
AUTONOMIA DA VONTADE: A FICÇÃO DA LIBERDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E NA CONCEPÇÃO MODERNA DA TEORIA CONTRATUAL

Aline Storer¹

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de propiciar uma análise sobre o princípio da autonomia da vontade na concepção da teoria contratual clássica e na teoria contratual contemporânea, enfatizando-se que em ambas a liberdade do indivíduo sempre foi uma ficção jurídica, bem como promover uma análise sobre as mudanças sofridas pelo princípio da autonomia na concepção do contrato no século XXI, que resultaram da adoção de novos princípios contratuais que flexibilizaram a amplitude da autonomia da vontade, a qual não mais constitui o pilar da teoria contratual contemporânea.

Palavras-Chave: teoria contratual, autonomia da vontade

Abstract: The present paper has the objective to propitiate an analyze about the principle of autonomy of will on the conception of classic contractual theory and on the contemporary contractual theory, giving evidence of liberty was and always will be a legal fiction. Also, intend to promote the analyze about the modification contractual concept of autonomy will in the XXI century that results on the adoption of new principles that limited the amplitude of autonomy will, which one, no more consist at the pillar of contemporary contractual theory.

Keywords: contractual theory, autonomy will

¹ Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Direito. Marília/SP. E-mail: alinstorer@ig.com.br

Resumen: El actual artículo tiene la finalidad de propiciar el examen sobre el principio de la autonomía de la voluntad en la concepción contractual contemporánea e enfatizar que entrambos la libertad del individuo siempre fuera una ficción jurídica y también, propiciar un estudio sobre las alteraciones en el concepto del principio legal de la autonomía en la concepción del contrato en el siglo XXI que resultaran en la adopción de nuevos principios contractuales que flexibilizaran la amplitud de la autonomía de la voluntad que no es más considerada el pilar de la teoría contractual contemporánea.

Palabra-clave: teoría contractual, autonomía de la voluntad.

INTRODUÇÃO

O princípio da autonomia da vontade é um dos pilares sobre o qual tem sua base o instituto dos contratos e a partir do qual se dá o nascimento do contrato que passa a ser entendido como o resultado da declaração de vontade das partes contratantes.

A autonomia da vontade representa a liberdade de contratar baseado na vontade dos indivíduos de se obrigarem livremente, caracterizando assim o exercício pleno da liberdade subjetiva, na qual a vontade se pressupõe plenamente livre. Essa concepção de liberdade sofre significativa influência do liberalismo clássico, não havendo separação entre a vontade e o ato voluntário, predomina na teoria contratual clássica, sendo princípio fundamental para a existência dos contratos, ou seja, aquele condiciona a existência deste.

Nos dizeres do Professor Assis (2002, p. 509):

A análise histórica mostra a toda evidência que primeiro aparece o contrato e só depois é que se articula a liberdade de contratar. Portanto, historicamente é o contrato que condiciona o aparecimento da liberdade de contratar; o contrato se revela não como uma instituição que pressupõe a liberdade como comumente é tratado pela tecnologia jurídica, mas que institucionaliza a liberdade.

Na antiguidade, a liberdade de contratar não aparecia dotada de

subjetividade, mas estava relacionada à posição que o indivíduo ocupava na comunidade, ou seja, estava condicionada ao *status* político, econômico e social do indivíduo.

Já na modernidade, a liberdade de contratar aparece como um direito subjetivo que os indivíduos têm, de livremente pactuarem entre si, suscitando a idéia de que a liberdade é algo inerente à condição humana.

Nesse sentido, na concepção da teoria contratual clássica, o sujeito é livre para pactuar o que quiser, dentro do limite de não-ofensa à ordem pública e aos bons costumes, obrigando-se livremente sobre o que melhor lhe aprouver. A vontade aqui é indeterminada, não há previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Na teoria contratual clássica prevalece o princípio da intangibilidade do contrato, ou seja, o seu conteúdo não pode ser determinado ou modificado pelo Estado. Este tem que ser apenas garantidor do resultado contratual convencionado pelas partes.

Isso promove a crença de que no interior da vontade há uma ausência absoluta de coação ou de necessidade (Assis, 2002, p. 510), dando a impressão que a vontade do indivíduo é absolutamente livre de qualquer interferência que possa resultar na discrepância entre a vontade subjetiva e a vontade expressamente declarada.

Essa concepção do princípio da autonomia da vontade predomina na teoria contratual clássica, que a fundamenta como a liberdade de contratar desprovida de qualquer interferência factual, seja política, econômica ou social que possa resultar em um limite a essa autonomia.

Essa liberdade contratual autônoma gera a ilusão de que somos livres de pactuar de acordo com nossos interesses, livres de influências exter-

nas. Mas, na modernidade, evidencia-se que essa liberdade contratual é e sempre foi uma ficção, tendo em vista que nunca foi ilimitada, encontrando limites ao seu exercício no respeito à ordem pública e aos bons costumes.

Mas, nos dizeres de Gomes (2001, p. 24):

Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condiționam-se, em síntese, à organização política e à infra-estrutura ideológica.

Note-se que assim, como a liberdade contratual subjetiva sempre foi uma ilusão, também a heteronomia estatal se revela como tal, ao passo que também sofre influências de natureza política, econômica e social em consonância com os interesses da organização política e a estrutura ideológica de cada momento histórico, bem como da classe dominante de cujos interesses o Estado é e sempre foi representante.

Decerto que, na teoria contratual clássica, essas limitações à autonomia da vontade, embora existissem, não foram suficientes para impedir os abusos decorrentes do exercício exacerbado

da liberdade contratual, acabando por desenvolver, gradativamente, uma mudança na concepção da liberdade contratual na teoria contratual contemporânea.

Nos dizeres de Gomes, “o pensamento jurídico se modificou radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. (2001, p. 26)

Essa ideologia da autonomia da vontade expressa pela liberdade contratual fundamentada na vontade subjetiva do indivíduo, agora passa a ser percebida como algo inoportuno e inadequado à realidade política, econômica e social contemporânea. Passa-se assim, na atualidade, a contrapor-se ao princípio em questão, impondo limites ao seu exercício, somando-se a ele novos princípios contratuais que resultam na teoria contratual contemporânea ou como entendem alguns, em uma renovação da teoria contratual clássica. Fala-se agora, na heteronomia estatal e no dirigismo contratual.

Na verdade, a soberania da liberdade subjetiva nunca existiu de fato, mas sem dúvida, seu exercício já foi mais amplo de acordo com o momento histórico em que se deu seu ápice de aplicabilidade. A política, a economia e as questões sociais sempre influenciaram o ordenamento jurídico e a interpretação de suas normas, influenciando, também, por consequência, a conduta do indivíduo no desenvolvimento de suas relações civis.

O filósofo Kelsen (1999, p. 105) já discorria sobre o tema:

A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual só somente pode ter lugar

a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável, e, portanto, não seja livre

E continua o autor:

Por vezes não se nega que a vontade do homem seja efetivamente determinada por via causal, como todo o acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se a sua vontade fosse livre. Quer dizer: crê-se que se tem de manter a liberdade da vontade, a sua não-determinação causal, como uma ficção necessária. (KELSEN, 1999, p. 106)

[...]

Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer (1999, p. 107)

Na concepção da teoria contratual contemporânea, a autonomia da vontade sofre limitações significativas com as cláusulas gerais do Código Civil, que emergem como novos princípios contratuais a serem observados, juntamente com os princípios contratuais consagrados na teoria clássica, mas cujo parâmetro interpretativo destes sofrem mudanças na concepção do instituto dos contratos na modernidade. Evidencia-se assim, no ordenamento, que a liberdade de contratar, representada pelo dogma da autonomia da

vontade, como difundida na concepção clássica do instituto dos contratos é uma ficção e, dessa forma, não deve e não pode mais ser compreendida.

A teoria contratual contemporânea vem reafirmar o entendimento de Kelsen de que a vontade é causalmente determinada por uma imputação ético-jurídica. E, portanto, a liberdade não pode mais ser concebida como a possibilidade de se agir como se quer. (1999, p. 107)

Com o Código Civil de 2002, passamos a uma legislação voltada para o social, para o bem comum, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e, em detrimento do Código Civil de 1916, de caráter essencialmente liberal e individualista, no qual o princípio da autonomia da vontade, embora nunca tenha sido ilimitado, suscitava abusos no exercício da liberdade de contratar, a qual era o instrumento utilizado para propiciar a satisfação dos interesses da classe dominante da época, qual seja, a burguesia, de cujos interesses o Código Civil de 1916 era legítimo representante.

Enquanto na concepção clássica da autonomia da vontade a lei pressupunha uma igualdade formal entre as partes para legitimar o exercício da liberdade contratual, a concepção moderna do princípio em questão evidencia a desigualdade de fato que existe entre os homens, a influenciar significativamente o desenvolvimento de suas relações contratuais e a merecer a intervenção do Estado nos pactos celebrados, bem como a imposição de condutas ético-jurídicas no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas, bem como de todas as relações civis.

Rousseau (2006, p.29), em sua obra O Contrato Social, já advertia:

[...]é que o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito.

Assim, em contraposição a essa desigualdade factual entre os homens, a teoria contratual contemporânea vem posicionar-se no sentido de equalizar as partes contratantes, não apenas por convenção ou direito, mas levando-se em conta quem são os sujeitos nas relações contratuais e mudando-se o paradigma interpretativo do instituto dos contratos.

Essa mudança na concepção contratual moderna não significa o declínio do princípio da autonomia da vontade, mas apenas a sua flexibilização, interpretando-o de acordo com os princípios contratuais da boa-fé (subjetiva e objetiva), da igualdade entre as partes, da função social do contrato, todos em consonância com as cláusulas gerais do código civil, a saber: a cláusula da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, que os trazem expressos em seus dispositivos.

Assim como o Direito emerge da realidade política, econômica e social, também o contrato, instituto que se perpetua no tempo, representa a realidade social, política e econômica de seu tempo. O instituto foi renovado a fim de se adequar à realidade do mundo contemporâneo e às necessidades de seus usuários.

Nesse contexto, novos princípios contratuais somam-se aos já existentes e suscitam um novo parâmetro interpretativo do instituto, na atualidade, bem como dos princípios consagrados na teoria contratual clássica, até então de aplicabilidade absoluta, embora não ilimitada.

Passemos à análise do dogma da autonomia da vontade segundo sua concepção na teoria contratual clássica e na concepção moderna do princípio em questão.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

No auge do liberalismo, durante o século XIX, o individualismo econômico dava ensejo à concepção tradicional do instituto dos contratos, cujo fundamento se estruturava no dogma da autonomia da vontade, legítima representante da liberdade individual como imperativo contratual.

Na concepção da teoria clássica, a autonomia da vontade está relacionada à idéia de uma vontade plenamente livre, sem interferência externa, fundamentada na liberdade do indivíduo de pactuar livremente, de auto-obrigar-se, de acordo com seus interesses.

Nesse sentido, nos dizeres de Marques (2005, p. 60):

[...] é a vontade que, na visão tradicional, legítima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.

Em sentido diverso, é o entendimento de Assis, conforme citação constante da página 2.

Em que pese a divergência doutrinária de que o contrato é anterior à liberdade ou de que esta é quem condiciona o aparecimento do instituto, o que se evidencia é que, na concepção tradicional dos contratos, a vontade é a sede da liberdade individual, difundindo a idéia de que essa vontade é totalmente livre para se manifestar, legitimando, assim, a obrigação pactuada entre as partes e atribuindo-lhe força obrigatória.

Segundo a teoria contratual clássica, nos dizeres de Marques (2005, p. 63):

Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.

Na concepção clássica, a autonomia da vontade tinha que ser preservada em respeito à liberdade subjetiva expressa pelo indivíduo e autorizada pela lei. Aqui, a regra geral era a não-interferência do Estado nos contratos e a prestação da tutela jurisdicional a fim de preservar o pactuado, ou seja, a vontade declarada pelas partes, garantindo o resultado que pretendiam alcançar com a celebração do contrato.

A interferência do Estado ficava restrita à possibilidade de que a vontade de uma das partes na relação contratual estivesse viciada, ensejando, então, a anulação do negócio jurídico. Mais uma vez se observa que a eficácia do pacto está condicionada à vontade

que o ensejou.

Na concepção clássica não se questiona se o conteúdo do contrato é justo ou injusto, mas sim se a vontade é livre ou viciada, pois, ainda que injusto o conteúdo contratual, se a vontade manifesta for livre de vício de consentimento, ela obriga o indivíduo aos termos do negócio jurídico celebrado, fundamentando-se a validade desse consentimento, na vontade declarada pela parte no momento da celebração do pacto. Verifica-se, aqui, a influência Kelseniana na interpretação dos contratos segundo a teoria clássica, pois o contrato será interpretado consoante a sua validade, pois, em conformidade com Kelsen, a norma poderá ser válida ou inválida, nunca justa ou injusta.

Nos dizeres de Gomes, (2001, p. 23) citando Henri de Page: “Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares.

E continua o autor a discorrer sobre o tema (2001, p. 23):

Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo de contrato, nos limites legais imperativos.

Observe-se que mesmo no ápice da amplitude reconhecida a autono-

mia da vontade no direito contratual, sempre houve a imposição de limites legais ao exercício dessa autonomia, seja por motivos políticos, econômicos ou sociais que limitavam o exercício da liberdade contratual das partes em determinados contratos, as submetendo aos preceitos legais.

Mas, via de regra, na concepção clássica do Direito Contratual, as normas legais eram supletivas, ou seja, aplicadas quando as partes não se manifestassem expressamente sobre algo. O caráter de subsidiariedade dos preceitos legais prevalecia na teoria contratual clássica, o que refletia, o momento histórico da época em que essa teoria se desenvolvia e alcançava sua maior amplitude. Garantia-se a liberdade do indivíduo de livremente pactuar e por conseqüência a não-interferência do Estado na formação dos pactos, fundamentando-se essa exacerbada liberdade na igualdade presumida das partes em uma relação contratual.

Note-se que, já na concepção contratual clássica na qual a autonomia da vontade era sustentada como garantia legal da liberdade de contratar, essa liberdade já se evidenciava como uma ficção, uma utopia jurídica, que se mostrava interessante ao Estado difundindo-la como verdade entre os homens da nação.

Num país massacrado por desigualdades, das mais variadas naturezas, desde o remoto tempo de seu descobrimento, bem como, com o surgimento, o avanço e o desenvolvimento do sistema capitalista, que culminou por consolidar e aumentar as desigualdades entre os homens. Por isso, partes livres e iguais sempre foi uma qualidade presumida das partes, uma verdadeira ficção jurídica que o interesse estatal se esforçava em manter,

gerando em nós a ilusão de que éramos plenamente livres para contratar, e propiciando a resistência e a indiferença do ordenamento jurídico, por muito tempo, em olhar mais atentamente ao desenvolvimento das relações contratuais sustentada nos moldes da teoria clássica.

Os abusos decorrentes do exercício da autonomia da vontade, expressa pela ampla liberdade contratual e pela igualdade presumida das partes, fez com que o direito contratual sofresse significativos questionamentos, colocando-se em dúvida, a partir do final do século XIX e início do século XX, o princípio da autonomia da vontade como princípio dominante nas relações contratuais, questionando-se também a igualdade das partes nessas relações, como até então era concebida. Inicia-se, então, um olhar mais atento ao sujeito da relação contratual.

Gradativamente o Estado liberal foi perdendo espaço para o Estado Social, transformando radicalmente o pensamento jurídico contemporâneo em relação ao Direito Contratual.

Passe-se de uma concepção liberal e individualista para uma concepção social do contrato, voltada para o bem comum, para a coletividade. Nesse sentido, na atualidade, o dogma da autonomia da vontade e da presunção de igualdade das partes se flexibiliza diante do reconhecimento da desigualdade econômica, política, social e jurídica entre os indivíduos e suscita a necessidade da intervenção estatal no âmbito dos contratos, instaurando-se a fase do dirigismo contratual.

Consolida-se, então, com o Código Civil de 2002, a teoria contratual moderna ou como querem alguns, a renovação da teoria contratual clássica, trazendo novos parâmetros interpretativos do instituto em questão

e modificando, significativamente, a sua concepção na atualidade, e dessa forma, a teoria geral dos contratos harmoniza-se com os direitos sociais consolidados pela Constituição Federal de 1988, harmonizando-se, também, o ordenamento civil com os preceitos constitucionais.

3 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Observa-se, conforme já explanado anteriormente, que o dogma da autonomia da vontade, como legitimador do contrato e fonte de obrigações passa a ser questionado, no final do século XIX, início do século XX, em relação à amplitude desse entendimento sobre o princípio da autonomia da vontade.

Nesse sentido, discorre Marques (2005, p. 64):

Nas discussões do fim do século XIX, no início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos. É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste.

Esse período transitório marca a passagem da concepção liberal do contrato para atribuir-lhe limites mais rígidos, reduzindo o exercício amplo de outrora conferido à autonomia da vontade expressa pela exacerbada liberdade contratual das partes, com o escopo de estabelecer o dirigismo contratual,

caracterizando-se, na atualidade, pela maior intervenção do Estado na seara contratual, não mais com a atribuição de natureza supletiva aos preceitos legais/contratuais, mas principalmente, como normas imperativas, a serem observadas pelas partes no desenvolvimento de suas relações contratuais e cuja inobservância acarretará sanção às partes.

Essa concepção tradicional do instituto, a qual sustentava sua base na autonomia da vontade e na presunção de igualdade entre as partes contratantes, não são mais considerados os pilares que sustentam o direito contratual na modernidade. O Direito Contratual evolui a fim de continuar atendendo às necessidades dos usuários desse instituto e coibir abusos na tentativa de desvirtuar sua finalidade e inviabilizar sua utilização como instrumento de dominação das partes mais vulneráveis.

Observa Marques (2005, p. 163):

Em muitos casos o acordo de vontade era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

E continua a autora, citando Morin:

A crise na teoria conceitual do direito era in-

conteste. Em 1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a revolta dos fatos contra os códigos, o declínio e o fim da concepção clássica de contrato. (MARQUES, 2005, p. 163)

A teoria contratual evoluiu no sentido de tentar coibir os abusos do voluntarismo, propiciados pela amplitude conferida às partes de auto-obrigarem-se, abrindo os olhos para uma desigualdade fática entre os indivíduos que representam uma desigualdade real na celebração de um contrato.

O Direito Contratual, na atualidade, consolida-se como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais, voltando-se para atender o bem comum, a coletividade, estabelecendo como norma a função social do contrato e impondo às partes contratantes, como norma positiva, a necessidade de possuir um comportamento ético, probo, a ser representado pela boa-fé, objetiva e subjetiva, pelo dever de honestidade e lealdade das partes em todas as fases da relação contratual. Restaura-se a confiança como valor a ser observado no direito contratual contemporâneo.

Note-se que a ilusão da liberdade contratual como se fazia acreditar pela teoria clássica dos contratos, na difusão conceitual do dogma da autonomia da vontade, descaracteriza-se, pouco a pouco, no direito contratual contemporâneo, desmistificando a ideologia que o envolvia no passado. Em que pese, a liberdade contratual de antes era exercida com maior amplitude, mas nunca de forma ilimitada, pois apenas representava o conceito necessário para atender os interesses contratuais de determinado momento

histórico ao qual se aplicava.

Nesse contexto de transformação ou renovação do Direito Contratual aparece a necessidade de uma nova concepção sobre a liberdade subjetiva, tendo em vista que a concepção clássica que a compreendia como o livre arbítrio do indivíduo em contratar e a prevalência da autonomia da vontade não foi recepcionado com o mesmo entendimento no Direito Contratual contemporâneo.

Na atualidade o Estado não figura apenas como gestor, mas também como interventor e passa a intervir de forma mais acentuada na esfera privada, pois onde o Estado perceber a engenhosidade da burguesia, ele intervirá a fim de garantir a igualdade das partes e proteger o hipossuficiente na relação contratual.

O Estado aparece como interventor que impõe limites a autonomia da vontade na concepção da teoria contratual contemporânea. Senão, vejamos: o Estado intervém nos contratos de leasing, alienação fiduciária em garantia, nos contratos de trabalho, estabelecendo normas de ordem pública que não podem ser modificadas pelas partes. A intervenção estatal em si não caracteriza nenhuma novidade, mas antes, aparecia dissimulada no tecido social e na atualidade ela emerge desprovida de máscaras a esconder sua atuação.

Ressalte-se, aqui, que não se trata de uma inconstitucionalidade, pois com a Constituição de 1988, o Estado deixa de ser apenas gestor e passa a ser garantidor dos direitos sociais, figurando como interventor nas relações privadas a fim de garantir a efetividade dos princípios constitucionais.

Essa intervenção vai-se tornando cada vez mais acentuada e a liberdade de contratar muitas vezes não

mais existe em face do mandamento imperativo da lei, culminando na decadência da teoria contratual clássica, e suscitando, assim, uma nova concepção do contrato na pós-modernidade.

O contrato perdeu sua natureza individualista, ensejando a socialização do instituto e nesse sentido, a teoria pura de Kelsen é ultrapassada, pois não é mais suficiente que a norma tenha sido efetivamente estabelecida de maneira legítima pela norma fundamental correspondente, para ser válida ou inválida, mas, na pós-modernidade, o conteúdo da norma tem grande relevância para o ordenamento jurídico, em especial para o direito contratual.

Emerge, assim, um novo conceito de contrato e, conseqüentemente, uma renovação da teoria contratual que passa a ser chamada de socialização do direito contratual.

Assim, nos dizeres de Marques (2005, p. 167):

É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

sua função social, atuando como protetor do indivíduo e inibidor de abusos e figurando, assim, como limitador da autonomia da vontade nas relações contratuais em detrimento da supremacia do voluntarismo de outrora.

O direito contratual passa a ser mais tópico e menos universal, no sentido de que está mais voltado para a ação, tornando-se mais operacional, pois a decisão se constrói quando se está diante do problema.

Dessa forma, o Estado-Juiz tem maior autonomia para intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los ou mesmo dar uma solução diferente do convencionado pelas partes, tendo em vista que os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida na concepção pós-moderna dos contratos que trouxe a boa-fé (objetiva e subjetiva), a função social do contrato e o equilíbrio real entre as partes, também, como normas a serem observadas pelo direito contratual na atualidade.

O Direito Contratual mudou. Portanto, necessário se faz que também os olhos que o vêem sejam novos; de nada adiantaria continuarmos a olhá-lo como antigamente, pois nos dizeres da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Macedo, citada por Marques: “O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam” (2005, p. 187).

O Código Civil vigente estabeleceu normas ético-orientadoras da conduta humana, que são as denominadas cláusulas gerais da eticidade e da sociabilidade, a fim de coibir os abusos decorrentes das relações contratuais.

Nos dizeres de Jorge Junior (2004, p. 25):

O direito contratual assume

Daí surgir o legislador

com o intuito de estabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, mitigando o princípio da autonomia da vontade e privilegiando os deveres de correção e lealdade ínsitos na boa-fé objetiva.

Observa-se que o direito contratual não tem mais seu centro na vontade, abandonando, assim, seu caráter voluntarista para emergir, na atualidade, como um direito contratual socializado, o qual funcionaliza a liberdade contratual a fim de que esta não continue a se apresentar como um instrumento de dominação do mais fraco pelo mais forte nas relações contratuais como restou evidenciado na concepção clássica dos contratos.

Assim, a teoria contratual moderna, na concepção de Wilhelmsson, citado por Negreiros (2002, p. 301) se identifica como:

a virada de uma “abordagem abstrata” para uma “abordagem voltada para a pessoa”, o contrato deixa de habitar o “céu dos conceitos”, deixa de estar reduzido a um acordo de vontades entre sujeitos abstratos, considerados apenas no que respeita à sua capacidade jurídica, e passa, então, por um processo de “socialização” – o que significa estar sujeito a influências exógenas.

E continua, a supracitada autora, discorrendo sobre a diferenciação entre as teorias contratuais:

A teoria contratual

contemporânea difere da teoria clássica quanto ao modo de compreender aquele que contrata. Opõe-se à forma abstrata e atomizada com que a teoria clássica concebe o sujeito contratante, reconhecendo na disparidade de poder negocial, provocada pela vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, um fundamento para que a relação contratual sofra intervenções heterônomas, seja por meio de normas cogentes, seja por meio de medidas judiciais. (2002, p. 310)

Nesse breve estudo sobre a autonomia da vontade e sobre a concepção da liberdade na teoria contratual clássica e na teoria moderna, evidenciou-se que a onipotência da vontade do indivíduo foi abalada, a qual passa a ser interpretada conjuntamente com valores éticos e sociais, tais como a equidade, a boa-fé, a sociabilidade, a confiança, os quais passam a ser condicionante da autonomia da vontade na teoria contratual moderna.

Nesse contexto, nos dizeres de Marques (2005, p. 213):

[...] o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.

O Direito Contratual, assim como todo o Direito Civil, está sendo utilizado como instrumento de realização de política social, pois as normas contratuais tornam-se cogentes e não mais complementares ou supletivas. O Estado atuará não apenas como gestor, mas como interventor no instituto dos contratos, conferindo não só ao legislador, mas também ao juiz, a possibilidade de criar, complementar ou modificar o direito contratual, tendo em vista que seu conteúdo não é mais intangível como na concepção clássica.

O contrato não pode mais ser entendido como instrumento do direito privado, mas tem que atender sua função social, visar ao bem da coletividade. O individualismo característico do instituto, na sua concepção clássica, não encontra respaldo no direito privado do século XXI.

Outro aspecto importante a ser considerado na teoria contratual contemporânea é a base constitucional dessa nova realidade, não só a contratual, mas a realidade de todo o ordenamento jurídico no século XXI. E dessa forma, a base do direito contemporâneo se evidencia atrelada aos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Jayme, citado por Marques (2005, p. 264),

Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.

O que não podemos perder de

vista é que a realidade contratual se modificou e com ela também deverão ser modificados os pensamentos dogmáticos atrelados à concepção clássica do instituto. O Direito Contratual pós-moderno sofreu uma renovação profunda em sua essência e, diante dessa realidade, os operadores do direito não poderão ficar inertes, em que pese o assunto ainda não esteja consolidado pelos nossos Tribunais.

CONCLUSÃO

Esse trabalho teve o escopo de tecer algumas considerações sobre o princípio da autonomia da vontade, na sua concepção contratual clássica e na contemporânea, buscando-se evidenciar que em cada momento histórico, a seu modo, a liberdade subjetiva do indivíduo sempre caracterizou-se como uma ficção jurídica, fazendo-nos acreditar que éramos plenamente livres para contratar de acordo com nossos interesses. Essa ilusão era mantida na concepção clássica porque era oportuna e necessária para atender aos interesses do Estado em determinado momento histórico.

A mudança do Estado liberal para o Estado social, culminou, também, na mudança do pensamento jurídico sobre o direito contratual, não o recepcionando, na pós-modernidade, como a teoria clássica o concebia.

O Código Civil de 2002 trouxe novos princípios contratuais, somando-se aos já consagrados pela teoria contratual clássica e cuja observância torna-se imperativa nas relações contratuais contemporâneas.

Com a adoção dos princípios da boa-fé (objetiva e subjetiva), que impõe o dever de lealdade, honestidade, do princípio da função social do

contrato, expressos na disposição das cláusulas gerais da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade adotadas pelo Código Civil vigente, o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos pactos restaram flexibilizados na teoria contratual contemporânea, ou seja, tiveram sua aplicabilidade reduzida na interpretação dos pactos.

Assim, buscou-se, também, no presente estudo, evidenciar a necessidade de uma nova concepção sobre a liberdade subjetiva do indivíduo em uma relação contratual, suscitada pelas mudanças introduzidas pela nova realidade contratual do século XXI.

Nesse sentido, analisou-se a teoria contratual clássica e a teoria contratual moderna, enfatizando-se a mudança na essência da teoria contratual clássica, a qual tinha na autonomia da vontade a sede da liberdade contratual e que assim, não é mais compreendida na atualidade, ensejando uma nova realidade contratual ou uma renovação dessa realidade, como preferem alguns autores.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz. *O Estoicismo e o Direito*. Justiça, Liberdade e Poder. São Paulo: Lúmen Editora, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim)

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos*

no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Leme: Edijur, 2006.