitação à autonomia privada como foi concebida no paradigma clássico. Percebe-se, então, que não há como se afirmar a autossuficiência dos contratos frente à ação regulatória do Estado²², muito menos a autossuficiência da autonomia privada²³. Destarte, à medida que cresce a dimensão social das relações privadas por meio das intervenções legislativas, menor se torna o espaço de realização plena e irrestrita da autonomia privada²⁴. A partir de então, passa-se a asseverar que esta se encontra “*fundamentalmente subordinada à solidariedade social*”²⁵ [grifos do autor] e demais valores constitucionais predominantes.

Pode-se considerar que as restrições à autonomia privada e a funcionalização do contrato seguem a esteira da decadência do pensamento jurídico moderno frente à “crise dos modelos mentais de compreensão dessa realidade própria da era industrial, modelos esses que precisam ser agora substituídos, justamente porque a realidade é outra”²⁶. Importante lembrar, portanto, que, não apenas as intervenções legislativas acima mencionadas, mas também a própria configuração geral do ordenamento jurídico foi colaboradora no estabelecimento de um repensar sobre o direito e o método de sua realização, a incidir na forma como o juiz efetiva o controle sobre o conteúdo dos contratos e as respectivas limitações à autonomia privada.

No caso brasileiro, o Código Civil de 2002 afigura-se como um sistema aberto e flexível, entremeado por princípios jurídicos e cláusulas gerais, permitindo-se vislumbrar importantes alterações metodológicas no que tange à interpretação jurídica. Dessa forma, o referido diploma legal fornece as bases para que o fenômeno da “*jurisdicização* do direito

²⁰ BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé, *op. cit.*, p. 44.

²¹ ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 194.

²² FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 560.

²³ BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé, *op. cit.*, p. 42.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 61.

²⁵ Livre tradução do espanhol. Trecho original: “la autonomía privada está fundamentalmente subordinada a la solidaridad social” (BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 57).

²⁶ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós..., p. 63.

contemporâneo”²⁷ tome forma, reflexo do paradigma jurisprudencial que marca a pós-modernidade²⁸. Cresce, então, a relevância da atividade jurisdicional, interligada a um renovado modelo interpretativo que considera a interpretação como processo efetivamente criativo do direito e guiado com especial consideração pelos princípios jurídicos em detrimento do puro normativismo²⁹.

Igualmente, há de se ter em conta que esta “‘principalização’ do modelo interpretativo”³⁰ deverá considerar o contexto atual de constitucionalização do direito civil, no qual “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo”³¹. De fato, pela centralidade que a Constituição assume no sistema jurídico, surgem as perspectivas de aplicação direta dos seus preceitos às relações jurídicas estabelecidas em âmbito tradicionalmente civil³², demonstrando o enraizamento dos valores constitucionais no patamar privado. O direito civil dito constitucional, por conseguinte, figura-se como “corolário de uma revolução epistemológica nucleada pela esfera *existencial* que se agregou à civilística por influência da Constituição democrática do Estado social avançado”³³.

Ante o panorama da constitucionalização do direito civil acima descrito, é mister visualizar que a Constituição de 1988 se encontra no centro de convergência do ordenamento jurídico e, com isso, perceber que a autonomia privada está balizada e comprimida a nível constitucional por valores e princípios como os da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CRFB/88) e da justiça social (art. 170, CRFB/88). Mais que isso, seria possível afirmar que a autonomia privada não goza de

²⁷ AMARAL, Francisco. A Interpretação Jurídica segundo o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 19-41, 2º sem. 2007, p. 32.

²⁸ AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 29-44, 1º sem. 2009, p. 44.

²⁹ Aduz Castanheira Neves que “[...], por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objectivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um *continuum* constituendo em função de uma dialéctica normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais” (NEVES, António Castanheira, *op. cit.*, p. 168). No mesmo sentido, AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial - estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 4-6.

³⁰ AMARAL, Francisco, *ibidem*, p. 17.

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O código civil de 2002 e a constituição federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

³² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589-590.

³³ BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. São Paulo, 2012. Inédito.

status constitucional e que, portanto, à luz de Paulo Lôbo, não poderia prevalecer perante conflitos com os princípios constitucionais, nem mesmo por uma ponderação de valores³⁴. Mesmo havendo posições divergentes quanto à questão do *status* inerente à autonomia privada³⁵, o que importa observar no momento é a compressão que esta padece também e principalmente a nível constitucional, a partir da predominância das diretrizes sociais e democráticas incorporadas à Carta Magna de 1988.

Todavia, as delimitações da autonomia privada até aqui explicitadas não chegam a implicar o completo desvanecimento desta, consoante se observa a doutrina civil atual sobre o assunto. Em verdade, mesmo que os contratos se submetam a uma funcionalização social, assevera-se que “a tradicional função individual do contrato permanece”³⁶. É neste sentido que caminha a defesa de um mínimo de espaço jurídico de manifestação da liberdade dos particulares em estabelecer acordos e autorregulamentos voltados ao gerenciamento de seus interesses patrimoniais individuais. A propósito, declara Maria Luiza Feitosa que

“[...] a proteção estatal paternalista, por seu caráter potencialmente arbitrário, pode se revelar excessiva e gerar outros perigos, colocando em xeque a própria relação entre Estado e mercado. *Na verdade, o contrato é um instituto que garante a fluidez das relações econômicas e precisa manter um núcleo atomístico, autorizativo do exercício da liberdade contratual e da autonomia privada.* Os princípios sociais vigentes no âmbito da contratação circundam essa realidade.”³⁷ [grifos nossos].

Outrossim, enxerga-se também a permanência da vontade das partes como elemento de grande importância e, com isso, a necessidade de sua preservação no contexto da autonomia privada, ainda que tomando-se distância das concepções liberais exasperadas³⁸. Com efeito, declara Enzo Roppo que “o princípio da autonomia privada (embora acolhido [...] em termos não absolutos e limitados) implica que a vontade das partes deve considerar-se como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual”³⁹.

Chega-se, enfim, à concepção hodierna de autonomia privada como um poder jurídico, que, por sua vez, é atribuído pelo direito aos particulares para que estes autorregulem seus interesses dentro das balizas e limitações traçadas pelo ordenamento

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 49-52.

³⁵ Para Cesare Massimo Bianca, mesmo que não haja previsão expressa, “a autonomia privada pode ser vista como um direito de liberdade e, portanto, como um direito fundamental da pessoa”. (BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 54). Livre tradução do espanhol. Trecho original: “la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad y, por tanto, como un derecho fundamental de la persona” (*Idem, ibidem*).

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 23.

³⁷ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *op. cit.*, p. 567.

³⁸ MELO, Diogo Machado Leonardo de, *op. cit.*, p. 83.

³⁹ ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 142.

jurídico⁴⁰, em especial – vale dizer – pelos princípios e valores constitucionais. Ou seja, tal poder jurídico, como toda forma de poder exercida no âmbito do direito, deverá se conformar à unidade jurídico-axiológica erigida pela Constituição⁴¹.

Por se compreender o acordo como veículo normal de exercício da autonomia privada⁴², esta manifestar-se-ia na liberdade de determinar modificações que os sujeitos queiram introduzir nas suas esferas patrimoniais em geral por meio de um consenso contratual. Tal liberdade, por seu turno, poderá ser vista em três vertentes distintas na seara contratual⁴³: (i) a liberdade para contratar, ou seja, a possibilidade de estabelecer um contrato ou não; (ii) a liberdade para escolher com quem o sujeito gostaria de contratar; (iii) a liberdade contratual, enfim, como liberdade de estipulação e conformação do conteúdo do contrato segundo seus interesses particulares. Vale ressaltar que, para todas as três, o Estado impõe ou pode impor determinados limites quando intervém nas relações contratuais de forma positiva (e não apenas negativa), como já explicitado anteriormente acerca das normas cogentes ou imperativas.

Na ordem jurídica estabelecida pelo Código Civil de 2002, o principal instrumento de jurisdicação das atividades dos particulares, realizadas por meio da autonomia privada, reside na categoria de negócio jurídico, aparato técnico-jurídico de grande abstração criado pela pandectística alemã como alhures se apresentou. Dentro da categoria de negócio jurídico, sabe-se que o contrato – como “acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre ela uma relação jurídica patrimonial”⁴⁴ – representa o principal instrumento de disposição de esferas jurídicas particulares pelos sujeitos e, com isso, de formalização jurídica das operações econômicas.

Dada tal relevância, os contratos assumem papel essencial nas sociedades capitalistas contemporâneas, chegando ao ponto de se tornar “um *instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada*”⁴⁵ [grifos do autor]. Com isso, aparentemente, a autonomia privada, mesmo limitada e conformada aos valores constitucionais prevaletentes, parece ser – ainda – a protagonista nas relações

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ “[...] cada forma de poder que se exprima por meio de regras ou princípios – e, portanto, também cada espécie de poder normativo *lato sensu* ‘privado’ – não poderá ser exercido senão dentro da unidade construída pela Constituição e mantida por um método hermenêutico que dela se faça instrumento consciente.” (PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 308).

⁴² BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 35.

⁴³ ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 137-138. Em sentido próximo, MELO, Diogo Machado Leonardo de, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁴ Livre tradução do espanhol. Trecho original: “el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” (BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 23).

⁴⁵ ROPPO, Enzo, *ibidem*, p. 67.

contratuais hodiernas. A configuração atual dos tecidos sociais, porém, talvez leve a observar estas afirmativas de modo diverso, como a seguir se explicitará.

4. A AUTONOMIA PRIVADA NA CONJUNTURA SÓCIO-ECONÔMICA DE CONSUMO

No contexto da revolução da informática, do desenvolvimento tecnológico, da explosão demográfica e da globalização econômica, a sociedade contemporânea pode ser identificada como uma sociedade de massas. Diz-se sociedade de massas, pois se produz muito para um consumo em grande escala, sendo que tais fatores desencadearam efeitos negociais a um grande número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos contraentes. Obviamente os grupos inter-relacionados nesse contexto de produção acabam ganhando identidade própria, onde a situação de destinatário final do produto os separa em fornecedores e consumidores. A aquisição, em um contexto econômico, de determinado bem ou serviço (mercadoria), acaba por refletir na disciplina jurídica incidente sobre o particular.

Toda mercadoria, porém, deve provir de um mercado, e um mercado nada mais é do que um espaço social⁴⁶. Sabe-se que o direito, enquanto ciência social aplicada, tem por seu substrato as relações sociais, nos mais diversos contextos. Pressupõe-se que ele, como ato de vontade imposto pelo Estado, tenha a completude necessária para estabelecer a paz e a harmonia nas relações que são seu objeto, impedindo a autotutela dos particulares. Observa-se, contudo, que esse paradigma hegemônico tem sido contestado, no qual um tema antigo, dentre vários outros, traz novas dúvidas: a unificação do direito privado.

O advento do Código Civil de 2002 trouxe consigo uma novidade: a junção de parte da disciplina comercial no direito civil. Distingue-se, aqui, a aparente união de todo o direito privado, em que parte da doutrina pretende a fusão daquele ao direito comercial, desenvolvidos sobre princípios e instituições comuns.

A ideia de unificar as disciplinas remonta ao século XIX, sendo defendida no Brasil, à essa época, por Teixeira de Freitas⁴⁷. Seja por descaso do governo, ou pela reduzida dinâmica da economia, naquele momento sustentada majoritariamente pela produção de

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pág. 13.

⁴⁷ “Em realidade, o novo Código Civil unificou as obrigações civis e mercantis, trazendo para o seu bojo a matéria constante da primeira parte do Código Comercial (CC, art. 2.045), procedendo, desse modo, a uma unificação parcial do direito privado” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36, v. 2).

artigos primários para exportação, a tese não vingou e o código de 1916 nasceria omissa em tal ponto.

Quase cem anos da publicação deste, porém, é de se espantar que a situação do direito privado brasileiro continue com pequenos avanços. A questão é mais sociológica que jurídica: o cenário econômico do país mudou totalmente, onde a quantidade de relações econômicas entre os sujeitos cresceu de modo inimaginável, impulsionadas pela grande quantidade de produtos oferecidos por empreendimentos nacionais e estrangeiros.

Têm-se, na esteira de Enzo Roppo⁴⁸, uma importante reflexão a se fazer sobre essa questão. Se o Estado adota o modelo capitalista para gerir sua economia, é inevitável que seu ordenamento jurídico deva corresponder a tal escolha. Nesse caso, a não unificação do direito privado é a própria negação a um direito de índole capitalista-avançada, sendo que esse modelo, com variações inerentes a cada momento histórico do país, sempre permaneceu forte e estável.

Essa situação evidencia uma contradição, pois, se o Estado age como planejador e empreendedor no plano econômico, como é o caso do Estado Social brasileiro, mas nega ao seu ordenamento a unidade necessária para corresponder adequadamente à dinâmica econômica existente na realidade social, acaba causando a si mesmo um retrocesso, que se refletirá na disciplina jurídica.

Não se pretende um discurso com tendências neoliberais ao se defender tal ideia, mas apenas propor uma uniformização das disciplinas civil e comercial, de maneira também a unificar a doutrina, para que essa possa, agora homogênea quanto à essa questão, se concentrar na pessoa humana e em sua dignidade frente às relações contratuais.

O caminho seguido pela Itália, em 1942, país com experiências positivas quanto à unificação, parece ser similar ao caminho a ser seguido pelo Brasil nos próximos anos: as normas comerciais são revogadas e sobram apenas as normas do código civil, sendo que estas, contudo, terão feição muito mais comercial do que as normas cíveis pré-existentes. Todo direito privado, sob essas condições, cedo ou tarde, torna-se direito do capitalismo⁴⁹. É desnecessário atrasar essa natural evolução.

Já no interior das relações jurídicas o prelúdio dessas mudanças foi identificado. O contrato já não é visto como instrumento da propriedade, único meio gerador de riquezas segundo a ideologia liberal. O contrato é também gerador de riquezas, que se apresentam na

⁴⁸ “Não existe mais no âmbito do direito privado e do sistema dos contratos, um ‘direito do capitalismo’ especial porque – tal como todo o mercado se tornou mercado capitalista – também assim *todo* o direito privado se tornou ‘direito do capitalismo’” [grifos do autor] (ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 62).

⁴⁹ Neste sentido, cf. *Idem, ibidem*, p. 63.

forma de bens desmaterializados, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem⁵⁰. As patentes, os títulos de crédito, as letras de cheque e as ações em sociedade são os exemplos disso.

O dinamismo e a praticidade são necessidades a serem supridas, ditadas pela lógica do mercado⁵¹ ante a busca por velocidade nas operações econômicas. Documentos substituem imóveis, manifestações de vontade cedem lugar a contratos pré-prontos, determinantes de prestações específicas a todos os que decidem se utilizar daquele serviço⁵².

Em meio a essas mudanças, a autonomia privada é suprimida, mas não extinta, tendo a teoria da declaração suplantado a teoria da vontade. O contrato assim, ganha uma nova feição⁵³. Frente à globalização econômica, o contrato apresenta-se como instrumento de dominação dos mercados. As empresas passam a ditar normas cada vez mais rígidas que as do poder público e que devem ser acatadas pelo cidadão, sob pena de ser excluído do meio social⁵⁴.

Atuando como “legisladores informais”, as empresas⁵⁵ são as figuras centrais de um contexto que as envolve com um Estado em mudança de paradigma e uma massa de consumidores que necessita de uma tutela mais específica do direito. Como impulsionadoras do processo econômico, essas atividades econômicas organizadas ditam as regras do mercado. A força de suas instituições tornam os contratos de adesão e os contratos de massa a regra no

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁵¹ “Não é factível que o mercado possa ser concebido como um fenômeno de interação espontânea e colaborativa entre os indivíduos. Ao contrário, o mercado é um lugar onde se processam, às vezes com violência, fenômenos de concorrência, competição e conflitos entre grupos sociais, sempre prontos a violar as regras do jogo em benefício próprio.” (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *op. cit.*, p. 554).

⁵² Diante da realidade negocial massificada, estando os bens e serviços à disposição no mercado sob condições fixas, a relação contratual efetiva-se com o simples comportamento de utilização da prestação, dispensando o consentimento ou conduta volitiva. Nesta esteira, consoante aduz Karl Larenz, “o efeito obrigatório do comportamento do usuário não se baseia [...] no fato de ele ser imputado ao sujeito como expressão de vontade própria de obrigar-se, mas sim no fato de que, sem levar em conta a vontade do agente, o comportamento será entendido, de acordo com os usos do tráfego, como justificador de uma obrigação. É a “resposta” ou “reação” social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação” (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 2, n. 1, 1. sem. 2006, p. 60).

⁵³ “Se as novas figuras contratuais, hoje prevalecentes, prescindem ou ignoram o poder de escolha; se não há, em muitas situações, autodeterminação livre dos seus próprios interesses; se os direitos, pretensões, deveres e obrigações são fortemente limitados ou até mesmo prefixados pela lei ou pelo contratante com poder negocial dominante; se o contrato pode ser celebrado sem a identificação ou a manifestação de qualquer espécie do outro contratante, em virtude da automação ou da informatização, a teoria do contrato teve de se transformar, em igual medida”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 23-24).

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 22.

⁵⁵ Conceito de empresa, segundo Fábio Ulhoa Coelho: “Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa)”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35, v. 1.

trato com o consumidor, contratos esses que não raro possuem em seus instrumentos um rol de cláusulas abusivas⁵⁶.

Ao perceber tais abusos, o Estado deve intervir através do direito, positivando princípios em favor dos hipossuficientes. Contudo, o gradual abandono de uma posição interventora mais rígida, por parte daquele, deixa um futuro incerto quanto à situação da autonomia privada frente às relações contratuais e de consumo, onde uma “repersonalização” é de fundamental importância no atual momento. Incerteza essa, que se procurará debelar a seguir.

5. CONCLUSÃO: AS INFLUÊNCIAS DO CONTEXTO ECONÔMICO NA COMPREENSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Compreende-se que as relações sociais, mergulhadas num contexto histórico-econômico, acompanham a evolução da técnica, da ciência e da produção em massa dos bens de consumo. Configurar-se-iam, então, novas formas de realização das operações de transferências de riquezas, das quais os contratos representariam sua formalização no âmbito jurídico. Afinal, abordar os contratos implica necessariamente remeter-se à ideia de operação econômica⁵⁷. Estas, entretanto, não estão desconectadas das formas atuais de manifestação do capitalismo como sistema econômico-produtivo vigente.

Assim, a partir do panorama das sociedades capitalistas hodiernas traçado no tópico antecedente, percebe-se que a realidade atual se afigura complexa e plural, marcada pelo domínio do conhecimento e da informação e, em especial, como se viu, pelo mercado e pelas relações de consumo. A partir da centralidade que a conceituação jurídica de empresa assume na atualidade, as trocas de bens, conseqüentemente, demonstram ser realizadas predominantemente por relações nas quais prevaleçam os contratos de adesão, os contratos de massa ou os contratos compostos por cláusulas contratuais gerais.

Nestas formas contratuais, que desabrocham a interligação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, é consabido que a vontade de uma das partes prevalece sobre as outras, posto ser a vontade daquela a principal estipuladora e conformadora das obrigações a serem assumidas. Na generalidade dos casos, não se abre mais espaço para que

⁵⁶ “A desconsideração da manifestação da vontade nos contratos de massa implica a produção de efeitos contratuais independentemente dela, pois o dever de remunerar é conseqüência da conduta do usuário e não da sua vontade” (LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 24).

⁵⁷ ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 8.

os contraentes tenham plena liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, do que parece ter tido o legislador do Código Civil de 2002 certa consciência quando da elaboração dos artigos 423 e 424.

Não obstante tais assertivas, há quem conclua pelo não esgotamento do paradigma clássico, no que se refere aos contratos realizados a nível nacional e que não se encaixem nas relações de consumo propriamente ditas⁵⁸. Dir-se-ia que “as transformações experimentadas pelo contrato, ao longo dos tempos, não foram capazes de estabelecer rupturas com a tradição anterior”⁵⁹, do que decorre a constatação de uma verdadeira convivência de paradigmas distintos na seara contratual. Nesta medida, dada a pluralidade manifestada pelo fenómeno contratual, não se poderia falar em sobreposições de paradigmas, mas sim de uma agregação ou acumulação paulatina das concepções acerca dos contratos, que passam a estabelecer diversas vertentes contratuais; a imagem do contrato parida na racionalidade liberal, porém, – mesmo que com certas modificações – ainda seria a prevalecente⁶⁰.

Entretanto, faz-se necessário observar que a já abordada conjuntura atual das relações sociais e das operações económicas contemporâneas parece afetar grandemente a liberdade para estabelecer o conteúdo efetivo do contrato: ter-se-ia a possibilidade de aderir ou concordar com um contrato ou não, e nada mais em termos de alteração do estipulado previamente. Aliás, “em um padrão de sociedade em que ninguém escapa ao dever de contratar como condição inerente à própria subsistência digna e de qualidade”⁶¹, também a liberdade para contratar soa como materialmente pouco realizável. Ademais, é de se observar que, no mesmo sentido, a liberdade de escolha do parceiro contratual não demonstra ser amplamente verificável quando se tem, por exemplo, a concessão, por parte do Estado, de monopólios para a exploração de determinado bem ou serviço⁶². Quando estes são essenciais a um padrão de vida mínimo, não há como sequer negar-se à contratação, não sendo possível vislumbrar um efetivo exercício das liberdades negociais.

Outrossim, é preciso notar que, mesmo nos contratos paritários, há certa dificuldade em se estabelecer a plena vontade objetiva emanada pelas partes, uma vez que estas não raras vezes lançam mão de expressões ambíguas ou obscuras, que provocam dúvidas acerca do que

⁵⁸ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *op. cit.*, p. 569.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ “A verdade é que em se tratando de contratos, um paradigma não se substituiu ao outro, mas a ele veio se agregar, compondo um todo de várias vertentes, umas mais relevantes do que outras, a depender da época e das circunstâncias. A primeira imagem, aquela gerada com a racionalidade liberal, ainda é preponderante. Certamente sofreu inflexões, mas afigura-se como a matriz viva para o que ocorreu daí em diante.” (*Idem, ibidem*, p. 566).

⁶¹ BARROSO, Lucas Abreu, A teoria do contrato no..., inédito.

⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 62. No mesmo sentido, cf. ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 138-139.

se buscou estipular no instrumento contratual. Dessa forma, tornar-se-ia, segundo Enzo Roppo,

“[...] compreensível que cada contraente seja tentado (consciente ou inconscientemente) a retirar, para si próprio, vantagens da ambiguidade e das incertezas que, desse modo, se criam, tentando impor a interpretação que lhe é mais favorável. Mas é, por outro lado, claro que por esta via – se nenhum dos contraentes renuncia a fazer valer a sua interpretação, ou se, de qualquer maneira, estes não acordam sobre uma interpretação comum – a operatividade do contrato, do negócio, vem a ser paralisada.”⁶³

Esta paralisação do negócio pelo embate entre as interpretações das partes, na busca pelo sentido mais benéfico aos seus interesses, só será resolvida a partir da interpretação jurídica dada pelo magistrado acerca dos pontos controvertidos. Esta mediação jurídica, por sua vez, poderá inclusive ir além do sentido literal das palavras utilizadas no instrumento contratual, a fim de que a autonomia privada seja salvaguardada de si mesma⁶⁴. Destarte, até nesta situação representativa dos contratos civis paritários, a vontade não é mais elemento de profunda relevância contratual e, com isso, deixa de, sozinha, definir o fenômeno contratual. Destarte, vê-se que a autonomia privada, da forma como foi concebida nos moldes clássicos do liberalismo moderno alhures apresentada, não se torna plenamente realizada, o que tornaria complexa a afirmativa de que o paradigma clássico ainda subsiste.

Ademais, a posição de predominância de determinada vontade de um dos contraentes, como representativa das operações econômicas majoritariamente concretizadas nas circunstâncias atuais, parece também pôr em dúvida a completa aderência da doutrina civil contemporânea acerca das concretas facetas dos contratos e da autonomia privada. Deste modo, tornar-se-ia duvidoso estabelecer um parâmetro geral de realização da autonomia privada a partir da evolução do paradigma clássico, da funcionalização do contrato e das limitações àquela impostas pela legislação quando as próprias práticas econômicas efetivas parecem descortinar uma realidade social mais dinâmica e plural, e, concomitantemente, apontam para uma “ambivalência da sociedade plenamente industrializada”⁶⁵ – ao mesmo tempo progressiva e opressiva.

⁶³ ROPPO, Enzo, *ibidem*, p. 170.

⁶⁴ É o sentido que se poderia dar ao art. 112, CC/02. Neste aspecto, afirma Enzo Roppo que “[...] a autonomia privada é protegida, por assim dizer, mesmo contra si própria, porque a lei quer salvaguardar o espírito autêntico, a substância real da operação levada a cabo pelas partes, onde esta tenha sido traída e falseada por uma formulação verbal imperfeita do texto do contrato, ainda que este não deixe aparentemente espaço, no seu teor objectivo, a equívocos e incertezas” (*Idem, ibidem*, p. 170-171).

⁶⁵ NEVES, António Castanheira, *op. cit.*, p. 18.

Conclui-se, assim, que o dilema da autonomia privada, na atualidade, está marcado pelo progressivo enfraquecimento da realização desta em âmbito contratual. Poder-se-ia observar, inclusive, a sua total obliteração nas situações em que não há o efetivo exercício de nenhuma das três vertentes da liberdade negocial. Noutros termos, mesmo que, como aludido alhures, as limitações constitucionais e infraconstitucionais não levem ao completo desaparecimento da autonomia privada, as concretas relações contratuais poderão assim fazer.

Por conseguinte, faz-se necessário observar como as trocas de bens e transferências de riquezas são efetivamente concretizadas na sociedade contemporânea, a fim de que se veja como a autonomia privada se perfaz na atualidade. Trata-se, assim, de mergulhar na contemporaneidade e perscrutar sua complexidade e suas contradições em busca dos concretos delineamentos que a autônoma realização dos sujeitos adquire no campo contratual, sem se esquecer de que o ser humano como pessoa se encontra no cerne das renovadas concepções do direito civil.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A Interpretação Jurídica segundo o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 19-41, 2º sem. 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial - estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 3-24.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 61-77.

AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 29-44, 1º sem. 2009.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. São Paulo, 2012. Inédito.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: El Contrato*. Tradução Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O código civil de 2002 e a constituição federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 463-519.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 2, n. 1, p. 55-63, 1. sem. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2 ed. rev. e atual. 2. Reimp. Curitiba: Juruá, 2007.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.