

A FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA CONTRATUAL E SEU REFLEXO NA FORMAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO

THE FUNCTIONALIZE OF CONTRACTUAL AUTONOMY AND THE CONSEQUENCE IN THE SUBJECTIVE RIGHT

Rodrigo José Rodrigues Bezerra¹

RESUMO: A autonomia contratual é um direito previsto na Constituição, sendo sua limitação um instrumento de concretização da justiça social e de proteção de direitos fundamentais. Os direitos subjetivos deixam de ser enxergados como um ambiente orientado exclusivamente pela vontade individual, estando condicionado à satisfação das funções estabelecidas pelo próprio direito objetivo, que os cria e vincula. A função social entra na estrutura da norma como o condicionamento de validade dos significados que se atribui ao texto normativo à satisfação desses objetivos, tal como ocorre com o consequencialismo.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Função. Direito. Subjetivo. Consequencialismo.

ABSTRACT: The contractual autonomy is a Constitution right, and its limitation is an instrument of protection of fundamental rights. Subjective rights cease to be viewed as an environment geared exclusively by individual way, and is conditioned to the fulfillment of the tasks set by the objective law, which creates and binds it. The social function enters the structure of the standard as the conditioning of validity of the meanings attributed to the regulatory text, such as occurs with consequentialism. The functionalization of contractual autonomy reflects the constitutionalizing of private law, approaching some civil institutes and cogent of public law.

KEY WORDS: Autonomy. Function. Subjective Right. Consequentialism.

¹ Professor de Direito Administrativo e de Direito Processual Civil no curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/Maceió). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, tendo como orientador o Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

INTRODUÇÃO

O *Welfare State* traz para as relações contratuais uma presença mais efetiva do Estado que, limitando a livre atuação dos indivíduos, busca interferir nas relações jurídicas de modo a impedir que o poder econômico comprometa o exercício de direitos constitucionalmente assegurados nas relações entre particulares.

Por isso, passa-se a enxergar a autonomia contratual como um direito implicitamente previsto na Constituição, sendo sua limitação um instrumento de concretização da justiça social e de proteção de direitos fundamentais, reposicionando a pessoa no centro do direito civil, que, mesmo assim, não perde seu aspecto patrimonial, realizando uma releitura dos institutos jurídicos civis, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais.

Objetiva-se, com isso, refletir sobre a forma de atuação estatal na proteção aos direitos constitucionais nas relações contratuais, especialmente diante da relevância da racionalidade econômica dentro do sistema social, sem que se olvide a função diretora do sistema normativo para definir os limites e fixar os objetivos da atividade econômica.

Consequentemente, é necessário refletir também sobre a composição dos direitos subjetivos, os quais não podem ser enxergados como um ambiente orientado exclusivamente pela vontade individual, mas têm seu exercício condicionado à satisfação das funções estabelecidas pelo próprio direito objetivo, que os cria e vincula.

Deste modo, o presente texto aprofunda o exame da autonomia contratual, especialmente na função social que lhe é atribuída para enfrentar os efeitos do poder privado nas relações contratuais e seus reflexos na própria constituição do direito subjetivo, que passa a ser vinculado à noção de interesse público.

1 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Impõe-se expor, neste momento, o motivo que conduziu à opção pela expressão “autonomia contratual”, uma vez que nossa ciência jurídica apresenta diversas nomenclaturas para o tema aqui tratado.

Em sua “Fundamentação da metafísica dos costumes”, Kant² trata da formulação subjetiva de uma legislação, na qual o homem deveria agir de modo

² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 30.

a tornar sua ação um comando universal; a conduta humana deve ser regida por esse imperativo categórico, reconhecendo-lhe o dever de respeito em virtude da própria natureza deste, e não pelas eventuais circunstâncias prejudiciais que poderão advir da uma conduta diversa.

Nesse contexto, a autonomia significa a busca pela lei universal do agente e pelo agente, de modo a determinar sua vontade livremente; somente as escolhas do próprio querer é que podem figurar com leis universais. Existiria, portanto, a ampla liberdade do agente em determinar o conteúdo dessa norma. Para o filósofo,³ com nítida influência liberal, “o princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”.

Assim, e adaptando essa colocação ao tema aqui versado, especialmente tendo em vista esse novo momento do Estado, entende-se a autonomia como sendo a capacidade de definir, de forma livre, as ações a serem realizadas pelo indivíduo, bem como o conteúdo dos mandamentos que serão tidos como vetores dessas mesmas condutas, sempre considerando o homem como ser racional, apto a formular suas máximas de conduta. Esclarece Pontes de Miranda: “Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não poderia falar de personalidade.”⁴

Além disso, é de se utilizar a expressão “contratual”, porquanto a autonomia contratual é uma especificação da autonomia privada, a qual se espalha em todos os setores que se relacionam com a atividade humana e são relevantes para o direito; é privada no sentido de atingir a esfera jurídica subjetiva, individual, constando em seu interior um espaço reservado aos aspectos da atividade contratual.

Nesta oportunidade, somente a esfera contratual da autonomia privada é que será abordada, justificando, por isso, a opção pela sobredita nomenclatura. Assim, útil será visualizar um conceito de autonomia contratual amplo, considerando-o apenas como ponto de partida para a análise que será desenvolvida a seguir, recorrendo-se assim à lição de Ana Prata,⁵ para quem consiste “no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.”

³ Id. *ibid.* p. 70.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. tomo 38.

⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina. 1982. p. 11.

Ademais, nesta oportunidade, se adota a diferenciação identificada por Pontes de Miranda,⁶ entre a limitação e a restrição, pois “a limitação deriva da regra jurídica; é ela que configura o direito e o dever; a restrição deriva da vontade, ainda tácita ou presumida, de quem é titular do direito, ou de quem se vai obrigar.”

Assim, por meio da autonomia contratual, os particulares celebram negócios jurídicos, mediante a juridicização da manifestação da vontade, escolhendo livremente a pessoa com quem contratar e com as condições que se reputarem convenientes, modulando-se os efeitos de alguns atos jurídicos, desde que respeitados os limites estabelecidos pela legislação, especialmente constitucional.

Isso torna evidente que a autonomia contratual é um fenômeno jurídico que atribui um poder ao indivíduo, e não uma condição meramente natural ou psíquica. Mas esse poder, para existir, deve ser previsto em uma norma jurídica, já que como diz Pontes de Miranda,⁷ “a vontade só tem efeitos porque é elemento do suporte fáctico que se torna fato jurídico e é esse que irradia eficácia”.

Luigi Ferri⁸ afirma que a autonomia privada não é um poder originário ou soberano, sendo concedido aos indivíduos por uma norma jurídica superior que regula sua atuação, estabelecendo atribuições (*cargas*) e limitações. Nesse mesmo sentido diz Hans Kelsen,⁹ uma vez que a vontade individual, por si só, não cria direito, o que só ocorre quando e na medida em que a ordem jurídica, ou seja, as normas gerais, estipulam.

2 A FONTE CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA CONTRATUAL

Robert Alexy,¹⁰ na perspectiva do direito alemão, destaca que tanto a autonomia privada como sua restrição são objetos de garantias constitucionais, demonstrando a íntima relação entre esses aspectos de um mesmo direito, já que a restrição representa a própria valorização da autonomia, e “a forma pela

⁶ MIRANDA, op. cit., 1955. tomo 5, p. 227.

⁷ Id. ibid., 1954, tomo 3, p. 46.

⁸ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 43.

⁹ KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. Tradução: Eduardo García Maynez. México: Colofon, 1994. p. 58.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 540.

qual se estabelecem as restrições às competências de direito privado é uma questão substancial e, no fim das contas, uma questão de sopesamento”

Assim, não se pode esquecer que a realização desse sopesamento significa considerar que entre os particulares envolvidos há uma relação recíproca de titularidade de direitos, mesmo que haja a presença de um poder privado que afaste a situação de igualdade entre as partes e obste o exercício regular da autonomia contratual. Por isso, somente com a satisfação de um ônus argumentativo que fundamente a decisão do caso concreto é que se pode realizar esse sopesamento, que se torna mais robusto quando há, além das normas constitucionais, outras normas de direito privado, regulamentos administrativos e até mesmo precedentes jurisprudenciais sobre a matéria. Mesmo assim, é indevido falar em insuficiência do texto constitucional para incidir nas relações privadas, mas apenas aponta para um modelo que facilita a produção e previsibilidade das decisões judiciais.

Alessandro Somma¹¹ diz que a literatura alemã aponta um “*rilievo superprimario del princípio di autonomia contrattuale*”, sendo utilizada como instrumento de realização da solidariedade e de tutela dos mais fracos. Por sua vez, o *Conseil constitutionnel* francês não encontra um valor constitucional da autonomia contratual, mas reconhece seu implícito valor superior.¹²

Paulo Lôbo¹³ não reconhece *status* constitucional ao princípio da liberdade contratual, seja de forma direta ou mesmo indireta, já que sua previsão nesse nível seria incompatível com sua natureza necessariamente limitada ou limitável. Cita inclusive que, durante o predomínio do liberalismo nos Estados Unidos, a Corte Suprema americana constitucionalizou a autonomia privada como forma de invalidar as leis que intervinham nas relações privadas de caráter econômico, e que tal entendimento somente foi alterado em 1934, quando produzida a legislação intervencionista do *New Deal*.¹⁴

De fato, o texto constitucional brasileiro não traz expressamente qualquer referência à autonomia contratual, o que torna necessário verificar se indiretamente tal princípio foi elevado ao topo hierárquico da ordem jurídica. Para Paulo Nalin,¹⁵ “a autonomia privada é princípio fundamental de todo

¹¹ SOMMA, Alessandro. **Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale**: aspetti storico-comparative di una vicenda onettuale. Milão: Giuffrè, 2000. p. 429.

¹² Id. *ibid.*, p. 430.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

¹⁴ Id. *ibid.*, p. 49.

¹⁵ NALIN, Paulo (Coord.). **A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 23.

e qualquer sistema jurídico que se baseia na lógica da relevância da vontade humana ou no poder de autodeterminação da pessoa". Para ele, é do princípio constitucional da livre iniciativa que se extrai a natureza constitucional do princípio da autonomia contratual,¹⁶ entendimento também sustentado por Miguel Reale,¹⁷ porquanto é a liberdade de contratar que permite o exercício prático da livre iniciativa, momento em que se estabelecem os "campos distintos mas complementares de participação econômica".

Ocorre que o exercício da autonomia contratual ultrapassa os limites da livre iniciativa e da própria atividade econômica, ainda que dela faça parte, já que há a utilização dos contratos entre particulares e que não podem ser enquadrados dentro do conceito de livre iniciativa, que se caracteriza pela organização produtiva profissional movimentada para a celebração de negócios jurídicos, pois, como diz Ana Prata,¹⁸ "se a atividade jurídica negocial é instrumental da atividade econômica, ela não a esgota nem se confunde com ela".

Na verdade, é do próprio princípio geral da liberdade previsto no artigo 5.º, *caput*, da Constituição de 1988, inspirado na capacidade de autodeterminação para o desenvolvimento das pessoas, que se pode extrair o princípio da autonomia contratual, como sendo uma expressão específica concernente ao exercício de direitos civis negociais. Nesse sentido é também o entendimento de Paulo Mota Pinto,¹⁹ quando conclui que a liberdade contratual é uma derivação do princípio da autonomia privada, que, por sua vez, é um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade em geral, tudo isso correspondendo a uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade.

E, por mais que haja uma limitação dessa liberdade contratual, deve permanecer necessariamente um espaço de exercício de alguma autodisciplina dos interesses privados do indivíduo, onde poderá exercer os atos da vida civil de acordo com sua própria avaliação de oportunidade e conveniência, ainda que isso consista simplesmente na aceitação daquilo proposto pelo outro contratante. Isso ocorre quando o Estado, mesmo intervindo nas relações contratuais, define que determinado aspecto da relação jurídica permanece sob a disposição

¹⁶ Id. *idid.* p. 37.

¹⁷ REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7.

¹⁸ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina. 1982. p. 199.

¹⁹ Apud. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 379.

das partes, ou mesmo quando a opção reside em apenas um dos aspectos da autonomia contratual (decisão sobre a realização do contrato, escolha do outro contratante ou escolha da forma contratual).

Isso não impede, por certo, que haja outros dispositivos constitucionais que versem, também indiretamente, sobre esse aspecto da autonomia privada, sempre dentro dos limites estabelecidos pela função social que lhe é atribuída, que se faz presente no próprio conceito, na valorização e na proteção do conteúdo essencial da autonomia contratual.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA AUTONOMIA CONTRATUAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUBJETIVO

Como consequência da influência constitucional na interpretação dos institutos civis, impõe-se analisar a autonomia contratual, de forma a não obstar o exercício dos princípios e diretivas abraçados pela Lei Fundamental, seguindo a opção traçada pelo sistema normativo vigente, que eleva a ação legislativa, administrativa e jurisdicional como limitadora da autonomia contratual.

Cite-se a introdução no ordenamento jurídico nacional da expressa referência à função social do contrato, constando no artigo 421 do Código Civil brasileiro que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Por sua vez, noticia Giselda Hironaka²⁰ que, durante o período de tramitação perante as casas legislativas (Projeto n.º 634-A/75), este dispositivo sofreu crítica do Deputado Tancredo Neves, que entendeu ser uma disposição da maior inconveniência, já que significaria a impossibilidade de ser exercida a liberdade contratual fora dos limites da função social do contrato, além de que o conceito desses limites seria impreciso.²¹

²⁰ HIRONAKA, Giselda. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Águas e Empresarial*, São Paulo, ano 12, n. 45, p. 149, jul.-set. 1988.

²¹ Após a aprovação do projeto de lei que hoje é o Código Civil, Flávio Tartuce noticia que Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaza Azevedo apresentaram ao Deputado Federal Ricardo Fiuza uma proposta de alteração do texto do artigo 421, já que o mesmo apresentaria “dois equívocos sérios e graves”. É que a expressão “liberdade de contratar”, porquanto relacionada com a liberdade de celebrar contratos, seria inadequada, propondo-se a utilização da expressão “liberdade contratual”, que teria relação com o próprio conteúdo negocial e com as cláusulas contratuais. Além disso, foi proposto retirar a expressão “em razão de”, pois a função social não seria a razão do contrato, mas seu limite. Todavia, tais sugestões foram rejeitadas pelo Deputado Relator, estando pendente de julgamento pelo Plenário. (TARTUCE, 2007, p. 241).

Refletindo sobre o dispositivo sobredito, Paulo Luiz Netto Lôbo²² extrai que a função social não é um simples limite negativo, que prescreve condutas proibidas pelo ordenamento, mas também configura um limite positivo, determinando valores a serem alcançados mediante a prática contratual. Assim, o contrato sempre possui uma dupla função, em que “a tradicional função individual do contrato permanece, mas é conformada à função social”,²³ de modo que não deixa de ter uma função econômica. Por isso, conclui que a função social do contrato é um princípio que estabelece um dever geral de conduta e significa a especialização, nas relações negociais, do princípio constitucional da justiça social, e se caracteriza por ser uma justiça promocional, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, busca promover a redução das desigualdades e condiciona todo o exercício de atividade econômica a sua satisfação, sob pena de nulidade.²⁴

Assim, esta funcionalização da autonomia contratual nada mais é do que reflexo da constitucionalização do direito privado,²⁵ que representa uma maior proximidade entre alguns institutos civis e a natureza cogente e diretiva das normas de direito público, o que reduz o âmbito de exercício da autonomia contratual.²⁶

Na verdade, a função social é um princípio que permite uma abertura para a análise dos efeitos de determinado tipo de relação contratual, tanto entre as partes como também dentro da sociedade, confrontando-o à função que o ordenamento jurídico lhe estabeleceu. Para tanto, limita-se o poder regulatório das partes para que as consequências da relação contratual não obstem os objetivos constitucionalmente traçados. É que o adjetivo “social” significa que a função do contrato extrapola o âmbito individual dos contratantes, devendo também assegurar a concretização dos mandamentos constitucionais relacionados com a justiça social e a solidariedade.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 191, 2002.

²³ Id. *ibid.*, p. 23.

²⁴ Id. 2011, p. 69.

²⁵ Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 116), a relevância da função social do contrato está “na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso, a colocar a discussão fora de qualquer contexto que não seja jurídico, que seja puramente ideológico e, por isso, necessariamente parcial.”

²⁶ Para Francisco Amaral (2003, p. 366), essa funcionalização aproxima também o Direito com as demais ciências sociais, na medida em que exigiria do jurista uma postura relacionada a enxergar a realidade social de seu tempo, interessando-se com a eficácia social das normas e com a organização e direção da sociedade.

Dogmaticamente, a função social entra na estrutura da norma como o condicionamento de validade dos significados que se atribui ao texto normativo à satisfação desses objetivos, tal como ocorre com o consequencialismo, que condiciona a adequação jurídica de uma decisão ao exame da compatibilidade de seus efeitos perante a função que lhe é atribuída, sem que com isso se afaste a necessidade de justificação racional da decisão.

Como ensina Castanheira Neves,²⁷ não se trata de condicionar a validade do juízo decisório, numa metodologia finalístico-consequencial, aos efeitos sociais definidos exteriormente ao sistema jurídico vinculante, sem qualquer relevância da especificidade e da autonomia da normatividade jurídica. Mesmo prezando por uma metodologia de racionalidade de fundamentação normativa, a decisão do caso concreto não deve ser alheia à intencionalidade normativo-material e à justeza problemático concreta, pois há efeitos que são correlatos à teleologia das normas, tais como os efeitos que “o *tatbestand* dos critérios normativos aplicáveis (v.g o *tatbestand* das normas legais) prevê e pretende juridicamente realizar no cumprimento da sua teleologia, efeitos estes, portanto, juridicamente assimilados ou interiorizados”.²⁸

Na verdade, a autonomia contratual — e o próprio contrato — jamais possuiu um valor em si mesmo; agiu sempre de modo a realizar preceitos que condicionam seu conteúdo. No Estado liberal, foi o instrumento utilizado para robustecer e disseminar o modelo econômico da época, bem como para enraizar o valor da liberdade ausente no *ancien regime*, enquanto no Estado social se encontra condicionada à observância das regras e dos princípios estruturais estabelecidos pelo texto constitucional. Assim, Flávio Tartuce diz que “a função social dos contratos representa a perspectiva funcional da autonomia privada, sendo a tendência de funcionalização dos institutos um caminho sem volta do direito civil contemporâneo”.

Por isso, a autonomia contratual é um instrumento posto a concretizar a perspectiva prevista na ordem normativa, sendo reconhecida por Franz Wieacker,²⁹ como “um princípio funcional em relação ao conjunto da ordenação social”, e as limitações que sofre derivam, precisamente, dessa função que lhe é atribuída.

²⁷ NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 197.

²⁸ Id. *ibid.*, p. 198.

²⁹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

Por outro lado, é inequívoco o crescimento das normas cogentes de direito privado que definem e condicionam os interesses individuais aos valores e interesses sociais. Além disso, não se pode mais distinguir o direito público do direito privado pela posição das partes na relação jurídica, pois há situações no direito privado em que não se pode falar de paridade entre as partes, uma vez que presentes profundas desigualdades fáticas que implicam a existência de poder privado, capaz de caracterizar uma situação de subordinação de um dos sujeitos.

Assim, e tendo em vista que o exercício da autonomia contratual significa o exercício de um direito subjetivo, é preciso perceber que seu conteúdo passa a ser amplamente influenciado pelo interesse social.

Com efeito, lembra Jean Dabin³⁰ que, ainda na metade do século passado, o modo de utilização do direito não era juridicamente irrelevante, e o legislador podia assegurar um direito, mas estabelecia como condição um modo para sua utilização. Em casos como esse, não há uma simples limitação da forma de exercício do direito, mas a limitação do próprio direito, atingindo sua extensão, e sua extrapolação representa uma carência de direito. Isso significa também a superação de uma concepção do direito subjetivo como um poder vinculado, em regra, apenas à vontade individual de seu titular, uma vez que a limitação do exercício da autonomia contratual deixa de ser uma exceção, cabendo ao intérprete conceituar os institutos jurídicos de modo a cultivar a diretiva normativamente prescrita, forçando-o, inclusive, a visualizar novos componentes em sua estrutura.

Dessa forma, não há mais cabimento para as colocações de Ferri,³¹ no sentido de que a autonomia privada é um poder arbitrário, e não discricionário, já que este seria restrito às hipóteses nas quais um órgão público busca alcançar fins públicos, ao passo que na autonomia privada o elemento moral é irrelevante, pois o poder de criar direito que a lei atribui aos particulares não é um poder dominado pela moral.

Para ele, a racionalidade e a sistematicidade inerente ao complexo sistema normativo devem ser observadas pelos órgãos públicos na elaboração legislativa, sendo-lhes exigida uma coerência lógica de justiça, ao passo que a autonomia privada, poder normativo dos particulares, não está vinculada a essa exigência,

³⁰ DABIN, Jean. *El Derecho Subjetivo*. Tradução: Francisco Javier Osset. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1955. p. 296.

³¹ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 304.

tanto que seriam autônomas diante do complexo normativo de formação pública.³² Por isso, diz que a existência de uma racionalidade nas normas privadas e nos complexos normativos privados é apenas eventual ou acidental, não imposta como diretiva nem inerente como dever jurídico da normatividade dos particulares, ou seja, da autonomia privada.³³

Da mesma forma, não se pode adotar o entendimento extremamente oposto, tal como a conclusão de Leon Duguit,³⁴ para quem não haveria direitos individuais ou direitos da coletividade, mas sim cada indivíduo possuiria uma função a desempenhar, uma tarefa para executar, a qual não poderia deixar de ser cumprida, pois a abstenção causaria uma desordem ou, no mínimo, um prejuízo social, e que por isso, propõe uma concepção de liberdade, a qual não é mais um direito subjetivo, mas uma consequência da obrigação que se impõe a todo homem de desenvolver sua individualidade, ou seja, sua atividade física, intelectual e moral, de modo a cooperar, da melhor forma possível, com a solidariedade social.³⁵

Na verdade, o conceito de direito subjetivo está vinculado à noção de interesse público, uma vez que seu conteúdo é definido pelo direito objetivo e o exercício do poder de vontade pelo sujeito só existe na medida estabelecida pelo direito objetivo, que é, como diz Ana Prata,³⁶ um “elemento interno e estrutural do poder jurídico de vontade (direito subjetivo) e é, simultaneamente, seu limite externo, ou seja, obstáculo externo intransponível à manifestação da vontade fora dos quadros definidos pelo ordenamento”.

A norma jurídica é o instrumento utilizado pelo direito para descrever o fato social que, por ter sido considerado socialmente relevante, produz efeitos

³² Id. *ibid.*, p. 306.

³³ Para Luigi Ferri, a autonomia contratual não é um direito subjetivo, pois o direito subjetivo é uma faculdade de se comportar segundo o direito objetivo, e seu resultado é a licitude (2001, p. 259). Já o conteúdo do poder é a força de criar direito objetivo e seu resultado é a criação de normas válidas. Assim, a licitude está para o direito subjetivo como a validade está para a autonomia privada. O poder de disposição significa o mesmo que autonomia privada, por isso considera que a autonomia privada é um poder. Quando se diz que não se pode exercitar o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos, na verdade o que se está é excluindo tais relações e direitos do âmbito em que opera a autonomia privada (2001, p. 250). Assim o poder de disposição é a quantidade de autonomia privada que se pode exercer dentro de determinadas circunstâncias. Por isso o poder de disposição faz parte da autonomia privada, que lhe é mais ampla.

³⁴ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho publico y privado**. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 1975. p. 181.

³⁵ Id. *ibid.*, 186.

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

jurídicos quando concretizado. Somente a norma é capaz de qualificar o fato como jurídico, com o surgimento da eficácia que lhe é inerente, e é por meio da incidência da norma que se juridiciza o fato social, trazendo-o para o mundo jurídico.

Por isso Pontes de Miranda³⁷ afirma que “a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinantemente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele”. Por isso, é equivocado iniciar tratando dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções antes de se falar na regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica, já que estes são *prius*, enquanto aqueles são *posterius*.³⁸

Assim, como diz Gustavo Zagrebelsky,³⁹ a constitucionalização dos princípios de justiça representa a intenção de moderar o potencial agressivo, desagregador e destrutivo do exercício dos direitos orientados exclusivamente pela vontade individual, tal como ocorrido no período liberal, passando-se a enxergar que as ações públicas e privadas devem se mover dentro das condições que garantam a realização da justiça e que não se confundem com a soma dos interesses individuais, e que com eles podem, inclusive, ser contrapostos. Por isso diz que a vida coletiva, desde o ponto de vista do direito constitucional atual, não é apenas o conjunto de direitos individuais e de atos que constituem seu exercício, mas é também uma ordem objetiva que corresponde a ideias de justiça que impõem deveres, ao passo que o perigo do surgimento de um estado portador de uma ética seria afastado, por meio da legitimação de uma tensão e um livre enfrentamento entre as diversas concepções de justiça (a qual não seria necessariamente eliminada), dentro do pluralismo hoje já sedimentado nos textos constitucionais.⁴⁰

No âmbito jurisprudencial, já é possível encontrar manifestações aplicando essa nova forma de enxergar a autonomia contratual relacionada com a função social do contrato. No REsp 972.436, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que,

³⁷ Ibid., p. 225.

³⁸ Id. *ibid.*, p. 226.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2011. p. 97.

⁴⁰ Ibid., p. 95.

sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade.

Por sua vez, a interdependência social supera a concepção individualista e faz crescer a importância de um vínculo racionalmente guiado que estabeleça deveres de cooperação entre as pessoas. Diz Paulo Luiz Netto Lôbo⁴¹ que “para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social”. Assim, o direito civil se torna palco do conflito entre “a marca funcional do direito na solidariedade e a busca do sujeito de realizar seus próprios interesses com liberdade.”⁴²

Portanto, a autonomia contratual sofre uma redução de importância, já que seu exercício é condicionado pelo princípio da solidariedade e pela função social que deve realizar, de modo que a valorização recebida no passado — sendo considerada um dogma irrevogável da teoria clássica dos contratos — não mais se coaduna com a realidade existente no Estado social; sua presença permanece na Teoria dos Contratos, sendo que seu conceito é alcançado de forma limitada e direcionada para a realização de sua função social.⁴³

CONCLUSÃO

Sendo a ciência do direito uma ciência social, não há como deixar de reconhecer a influência que sofre tanto das alterações políticas como econômicas; cabe ao jurista incluir, em seu estudo normativo, todos esses aspectos da sociedade, considerando a interação existente entre eles.

A complexidade da sociedade atual exige que as respostas sejam encontradas mediante um diálogo entre as racionalidades sociais, rejeitando-se análises isoladas. Porém, os limites e os objetivos da atividade econômica permanecem sendo atribuições do sistema jurídico, e é o texto constitucional que realiza a confluência necessária para garantir o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, condicionar seu exercício à satisfação de finalidades definidas pelo Estado.

⁴¹ 2010, p. 88.

⁴² Id. *ibid.*, p. 92.

⁴³ Enunciado n.º 23 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

A existência de um poder privado compromete o próprio exercício da liberdade, de modo que esta não mais pode ser considerada como o princípio supremo dos contratos, ganhando importância a situação social e econômica dos contratantes, pois esses elementos comprometem o exercício de outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento, sendo inadequado analisar o contrato apenas em seu aspecto consensual.

A constitucionalização do direito privado promove a funcionalização da autonomia contratual, uma vez que aproxima alguns institutos civis da natureza cogente e diretiva das normas de direito público, o que reduz o âmbito de exercício da liberdade na esfera contratual. Em razão disso, o direito subjetivo não pode ser visto como um poder vinculado apenas à vontade individual de seu titular.

A função social dos contratos é um princípio que permite a abertura para a análise dos efeitos de determinado tipo de relação contratual, tanto entre as partes como também dentro da sociedade, comparando-o à função que o ordenamento jurídico lhe estabeleceu. Para tanto, limita-se o poder regulatório das partes para que as consequências da relação contratual não obstem os objetivos constitucionalmente traçados. Há, inegavelmente, uma renovação da teoria contratual, que passa a apresentar uma argumentação mais aberta e contextualizada com as demais ciências sociais, uma vez que as consequências passam a condicionar a própria validade do conteúdo dos contratos.

Assim, não há direito subjetivo que possa ser submetido exclusivamente ao interesse privado, uma vez que o direito objetivo obedece à finalidade de interesse público, que inclui também sua proteção em favor de seu titular. Na verdade, essa limitação não é externa ao direito subjetivo, mas faz parte da sua própria estrutura, já que produto da atividade normativa do Estado, realizada dentro de um planejamento para a concretização de objetivos estabelecidos constitucionalmente em favor da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- DABIN, Jean. El Derecho Subjetivo. Tradução: Francisco Javier Osset. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1955.
- DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 1975.
- FERRI, Luigi. La autonomía privada. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais, São Paulo: Saraiva, 2004.
- HIRONAKA, Giselda. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Águas e Empresarial**, São Paulo, ano 12, n. 45, pp. 141-152, jul.-set. 1988.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, Tradução: Eduardo García Maynez. México: Colofon, 1994.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, pp. 187-195, 2002.

____. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

____. **Direito Civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. tomo 3.

____. _____. ____: ____, 1955. Tomo 5.

____. _____. ____: ____, 1962. Tomo 38.

NALIN, Paulo (Coord.). **A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina. 1982.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOMMA, Alessandro. **Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale**: aspetti storico-comparative di una vicenda oncettuale. Milão: Giuffrè, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2011.