

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

A AUTONOMIA DA VONTADE COMO SUPORTE DO SISTEMA CIVILISTA E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIREITO INTERNO

*Irineu Strenger**

SUMÁRIO: 1 Enfrentar vicissitudes. 2 Caracteres gerais da vontade. 3 Multiplicidade de possibilidades. 4 Autonomia da vontade no direito privado. 5 Ciclo conceitual. 6 Doutrina e jurisprudência. 7 Postulações do novo Código Civil.

“Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais” (Clóvis Beviláqua).

1 Enfrentar vicissitudes

Autonomia da vontade é instituto que, após enfrentar inúmeras vicissitudes, incorporou-se universalmente no direito positivo. Não subsistem as críticas doutrinárias que durante largo tempo comprometeram o seu desenvolvimento e consolidação.

Se o princípio da autonomia da vontade constituiu motivo de severas restrições, principalmente como teoria de filosofia jurídica, se houve na evolução do direito positivo um declínio de seus corolários técnicos, não resta, hoje, a menor dúvida de que a vontade individual é o grande motor dos atos jurídicos, notadamente dos contratos, dos quais forma o denominador comum.

Reconhecer-se na autonomia da vontade uma energia criadora e considerá-la como uma força autônoma ou como uma força outorgada pela lei não mais é exagero. Seu nascimento jurídico ocorre diretamente pelo só acordo de duas ou mais vontades, sem que tenha necessariamente de revestir-se de qualquer formalidade. Assim, o princípio do consensualismo continua fundamental; libertados da tutela dos ritos, os contratantes engajam-se *solo consensu*. Tal regra é predominante nos ordenamentos vigentes em maior ou menor escala, na doutrina e na jurisprudência, dominando a gênese dos contratos. Em nossos dias, o formalismo aparece como exceção, se não como aberração. São poucas as hipóteses, englobando sobretudo os atos unilaterais, em que o legislador se reteve sobre as regras do consensualismo, para exigir o respeito a certas formas e solenidades, sob pena de nulidade do ato. Contudo, assim mesmo é preciso frisar que a forma requisitada pela lei refere-se ao ato jurídico propriamente dito, não à expressão da vontade, pois, nos atos solenes, a vontade exprime-se com toda liberdade, uma vez que não existem temas sacramentais.

* Irineu Strenger é professor titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da USP; professor livre-docente de Filosofia do Direito pela USP; bacharel e licenciado em Filosofia pela USP; professor da Academia de Direito Internacional da Haia (1991); Doutor *Honoris Causae* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy; árbitro do Brasil junto ao Mercosul e árbitro da Câmara do Brasil-Canadá.

A vontade preserva sempre a escolha do meio pelo qual se afirma. Segundo análise clássica, o ato jurídico repousa sobre uma ou diversas vontades desejosas de produzir efeitos de direito.

Tais vontades surgem no interior das partes para produzir efeitos de direito, precisando, portanto, ser exteriorizadas, a fim de dar lugar às declarações de vontade, estas definidas como procedimentos pelos quais a vontade interna alcança o conhecimento de terceiros.

A manifestação da vontade é geralmente definida como todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir a existência de certo propósito, isto é, que tem valor declaratório (*Erklärungswert*, na terminologia alemã).

A idéia da autonomia da vontade elevou a vontade subjetiva da pessoa ao papel de elemento criador dos atos jurídicos e, especialmente, dos contratos.

No quadro extremamente extenso atribuído à vontade, esta deve poder exprimir-se de modo que se torne efetivamente conhecida do co-contratante ou de outros interessados.

No direito moderno, o “consensualismo” constitui o princípio das relações de direito privado, e os atos jurídicos são largamente liberados de formas rígidas, pois os modos absentes de formalismo mais eficazes de expressão da vontade são aqueles de natureza a engendrar um ato jurídico válido *quoad substantiam*.

Tais colocações permitem, desde logo, vislumbrar a importância da autonomia da vontade como o segmento de maior significação no processo de legitimação dos entendimentos contratuais, como presentemente ocorre, em grande escala, no plano do comércio internacional, com o consagrado incremento da *lex mercatoria*.

O presente trabalho foi desenvolvido com o escopo de demonstrar o largo espectro da vontade na formação do direito, abrangendo extensas áreas e propiciando a superação dos entraves ocasionados pelo formalismo excessivo e da preponderância rígida da lei quando bloqueia indiscriminadamente o exercício do consensualismo.

O problema da liberdade na órbita do direito significa, de qualquer forma, algo distinto da liberdade como atributo da vontade do homem. Esta é realmente concebida como poder ou faculdade natural de autodeterminação. Poder-se-ia defini-la como a aptidão de agir por si, ou seja, sem obedecer a nenhuma força ou motivo determinante. A liberdade jurídica não é poder, nem capacidade derivada da natureza, mas direito. Do ponto de vista jurídico, a liberdade costuma ser definida como a faculdade de fazer ou omitir o que não está ordenado ou proibido. Entretanto, estamos com García Máynez, que nos apresenta a seguinte definição: “liberdade jurídica é a faculdade que todo sujeito tem de exercitar ou não exercitar seus direitos subjetivos, quando estes não se fundam num dever do mesmo sujeito”, demonstrando que a liberdade não se relaciona diretamente com os direitos, mas com o seu exercício ou não-exercício, e explica que sua definição tem validade tanto dentro do marco de uma concepção positivista do direito como na órbita do jusnaturalismo. Assim, cada vez que os homens ou os povos obtêm o reconhecimento de um novo direito, concomitantemente sua liberdade aumenta; cada vez que suas faculdades legais são restringidas, sua liberdade diminui. Se o número de nossos direitos varia, o volume da liberdade necessariamente se modifica. Portanto, ser livre outra coisa não significa senão

ter direitos não fundados nos próprios deveres e, conseqüentemente, estar em condições de optar entre exercitá-los ou não exercitá-los¹.

Todavia, se reconhecermos que qualquer dos conceitos apresentados não é o verdadeiro e definitivamente aceitável, teremos de dizer, como o fez Miguel Reale em seu trabalho *Pluralismo e liberdade*: “Se, no fundo, não é possível uma resposta teórica ao problema da liberdade, todos nós pressentimos que não podemos querer a nossa liberdade sem sairmos do círculo de nossa singularidade, sem querermos, pura e simplesmente, a liberdade”².

Assim compreendida, a liberdade torna-se solidária com o desenvolvimento da sociedade, torna-se progressiva como esta e com esta se enriquece. Isso explica por que o homem pode hoje conquistar muitas coisas, apesar de a regulamentação jurídica restringir inúmeras de suas atividades. A regra jurídica deve ter, em primeiro lugar, este requisito: procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isso significa que não se legisla sem finalidade e que o direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados.

2 Caracteres gerais da vontade

A vontade como problema envolve ampla esfera da cultura. A investigação científica, em todos os seus matizes, coloca a questão como uma de suas fundamentais preocupações, talvez porque entre a vontade e o homem existe uma relação inseparável.

Muitos são os sentidos que procuram levar à compreensão do fenômeno vontade, mas nenhum deles consegue reduzir a limites invioláveis suas concepções explicativas.

Os planos ético, psicológico, sociológico, filosófico, metafísico ou jurídico separam-se metodicamente, mas nivelam-se estruturalmente, porquanto, em qualquer hipótese, a vontade em seu atuar surge como um caráter fenomênico do intelecto.

No domínio da filosofia, particularmente, a vontade se constitui verdadeiro centro de vida, por um processo de correlação dialética ao qual se é levado pela incessante atividade do homem, que sempre propicia a revelação de um mundo novo que acaba sendo a sua própria realidade subjetivo-objetiva.

Em nenhuma fenomenologia da vontade pode omitir-se o complexo de fatores que intervêm necessariamente na sua manifestação, em que pese a preocupação de caracterizar o problema de acordo com as finalidades de pesquisa de cada ciência³.

¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Los principios de la antología formal del derecho y su expresión simbólica*. México, 1953.

² REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1964.

³ Ferrater Mora (Voluntad. *Diccionario de Filosofía*. 4. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1958) registra três sentidos: a) psicologicamente, como um conjunto de fenômenos psíquicos, ou também como uma “faculdade” cujo caráter principal se encontra na tendência; b) eticamente, como uma atitude ou disposição para querer algo; c) metafisicamente, como uma entidade à qual se atribui absoluta subsistência e se converte por isso em substrato de todos os fenômenos. E adverte: “Essas três significações da vontade caracterizam as diferentes acepções do voluntarismo, porém junto com a distinção necessária em toda investigação filosófica, deve reconhecer-se que em quase todas as doutrinas voluntaristas se proclama o domínio da vontade nas três esferas e se passa insensivelmente da psicologia à metafísica, ou, pelo menos, à ética”.

A vontade, em quaisquer circunstâncias, pode ser considerada uma forma de atividade pessoal que comporta, de maneira praticamente completa, a representação do ato a produzir, ou uma suspensão provisória da tendência a praticar esse ato, intervindo nesse processo o sentimento do valor das razões, que podem determinar ou não o seu cumprimento, ou seja, a decisão de agir ou abster-se dessa ação.

Descartes assinala que a vontade consiste somente em que, para afirmar ou negar, perseguir ou fugir das coisas que o entendimento nos propõe, agimos de tal sorte que não percebemos, ou sentimos, se alguma força exterior existe a nos constranger⁴.

Para muitos, o que verdadeiramente caracteriza a vontade, ao mesmo tempo em que a distingue de outras operações intelectuais, é a presença de um conflito entre duas tendências, por conseguinte, tendo por objeto o fim da ação, ou seja, a vontade é um conflito de fins.

A tomada de consciência de “si mesmo”, que possibilita ao homem encontrar-se existencialmente numa situação, explica por que a vontade tem primordialmente por condições e como pressupostos os movimentos reflexos do organismo e o movimento da reflexão impulsiva.

Nesse sentido, Recaséns Siches pondera que o homem é árbitro, não por estar munido de determinada potência ou de certa energia, mas porque sua situação essencial, relativamente à circunstância que o envolve e o processo de vida, coloca-o sempre diante de uma pluralidade limitada e concreta de possibilidades, isto é, de caminhos a seguir, e, portanto, impondo-lhe decidir por si mesmo, por sua própria conta, sob sua responsabilidade⁵.

Se, por um lado, inegavelmente, a vontade reflete impulsos ou predeterminações que podem circunscrever o problema ao âmbito da psicologia, por outro ela não é uma atividade unicamente impulsiva, porquanto a sua liberdade consiste em querer a si mesma, ou, como diria Jaspers, a vontade tem seu fundamento na liberdade, a qual ela mesma deixa em suspenso e, em virtude desse estado de suspensão e da própria liberdade, chega à decisão⁶.

3 Multiplicidade de possibilidades

Há sempre, portanto, uma circunstância concreta, que se apresenta com uma multiplicidade de possibilidades em cada um dos momentos da vida de um sujeito humano, configurada numa combinação de variados elementos correlacionados dinamicamente, de modo que, segundo acertada expressão de Ortega y Gasset, a vida não pode ser compreendida senão como constituída pela co-presença incidível do sujeito com os objetos, com os quais tem de haver-se, queira ou não.

⁴ DESCARTES. *Méditations*, IV, 7.

⁵ RECASÉNS SICHES, Luiz. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 56.

⁶ JASPERS, Karl. *Filosofía*. Madrid: Ed. de la Universidad de Puerto Rico, 1958. 29 v. p. 5 e ss.

Miguel Reale, ao estudar os processos intuitivos do conhecimento, mostra que a filosofia contemporânea se caracteriza por uma revalorização dos processos intuitivos, “no sentido de mostrar que o homem não é apenas portador de razão, nem tampouco um ser que só pela razão logra atingir o conhecimento”, porquanto há certas coisas que só se conhecem plenamente por meio dos elementos que a afetividade, a vontade ou a inteligência pura nos fornecem⁷.

Jaspers, com genial acuidade, evidencia que todas as ações da vida cotidiana são importantes porque, queridas ou não, têm uma ação plastificadora, formadora e, assim, a consequência da vontade atribuível a ela empiricamente é, portanto, não só a ação momentânea sob as condições dadas pelas disposições caracterológicas naturais e os mecanismos extraconscientes, mas, também, a aptidão adquirida no atuar⁸.

Historicamente, como analisa Ferrater Mora, a vontade desenvolve-se como uma discussão em torno de seu possível predomínio sobre o conjunto dos fenômenos psíquicos e de sua relação com o intelecto, sabendo-se que, já na filosofia antiga, Platão e Aristóteles examinaram a questão, advertindo o primeiro que, enquanto o desejo pertence à ordem do sensível, a vontade pertence à ordem do intelecto, ao passo que o segundo explicitamente assinalava que, embora o desejo e a vontade sejam por igual motores, a vontade é de índole racional⁹.

Schopenhauer chegou a uma ortodoxia voluntarista, afirmando que a essência das coisas é a vontade¹⁰.

A vontade, para esse grande filósofo da época romântica, é entendida num sentido amplíssimo, como princípio independente da consciência, como impulso que se encontra incluído na matéria bruta. O mundo é uma vontade que tende a individualizar-se; a vontade de viver é o princípio informador do mundo: dela se originam as formas individuais. A inteligência sobrevém como uma faculdade secundária. A individualização é a grande desventura, a fonte de todos os males, porque da vontade de viver individualmente nasce a desproporção entre as aspirações e o ser, isto é, a dor. Dadas essas premissas, a ética tem um único princípio: a negação da vontade de viver, a abnegação. Para Schopenhauer, a compaixão é a virtude fundamental, o princípio da ética, porque esta significa precisamente uma superação da vontade individual, uma participação na vida alheia e, por fim, o reconhecimento da identidade fundamental de todos os seres contra as ilusões de nossa subjetividade.

Para Dilthey, a unidade vital está na ação recíproca com o mundo exterior. A vida consiste no fato de que a unidade vital reage aos estímulos, modifica-os ou adapta-se às causas ou a um processo que corresponderia a essa conclusão, mas, ao contrário, essas representações de efeito e causa não são mais do que abstrações tiradas da vida de nossa vontade¹¹.

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁸ JASPERS, op. cit.

⁹ FERRATER MORA, op. cit.

¹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. 1942.

¹¹ DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México, 1944. p. 7 e ss.

Na acertada interpretação de Miguel Reale, em Dilthey só a intuição volitiva nos permite conhecer a existência das coisas, porquanto de certas realidades só temos conhecimento autêntico pela resistência que elas nos oferecem. Assim, temos convicção da realidade do mundo interior pela experiência imediata de nossa vontade, pelo que se dá na intuição volitiva. É ela que nos possibilita a compreensão da existência, assim como o conhecimento do mundo histórico¹².

Genericamente, o conceito de vontade sempre leva implícita a idéia de que a vontade humana é algo mais que o resultado de um mero paralelogramo de forças e de que o ego tem poder para outorgar a um impulso determinado maior peso que a outros, produzindo um resultado diferente do que se poderia esperar se a pessoa humana fosse mero mecanismo de reações governadas por instintos, reflexos ou tropismos.

Seja em que plano for, a vontade mantém certas estruturas inteiramente válidas no domínio de qualquer ciência, sendo impossível dissociá-la ou atomizá-la com características diversas, segundo interesses puramente metódicos.

O que chamamos vontade é uma transfiguração dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos dá a capacidade de executar os atos da razão. Nesse sentido, compreender-se-á que a vontade, ao passar para o plano do direito, não se dissolve na experiência jurídica, perdendo sua contextura filosófica, mas, ao contrário, reassume em toda a plenitude sua condição totalizadora, porquanto somente a vontade em toda a extensão possui uma verdadeira consciência no sentido do conhecimento da finalidade.

Há, portanto, certos pressupostos conceituais da vontade que se tornam imprescindíveis para situar e precisar, em toda a sua medida e importância, a significação que adquire o problema no mundo do direito e cujas fontes estão nas funções reguladoras que exerce a vontade em qualquer comportamento humano.

Todo homem é dotado de natural mobilidade no sentido de dar uma direção à sua vida, e a função essencial da vontade parece ser a de reduzir ou aumentar esse processo conforme a intensidade não só dos impulsos ou exigências subjetivas, mas também de todas as inclinações resultantes da dinâmica existencial.

André Darbon, num excelente estudo que chamou *Filosofia da vontade*, aponta como razões da atividade voluntária o temperamento, as tendências, as inclinações e os sentimentos, o eu social e o eu autônomo¹³.

O temperamento explicaria todos os tipos de reação pessoal, seja na vida séria, no jogo, na vida privada ou na vida social, visto que, sejam quais forem as circunstâncias às quais devemos responder ou reagir, cada um apresenta seu próprio modo de conduta.

Todos os atos humanos têm seus móveis ou estímulos com certos graus variáveis de força e tensão, impondo determinada atividade, cuja lentidão ou rapidez, erro ou acerto, perseverança ou desânimo demonstram aquilo que somos naturalmente, independentemente de qualquer estudo, investigação ou critério educacional, ou seja, muitas vezes o poder dos atos que expressam um temperamento é mais forte que a vontade, que é obrigada a aceitar

¹² REALE, *Filosofia...*, 1998.

¹³ DARBON, André. *Philosophie de la volonté*. Paris: PUF, 1951.

os impositivos da natureza humana, acomodando-se às suas exigências, por incapacidade de vencer aquilo que é constitucionalmente imutável. Assim, para Darbon, o temperamento é um limite, e provavelmente o principal, ao exercício da vontade.

Por outro lado, as necessidades orgânicas e os sentimentos elementares são os dados estáveis de nossa natureza, mas em contraposição existe toda uma série de inclinações e sentimentos que se formam e se transformam no curso de nossa existência, mudando de objeto e de intensidade. Essas variações, explica Darbon, às vezes caprichosas de nossos gostos, de nossos pendores, de nosso humor, que Montaigne chamava nossa natural volubilidade, são forças que tendem a determinar nossos atos, os quais podem ser fáceis ou difíceis segundo acompanhem ou não nossas tendências¹⁴.

Outro aspecto importante é a participação do indivíduo na vida coletiva, na qual ele aprende a disciplinar-se, a resistir a certos impulsos e a desprender-se de seus egoísmos. As representações coletivas, por seu lado, servem de apoio quando um ato mais difícil de ser cumprido ou resistente a certas inclinações contrárias desvia o indivíduo de alguns propósitos superiores aos indicados pela sua vontade.

Nessa hipótese, supõe Darbon que uma educação liberal, que procura esclarecer e convencer, em vez de ordenar brutalmente, ajuda a vontade a se formar e a se tornar autônoma, mas um esforço pessoal é indispensável para aperfeiçoar essa autonomia¹⁵.

Há, também, o eu autônomo que se apóia sobre o pensamento refletido e uma consciência clara do bem e dos valores. Mas, para determinar em que medida a vontade é eficaz, interrogar-se-á sobre as relações do eu social e do eu autônomo. A aliança entre a razão e a vida afetiva leva necessariamente a um processo de julgamento que, se confirmado pelas inclinações do coração, torna-se capaz de governar a conduta. Alguns psicólogos, porém, sustentam que, em caso de conflito, a razão poderá tornar-se letra morta, tirando o caráter operante das idéias, a não ser quando dotadas estas de carga afetiva.

4 Autonomia da vontade no direito privado

Na sucinta e expressiva conceituação de Santi Romano, deve-se entender por autonomia, em sentido subjetivo, o poder de dar a si próprio um ordenamento jurídico, e, no sentido objetivo, o caráter do próprio ordenamento que as pessoas constituem para si mesmas distinguindo-se e contrapondo-se aos ordenamentos constituídos para elas, mas por outrem¹⁶.

O reconhecimento do valor da vontade jurídica, seja qual for a flexão teórica, resultaria sempre na exaltação do valor do indivíduo, porque, no entender acertado de Vicente Ráo, criticando a rigidez das teorias que somente vêem ou a vontade psicológica ou a declaração da vontade como geradoras dos efeitos jurídicos, quando vemos na vontade

¹⁴ MONTAIGNE, Michel de. *Les essais*, I, 1. Paris, 1582.

¹⁵ DARBON, op. cit.

¹⁶ Apud BETTI, Emilio. Autonomia privata e competenza de la "lex loci actus", nelle obbligazioni civili e commerciali. *Riv. Dir. Int.*, 1930.

autônoma, que na ordem privada se exerce, um elemento essencial dos atos produtores de efeitos jurídicos, não se exclui o valor, nem a necessidade da declaração, nem se deixa de considerar que, em princípio, a força produtora de tais efeitos se encontra na vontade eficaz e atuante, de conformidade com o ordenamento jurídico¹⁷.

Em que pese ao empenho das correntes objetantes do valor e da possibilidade do prevalecimento do princípio da autonomia da vontade por força da infiltração do Estado nos negócios privados, bem justifica Vicente Ráo ao observar que o problema não pode ser colocado em termos simplistas, visto que a autonomia da vontade não se exerce, apenas, no campo delimitado pela lei, nem se aplica tão-só aos contratos nominados ou inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas, padecendo maiores ou menores limitações, mais graves ou menos cominações, segundo a relação de que se trate¹⁸.

Para contestar a concepção extremadamente publicista, vale-se da opinião de Betti, segundo a qual a autonomia de um ente ou sujeito subordinado pode ser concebida por meio de duas funções distintas: a) como fonte de normas destinadas a formar parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece como tal e por meio dela realiza uma espécie de descentralização da função nomogenética, fonte esta que poderia ser qualificada como regulamentar, por ser subordinada à lei; e b) como pressuposto da hipótese de fato gerador de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas de ordem jurídica, revelando semelhante distinção um dado fenomenológico que não pode ser desconhecido, bastando, para compreender o problema, comparar as regras resultantes de um acordo normativo entre entes dotados de autonomia, v.g., às produzidas pelo contrato coletivo de trabalho celebrado entre associações profissionais titulares dessa faculdade, como as decorrentes do contrato concluído entre particulares. E conclui: a autonomia privada verdadeira e própria consiste no poder que os sujeitos privados possuem de ditar as regras de seus interesses particulares em suas relações recíprocas¹⁹.

De acordo com Orlando Gomes, em seu bem elaborado trabalho sobre as *Transformações gerais do direito das obrigações*, alguns publicistas, como Wieacker, por exemplo, têm demonstrado que, de algumas décadas para cá, certas figuras jurídicas devem perder o tratamento tradicional, especialmente porque a autonomia da vontade nada mais seria do que a manifestação de um individualismo superado, e os direitos subjetivos já não constituem limites inflanqueáveis ao poder do Estado.

Entretanto, apesar de desenvolver as teorias mais inflexíveis e outras menos obstinadas na apreciação do papel do princípio da autonomia da vontade, ressalva Orlando Gomes, com louvável precisão, o fato de que as limitações, que se devem reconhecer ao seu exercício, não impedem que os juristas contemporâneos dêem atenção mais profunda à questão, pois marcadamente importante é o trabalho pandectista nesse sentido e, portanto,

¹⁷ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 512 e ss.

¹⁸ RÁO, op. cit.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

insuscetível de fáceis substituições doutrinárias, por mais que prevaleçam as teses opostas da nova realidade jurídico-social que a ninguém é lícito negar²⁰.

A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Não se pode deixar de reconhecer a procedência das explicações que apontam as mudanças de critérios apreciativos impostos pela expansão do contrato em massa, que Orlando Gomes com indiscutível autoridade mostra

“que substituiu, em diversos setores do campo negocial, o negócio jurídico bilateral *dantes* concluído individualmente. Nos transportes, nos seguros, nas operações bancárias, no trabalho realizado nas empresas, e em tantos outros departamentos da atividade social dos indivíduos, esse elemento, sem constituir uma comunidade jurídica, influi decisivamente na sua própria dogmática”²¹.

Em geral, porém, o pluralismo contemporâneo concebe direitos relativos e objetivos, que permitem adiantar uma distinção entre direitos individuais e sociais. Os primeiros, teoricamente, pertenceriam aos indivíduos isolados, aos quais se deve reconhecer uma esfera própria e bem delimitada. E o aspecto mais característico de oposição entre o direito social e o individual é que este último se apóia sobretudo no contrato, ao passo que o direito social coloca em primeiro plano a instituição.

Ora, o contrato, seja de que natureza for, constitui um meio pelo qual os particulares regulam seus interesses de acordo com determinada vontade, mesmo admitidas as limitações ao seu exercício, apresentando-se num quadro abstrato que, segundo nossa visualização, pode configurar em seus conteúdos as instituições correspondentes, essencialmente os relativos a quaisquer dados concretos da vida social, expressos na lei ou num ordenamento jurídico. Tais elementos não devem ser vistos somente pelo ângulo da técnica jurídica, porque exatamente o direito que se apóia sobre o contrato, como símbolo do direito individual, alicerça-se nos princípios da igualdade e da liberdade, ao passo que o direito que se apóia nas instituições tem apenas como suporte a autoridade.

Assim, deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade, na qual os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana.

Por outro lado, o processo jurígeno não se exaure na norma jurídica, porquanto, como diz Miguel Reale, ela mesma suscita, no seio do ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências fáticas e axiológicas²², e o homem constitui o centro do direito, e o fim principal do direito é servir a seus legítimos interesses.

²⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967. p. 65 e ss.

²¹ Idem, *ibidem*.

²² REALE, op. cit.

Somos, portanto, novamente levados à controvérsia central, cujos termos principais procuramos desenvolver, e chegamos à convicção de que o princípio da autonomia da vontade sobrevive a despeito das tentativas demolidoras, tendo toda razão Coviello quando sustenta que

“a vontade deve ter por escopo um fim prático que não precisa ser necessariamente de ordem patrimonial ou econômica, bastando que seja tutelado pelo direito. As conseqüências que o direito lhe atribui não são sempre coincidentes com a vontade subjetiva do agente: podem, mesmo, ser-lhe disformes e, até, contrários, mas sempre correspondem a um fim prático, e nesse sentido podem ser ditos conformes, apenas, à vontade geral das pessoas”²³.

Fábio Konder Comparato, em precioso ensaio analítico sobre os elementos e a estrutura das obrigações, concentrando seu esforço interpretativo no confronto entre as teorias voluntaristas e a doutrina de Brinz, faz prévio e minucioso estudo dos “direitos subjetivos e das situações jurídicas passivas”, no qual esclarece que, apesar de ultrapassado o interesse pelo exame do conceito geral de direito subjetivo, subsiste ainda o propósito de classificação e estudo dos elementos constitutivos desse direito, como ocorre, presentemente, com a noção de poder jurídico, que leva nessa ordem de cogitações à concepção de que toda pessoa, tendo um interesse reconhecido pela lei, possui, ao mesmo tempo, o poder de fazê-lo valer, produzindo efeitos jurídicos em relação a terceiros. E, nos casos de incapacidade, esse poder de agir que é retirado do incapaz se transfere ao seu representante legal sem transfigurar a natureza de ambos os poderes. Caracterizando o poder em geral como a faculdade de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, assinala o jovem jurista pátrio que entre os poderes jurídicos é preciso assinalar aquele que consiste na criação, modificação ou supressão de uma relação de direito, por uma simples manifestação unilateral da vontade [...]”²⁴.

A dedução forçosa de quanto ficou dito é que não se pode evitar que a manifestação da vontade entre no mundo jurídico como ato ou como negócio jurídico. O princípio de que se parte é, sempre, o da autonomia ou auto-regramento da vontade, como diria Pontes de Miranda, naturalmente sob a compulsão das regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas, que, entretanto, nunca são suficientes para justificar a ineficácia daquela categoria jurídica.

Fenômeno idêntico observa-se na representação, por meio da qual se supre a carência da vontade própria de uma pessoa na sua vida jurídica. E, modernamente, a representação não “desdota” o homem do poder jurídico de fazer a sua lei. Não se pode dizer que a pessoa fique sufocada na sua capacidade volitiva diante das novas figuras jurídicas, visto que o seu alargamento não é suficiente a garantir-lhe um reinado antivoluntarista.

²³ COVIELLO, Alfredo. *Los trece temas de la democracia, teoría y realidad social*. Buenos Aires, 1938.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.

Impossível e incompatível com a experiência jurídica levar-se, como pretendem alguns, a conseqüências extremas a doutrina que nega a autonomia da vontade, que pode converter-se numa regulamentação tirânica e resultar na destruição da prosperidade que produz a livre atividade, como, aliás, se comprovou recentemente na Rússia, que, depois de vários anos de experiências e diversas alternativas, fez restaurar certa liberdade na contratação privada.

Como advertem Planiol e Ripert, falar na decadência da soberania do contrato na época moderna é esquecer que o desenvolvimento do comércio proporcionou ao contrato um campo que jamais havia tido anteriormente e, ainda, que as restrições de índole moral à liberdade contratual desaparecendo provocam com maior intensidade o aparecimento de novas forças da vontade individual²⁵. Apesar de poder-se afirmar, em resumo, que o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo, inclusive, nos contratos celebrados por particulares em matéria que antes era do estrito domínio privado, apesar de alguns publicistas sustentarem a tese de que na época contemporânea a autonomia da vontade tem valor apenas acadêmico e que a maioria dos contratantes terá de submeter-se às leis que o Estado lhes impõe, tudo isso não significa que a autonomia da vontade tenha desaparecido ou tenda a desaparecer. Haverá, por certo, a extensão de certas limitações impostas pela ordem pública, mas impõe-se reconhecer que a história do direito revela não haver sido aplicada tal doutrina, segundo seus termos extremos, em momento algum, pelos diversos sistemas legislativos.

A autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, de poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum²⁶.

A força da autonomia da vontade, praticamente, concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em conseqüência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas.

Embora o problema não esteja jungido a uma tipificação, há certos institutos jurídicos, evidentemente, que expressam com maior fidelidade as hipóteses em que pode ser considerada a vontade como elemento de relevância conceitual, ou mesmo gerador de direito.

De modo geral, poucos sistemas jurídicos podem ser meditados com abstração de suas raízes romanas, cuja evolução reflete a influência nunca expungível de seus ensinamentos, e, se quisermos raciocinar exemplificativamente, verificaremos que são nos chamados contratos consensuais de quatro tipos no direito romano – venda, locação, sociedade e mandato – que encontramos hipóteses nas quais a vontade é criadora de situações jurídicas.

²⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Trad. esp. de Mario Díaz Cruz. Havana, Cuba: Ed. Cultural, 1940. t. 6.

²⁶ Cf. BETTI, Emilio. Autonomia privata. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, v. 1, t. 2.

Teoricamente, tanto no direito antigo como no atual, a norma dá nascimento a sua situação jurídica, regulada por suas disposições, de maneira geral e uniforme para todos, mas entre os deveres jurídicos alguns são fixados por regras de direito como consequência obrigatória dos fatos jurídicos e outros são prescritos ou recebem predominante incidência da vontade humana.

O fenômeno moderno não invalida o pensamento *supra*, como é dedutível das equilibradas considerações de Orlando Gomes ao assinalar que a delimitação do campo da autonomia privada não deve obstar a indagação de seu fundamento prático, pois essa função, segundo suas próprias palavras,

“encontra-se, para alguns, no reconhecimento da propriedade privada, porque unicamente nos regimes que a admitem ocorrem a circulação de bens e a prestação de serviços entre os indivíduos [...] De fato, onde não existem esferas particulares de interesses, a autonomia privada está ausente [...] Onde, porém, se reconhece ao indivíduo o poder de manifestar interesses particulares, seu exercício constitui dado incomovível da realidade social. Tem a ordem jurídica, no reconhecimento da autonomia privada, sua pedra angular. Outra não é a razão por que o negócio jurídico, principal instrumento dessa autonomia, se coloca no centro do sistema do Direito Privado”²⁷.

Acrescenta, ainda, o emérito privatista que esse reconhecimento, embora não signifique contestação da conveniência de restringi-lo com o objetivo de submeter ao interesse coletivo os interesses individuais, deve admitir-se que, apesar das limitações impostas pelo Estado e pela concentração de capitais, o princípio da autonomia privada conserva-se incólume. E conclui:

“as limitações sempre existiram, apenas se apertaram na atualidade, apanhando o campo econômico e se tornando tanto mais numerosas quanto mais se compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar superior justiça social [...] Do ponto de vista técnico, ocorrem limitações precisamente como efeito da multiplicação de normas cogentes. Não se permite a formação do conteúdo de alguns negócios, obrigando-se os interessados a adotarem a forma típica; a exclusão de certos efeitos jurídicos não é válida em certos negócios; difunde-se o princípio da inserção automática de comando legal no conteúdo de determinados contratos, e assim por diante. Predominam, entretanto, as normas de caráter supletivo, que podem ser indiferentemente afastadas pelas partes contratantes. Prevalece, por outro lado, a liberdade de criar negócios atípicos”²⁸.

Tem sentido lógico e fundamento concreto a preocupação revelada por Orlando Gomes em diferenciar a “declaração da vontade” do “ato de autonomia privada”, este como empenho do sujeito ao regulamento e aquele como uma abertura para fugas

²⁷ GOMES, op. cit.

²⁸ Idem, *ibidem*.

estritamente subjetivas, que incapacitam a compreensão dos intentos; mas, na raiz dessas considerações, a vontade permanece sobreviva, visto que a aliança da vontade e da legalidade é geradora da noção jurídica e técnica de autonomia.

Fazer abstração da legalidade é desconhecer o sentido do princípio de autonomia, pois ela não se vincula aos indivíduos senão pela lei que lhe dá uma habilitação *ad hoc*. Exatamente a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia. A sociedade e o legislador soberano que a representa diante do indivíduo formam a confiança deste a fim de que ele possa exercer sua vontade jurídica pelo bem comum.

Pontes de Miranda, que prefere substituir a expressão autonomia da vontade por auto-regramento, também concorda que é no direito das obrigações que se verifica com maior latitude tal problemática, porquanto entende que “as categorias jurídicas do direito das obrigações deixam margem a negócios jurídicos que não entram nos tipos fixados pela lei”²⁹.

Preleciona, ainda, o grande mestre que o “auto-regramento” sofre as limitações do direito cogente que se opera impositiva ou dispositivamente, inibindo a pessoa de qualquer escolha, mesmo que a regra cogente contenha alternativa, mas não contesta o pleno vigor do “auto-regramento”, quando se trata de *jus dispositivum*. E explica:

“A forma de tais regras é: ‘Se não foi dito *não-a*, entende-se *a*’, ou ‘Se nada se disse quanto a *a*, entende-se *a*’. Porém a cada momento tem o jurista, diante de regras jurídicas que podem ser cogentes ou dispositivas, de levantar ou de responder à questão. Para isso tem de examiná-las em sua função e alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes outras que como tais foram apontadas, o argumento a contrário. Às vezes a regra jurídica, em lugar de aludir à manifestação da vontade, alude à possibilidade de se excluírem efeitos; ou de alguns serem incluídos; ou a serem tais e tais, se não se dispôs diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usa de expressões que mais serviriam ao direito cogente, ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo”³⁰.

Por outro lado, Pontes de Miranda avança sua tese para admitir que as regras interpretativas também em nada limitam o “auto-regramento” da vontade. E diz: “Supõem-no. A vontade lá está [...]”. Assim, “a dúvida entre a interpretação da vontade que se prefere na regra interpretativa e outra interpretação da vontade resolve-se pelos métodos de interpretação dos atos jurídicos, porque vontade houve”³¹.

Em direito privado interno, portanto, a autonomia da vontade, como preferimos denominar essa categoria jurídica, dinamiza-se numa compreensão mais ampla de correlação dinâmica ou dialética com a experiência jurídica sob a égide de uma soberania única, ou seja, a vontade individual é criadora de situações jurídicas, porque, ao mesmo tempo em

²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3, p. 254-255.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ Idem, *ibidem*.

que ela age, preenche missão social. Sejam as regras impositivas, sejam dispositivas ou interpretativas, não há nenhum critério *a priori* que possa justificar a classificação de uma regra ou de uma relação de direito numa ou noutra categoria, porquanto compete ao juiz descobrir as razões contingentes que fazem entrar uma regra no domínio da autonomia ou da lei imperativa.

Acreditamos que essa maneira de ver a questão encontra eco positivo, ainda, no pensamento de Pontes de Miranda quando alude ao princípio da liberdade de contratar, definindo-o como o poder de livremente assumir deveres e obrigações, ou de “se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o da escolha, ao líbrito, das cláusulas contratuais”. E explica: “No fundo, os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não”. O direito longe está de adotar esses princípios como absolutos: sofrem eles, sempre sofreram, limitações. A própria existência de tipos de negócios jurídicos limita-os. Limita-os, também, a natureza cogente de certas regras. Quanto aos tipos, se bem que, em geral, se pense poderem ser criados tipos novos, sem se criarem novas regras jurídicas, a verdade está com A. Manigk (*Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 82, nota 2): só constituem novas espécies, e não tipos. Acrescentamos: salvo se há lei—costume que os crie. Mais uma vez aparece a distinção entre costume—regra jurídica e costume—série de negócios jurídicos. Às vezes, na vida, aparecem figuras contratuais que formam tipos, mas estranhos aos da lei e dos costumes. Esses tipos são apenas negociais, e somente se podem levá-los em conta para que sejam recebidos como disposições onde, se eles não existissem, couberem regras dispositivas das leis. Quer dizer: no que não entram na tipicidade legal, somente se alojam no espaço deixado à autonomia da vontade³².

A filosofia do direito de Hegel expressa com fidelidade o conceito de pessoa como raiz, alicerce do contrato, entre ambos existindo estreita vinculação que constitui a base do *direito abstrato*. A pessoa concreta, diz o insuperável filósofo, que é para si mesma um fim particular, como totalidade de necessidade e um misto de necessidade natural e de vontade, é um dos fundamentos da sociedade civil, mas a pessoa particular, substancialmente considerada, está em relação com particularidade análoga *do outro* e ao mesmo tempo é obrigada a passar à forma da universalidade que é o outro princípio. Por isso acentua Hegel, com magistral visão do problema, que o contrato é a forma típica das relações chamadas de direito individual, porque ainda que cada parte seja membro de uma comunidade ou de várias comunidades da vida, nessa circunstância, o indivíduo se comporta como autônomo e não se entrega altruisticamente à totalidade do *nós*, pois, na relação contratual, as duas partes se comportam, uma em relação à outra, como pessoas imediatas e autônomas, motivo por que o contrato é fruto do arbítrio, e a vontade idêntica que se torna existente no contrato é somente uma vontade posta pelas partes contratantes³³.

³² Idem, *ibidem*.

³³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. Trad. André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.

Transposto o teorema para o âmbito das aporias hodiernas, diríamos que, se o homem não tivesse a dimensão social da sua personalidade, não existiria personalidade jurídica. Em compensação, personalidade jurídica somente existe à imagem e semelhança da personalidade humana. Esta é a razão que levou Hegel a considerar pessoa, em geral, significando, tanto quanto ser, pessoa no sentido jurídico, exatamente porque a personalidade representava o momento formal e abstrato da subjetividade.

Diz muito bem, a esse propósito, Legaz y Lacambra que esse é o motivo que explica a colocação da pessoa em segundo plano nas ideologias totalitárias, nas quais o homem é negado em seu valor substancial para ser reconhecido somente como membro ou parte integrante de determinada totalidade sobre a qual recai toda inflexão do valor³⁴.

5 Ciclo conceitual

O ciclo conceitual que envolve o direito moderno parece ser a substituição gradativa da autoridade da lei geral pela autoridade das leis especiais, fenômeno esse que denuncia a pressão constante dos motivos ético-políticos e da penetração do elemento publicístico no plano do direito privado, revelando visível e profunda crise da consciência jurídica contemporânea.

As transformações que ora se operam no direito obrigacional, com reflexos no campo do direito interno e do internacional privado, não atingem a estrutura do ato jurídico, que é, essencialmente, ato de vinculação e, por conseguinte, empenhado, especificamente, na liberdade individual, que de abstrata torna-se concreta.

O impressionante desenvolvimento da casuística das obrigações e dos negócios não pode destruir a base da liberdade do querer jurídico, como valor objetivado nas normas e regulamentações. Toda a fenomenologia do direito privado desenvolve-se nesse plano, mas é especialmente nas várias formas do negócio jurídico ou dos contratos inominados que a autonomia pode se afirmar, indefinidamente, resistindo às limitações legislativas.

6 Doutrina e jurisprudência

O credo filosófico e jurídico dos séculos XVIII e XIX, segundo expõe Rieg em bem fundamentado estudo, está expresso no seguinte aforismo: “a vontade é a causa primeira do direito”. O indivíduo é o centro e a razão de ser de todo o edifício social e jurídico, desempenhando o Estado o dever de refletir com a máxima fidelidade as vontades individuais conjugadas, cuja expressão mais autêntica se encontra no direito subjetivo.

A era é da *Willenstheorie*, como acrescenta Rieg, ou da *Willensdogma*, visto que o ato jurídico é a manifestação do poder criador que pertence à vontade privada no domínio jurídico, cabendo à vontade interna conferir todos os matizes e todos os feitos do ato.

A *Willenstheorie* torna-se a teoria clássica da autonomia da vontade, repercutindo na Alemanha e, principalmente, na França, onde foi ardorosamente defendida pela totalidade dos civilistas do século XIX, destacando-se na doutrina germânica por intermédio dos

³⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.

sistemas de Thibaut, Puchta, Savigny, Windscheid e Zittelman, cujas postulações repercutiram fundamente durante largo tempo, informando alguns códigos, ainda presos aos esquemas liberalistas, como o nosso e muitos outros, em que pese à distorção causada pelas leis especiais e pela jurisprudência, submissas ao evoluir histórico e político-social³⁵.

Inúmeros exemplos poderiam demonstrar à saciedade o império da vontade sobre os contratos, em particular, e todos os atos jurídicos, em geral, fazendo da intenção das partes o móvel único da atividade jurídica dos indivíduos, nessa fase do liberalismo extremo, mas que evoluiu com Zittelman e Enneccerus para a acentuação do papel do direito objetivo, absorvendo para si a tarefa de circunscrever a vontade aos efeitos jurídicos decorrentes da declaração em relação à lei, ou seja, o efeito jurídico querido somente se produz na medida em que a lei vincula um efeito jurídico à vontade.

Daí por diante, assinala Rieg, a *Willenstheorie* rompe com a autonomia da vontade, porquanto a força da vontade individual não é mais inicial, originária, mas uma força secundária, outorgada pela lei. A justificação apóia-se, então, na declaração da vontade, nascendo a *Erklärungstheorie*, que admite constituir a vontade a essência do ato jurídico, pois é um fato voluntário, como toda ação humana, bastando, para que o ato possa ser considerado criado, que a declaração tenha sido querida, pouco importando o conteúdo da vontade interna. O que vale é a declaração da vontade (*Erklärungswille*) e não a vontade do efeito (*Wirkungswille*). Esta última é inútil e a primeira indispensável, caso contrário, um louco poderia lavrar um contrato³⁶.

Baseado em Wieacker, que aponta as novas tendências da ciência jurídica contemporânea, Orlando Gomes prognostica o reexame de toda matéria perquirida pelos teóricos da vontade na pandectística, como impositivo a que não poderão escapar os juristas atuais, tendo em vista com toda razão as novas categorias jurídicas que se impõem a todas as relações de fato e de direito, principalmente a teoria da confiança que, na opinião do notável civilista, é superadora da *Erklärungstheorie*, porquanto em lugar de se fundar em causalidades psicológicas, ou numa dogmática, baseia-se na Ética social aplicada, e “o elemento social, representado pela confiança, cobra significação cada vez mais extensa, a ponto de se admitir a responsabilidade de que, por seu comportamento, suscitou em outra pessoa a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações”³⁷.

Jurisprudência recente, todavia, tem reconhecido que em todo pacto e disposição em que as partes possam declarar licitamente, por sua própria iniciativa, a indicação de uma legislação para reger a relação jurídica, não há razão para não prevalecer tal acordo, que deve ser respeitado pelo juiz. Em recentíssima decisão, a Câmara Civil da *Cour de Cassation* francesa reconheceu a possibilidade de as partes escolherem, num contrato internacional, entre a lei do lugar da celebração ou redação da convenção e a lei que rege a matéria de fundo.

³⁵ RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957, t. 4, p. 125 e ss.

³⁶ RIEG, op. cit.

³⁷ GOMES, op. cit.

7 Postulações do novo Código Civil brasileiro

Em Portugal, dois são os postulados que regulam o fundo das obrigações e estão contidos no Código Comercial (art. 4º): “Os atos de comércio serão regulados: 1) quanto à substância e efeito das obrigações, pela lei do lugar onde foram celebrados, salvo convenção em contrário; 2) quanto ao modo do seu cumprimento, pela lei do lugar onde este se realizar”.

Para Veiga Beirão, autor do Código Comercial, “na palavra substância se inclui tudo o que respeita à validade intrínseca da obrigação, e que as partes podem escolher livremente essa lei”, admitindo, assim, como bem interpreta Vasco Taborda Ferreira, que a vontade tinha poder para estabelecer a lei normalmente competente, podendo funcionar como verdadeiro elemento de conexão, “elemento este que interviria com independência relativamente ao lugar da celebração”³⁸.

A jurisprudência brasileira de certo modo acompanha a doutrina, no sentido de dar sempre prevalência à lei da celebração, com a consequência prática de esta lei aplicar-se sempre que a vontade das partes não se revele, clara e concludentemente, em sentido diferente. Reconhece, pois, de acordo com a letra da lei, que a autonomia da vontade sugere o elemento de conexão no campo obrigacional.

A lei reguladora das obrigações, no Código Civil atualmente em vigor, estabelece expressamente que as obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, serão reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista, mas, aduzindo: “Todavia, a designação ou referência das partes só pode recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado”.

Como se vê, a vontade das partes é o instrumento de que se serve o legislador para situar a relação jurídica.

A justificativa do novo Código Civil brasileiro expressa-se em termos de louvável equilíbrio quanto às consequências do intervencionismo na esfera das atividades privadas, acentuando que a tendência social do direito moderno não significa que se devam banir os princípios da liberdade negocial ou da autonomia da vontade. Quer dizer apenas que as leis, no geral, se dão conta das numerosas restrições que hoje limitam a antiga soberania absoluta do proprietário e ainda das inúmeras disposições de caráter imperativo que no comércio privado procuram acautelar as exigências, não apenas da moral ou dos bons costumes como outrora, mas da própria justiça comutativa, da boa-fé, da certeza do direito ou da segurança das relações, contra o simples arbítrio ou capricho das partes, ou contra o maior poder econômico ou social de um dos contraentes.

A sistemática do novo Código Civil brasileiro, obedecendo idêntico critério para as normas de conflito, procura assegurar às partes a possibilidade de conservar, em princípio,

³⁸ FERREIRA, Vasco Taborda. *Sistema de direito internacional privado: segundo a lei e a jurisprudência*. Lisboa: Edições Ática, 1957. p. 107; cf. Isabel Maria de Magalhães Collaço em interessante estudo sobre a matéria (*Da compra e venda no direito internacional privado: aspectos fundamentais*. Lisboa: [s.ed.], 1954).

a liberdade necessária para celebrarem, se quiserem e quando quiserem, os diferentes contratos previstos na lei, para neles incluírem as cláusulas que bem lhes aprouver, ou até para realizarem negócios diferentes dos que a lei prevê como tipos e modelos da atividade privada.

A interpretação dos negócios continua a orientar-se pela vontade dos contraentes e são numerosíssimas as regras de natureza supletiva que encontramos no amplo setor das obrigações em geral e dos contratos em especial³⁹.

Sem desconhecer as significativas disposições de caráter imperativo que restringem a liberdade dos contraentes, nem por isso a orientação do direito hodierno português inclina-se para uma posição intransigente na aplicação do princípio da autonomia da vontade, no que acerta plenamente, porque nenhum direito se legitima se avançar contra certas concepções éticas da consciência humana, até aqui inabaláveis pela sua própria e insuperável natureza.

Os caminhos teóricos pelos quais transita o princípio da autonomia da vontade são tortuosos, cheios de altos e baixos, suscetíveis, com maior ou menor intensidade, às fixações doutrinárias ligadas às vicissitudes do processo histórico, influenciando as legislações e a jurisprudência. Entretanto, em que pese às necessárias limitações à liberdade jurídica individual, sua aceitação é admitida em sentido muito lato, obedecidas as restrições impostas pela ordem pública, porque, como sustenta com brilhantismo Bustamante y Sirven, o Estado não pode ser considerado uma camisa-de-força que prive os cidadãos e os estrangeiros de toda ação e de todo movimento. A liberdade abrange tanto o direito privado como o direito público e a sociedade política, não impondo suas leis às pessoas, a não ser quando o bem comercial reclama tal conduta, ou, como diria Mancini, a ação do poder social deve deter-se diante da liberdade inofensiva e lícita dos particulares⁴⁰.

Bibliografia

- AMSELEK, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Paris: LGDJ, 1964.
- ANDRADE, Adalmo de Araújo. *A autonomia da vontade no direito internacional privado*. Belo Horizonte, 1953.
- BATIFFOL, Henri. Le rôle de la volonté en droit international privé. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955. 2 v.
- CALEB, Marcel, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Paris, 1927.

³⁹ No novo Código Civil, art.110: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

⁴⁰ BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanches de. *Derecho internacional privado*. Havana, 1943. tomo 1; MANCINI, G. F., *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1959-1963. 40 v.

- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.
- DARBON, André. *Philosophie de la volonté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1951.
- DESPAGNET, Frantz. *Précis de droit international privé*. 5. ed. Paris: Larose & Forcel, 1909.
- FERREIRA, Vasco Taborda. *Sistema de direito internacional privado: segundo a lei e a jurisprudência*. Lisboa: Edições Ática, 1957.
- FOULQUIÉ, Paul. *La volonté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1965.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- FRAZÃO, Sérgio Armando. *Da autonomia da vontade: valor do princípio no sistema individualista – Sua decadência no direito moderno*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1939.
- GIL, Otto. *A vontade real nos contratos de adesão*. Rio de Janeiro, 1962.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. Traduit par André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.
- HURTADO, Avelino Leon. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Chile, 1957.
- JITTA, Josephus. *Método de derecho internacional privado*. Madri.
- KOHLER, J. Über den Wille im Privatrecht. *Jahrbuecher für die Dogmatik*. 1889.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valério Abeledo, 1952.
- MESSÍA, José Yanguas de. *Derecho internacional privado: I – parte general*. Madrid: Editorial Reus, 1944.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1955. 2 v.
- NIBOYET, J. P. La théorie de l'autonomie de la volonté. *Recueil des Cours*, Paris, t. 16, 1927.
- NUSSBAUM, Arthur. *Principios de derecho internacional privado*. Buenos Aires, 1947.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, 1963. 3 v.
- PERTICONE, Giacomo. *Filosofia e teoria del diritto: la libertà e la legge*. Roma.
- PFÄNDER, Alexander. *Fenomenología de la voluntad*. Tradução de Manuel García Morente. Madrid: Revista de Occidente, 1931.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro. v. 1.

- . *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- . *O direito e a vida dos direitos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- . *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1964.
- . *Teoria do direito e do Estado*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Martins, 1960.
- RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957, t. 4.
- RODRIGUES, Silvio. *Dos defeitos dos atos jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- ROUBIER, Paul. Le rôle de la volonté dans les créations des droits et des devoirs. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- . *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.
- TERRÉ, François. Volonté et qualification. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- VALLADÃO, Haroldo. Doutrinas modernas e contemporâneas de direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*, v. 346, p. 7.
- . O método do direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*, v. 330, p. 10.
- . Posição do direito internacional privado frente às dicotomias: internacional-interno e público-privado. *Revista dos Tribunais*, v. 315, p. 186.
- . *Conflito das leis no espaço*. Ed. Part., 1957.
- . *Estudos de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1947.
- . *Lei geral de aplicação das normas jurídicas* (anteprojeto). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.