

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**AUTONOMIA PRIVADA: AUTONOMIA NEGOCIAL E
AUTONOMIA EXISTENCIAL
EXTENSÃO E LIMITES NA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL**

Francisco Fontes Hupsel

Coimbra
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**AUTONOMIA PRIVADA: AUTONOMIA NEGOCIAL E
AUTONOMIA EXISTENCIAL
EXTENSÃO E LIMITES NA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL**

Francisco Fontes Hupsel

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Direito

Menção: Direito Civil

Orientador: Filipe Miguel Cruz de
Albuquerque Matos

Coimbra
2013

À vida...
A minhas vidas.

A meus pais: com saudade, sentimento da ressurreição, sempre vivos nesta vida que eles geraram.

A Edite: uma opção de existência em comum, que não se esgota em nós mesmos.

A nossos filhos, Walter, Eliana, Juliana e Ticiane: cientes de suas individualidades, conscientes da alteridade.

A nossos netos, Théó, Tom e Clarice: como raios de sol, não perdem o brilho e o calor nem mesmo no outono de minha vida, nem mesmo quando distantes estão...

A meus Mestres e alunos, que concretizam Cora Coralina: Feliz de quem transmite o que sabe e aprende com o que ensina.

A Coimbra,
Uma etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui foi um longo caminhar. Às vezes, sofrido. Nunca com desesperanças: é um sonho acalentado, adiado e renovado. Faltavam condições objetivas para realizá-lo, porque não me era possível deixar de lado as atividades profissionais. Nos meus tímpanos ecoavam os versos de Geir Campos: *“Não faz mal que amanheça devagar/As flores não têm pressa, nem os frutos:/sabem que a vagareza dos minutos/adoça mais o outono por chegar”*.

O tempo não é nosso adversário.

Um dia, Edite decide: vamos tentar o Mestrado em Coimbra! A ela, estendo as mãos do primeiro agradecimento. Em mim, se aninhava o querer; dela, veio a determinação. Sem esta força, poderia ainda ser um sonho adiado... Nossos quatro filhos foram o incentivo a mais de que necessitava para assumir fechar as portas do passado.

Providências se faziam necessárias. A Sra. Maria João foi incansável em nos atender por telefone e em nos explicar, pacientemente, todo o procedimento que haveríamos de seguir.

Um dia de alegria: a notícia de que tínhamos sido aceitos no Mestrado; eu em Direito Civil; Edite, em Direito Administrativo. Sempre proclamei que a vida não se traça linearmente; ela é composta de etapas. Coimbra haveria de ser mais uma.

Carlos Drummond de Andrade veio à minha mente: *“No meio do caminho tinha uma pedra/Tinha uma pedra no meio do caminho/Tinha uma pedra/No meio do caminho tinha uma pedra/Nunca me esquecerei desse acontecimento na vida de minhas retinas tão fatigadas/Nunca me esquecerei que no meio do caminho/Tinha uma pedra...”*

Para seguir meu caminho era indispensável obter licença da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Transcorria o semestre letivo. Não poderia deixar a lacuna. Meu pedido foi indeferido. Em meio a tristezas e frustrações, eis que meus alunos, das três turmas (Direito das Obrigações, Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil), endereçaram ao Chefe do Departamento de Direito Privado uma declaração, aceitando que fossem antecipadas as aulas de modo a que nenhum impedimento pudesse vir a ser suscitado, com vistas à minha liberação. Foram aulas

à noite e por todo o dia dos sábados. E lá estavam eles, ávidos por aprender, solidários, carregando as pedras que estavam no meio do caminho... Recorri da decisão inicial. Assumi riscos e viajei rumo à realidade do sonho. Só tempos depois, a pretensão foi acatada. E graças a meus alunos: a eles agradeço e não me esquecerei deste acontecimento na vida de minhas retinas tão carregadas.

Aos Profs. Hiram Furtado e Daniel Oitaven, que se prontificaram a aplicar a prova final, obstáculo derradeiro a ser enfrentado, meu reconhecimento. Ao Prof. Celso Castro, Diretor da Faculdade, e aos colegas do Departamento de Direito Privado, meu efusivo agradecimento, pois souberam compreender a especificidade da situação. Aos funcionários Jarbas Linhares e Jomar Ramos Melo, incansáveis no encaminhamento e acompanhamento do pleito, minha gratidão.

Iniciava-se o curso, em Portugal.

Não posso me esquecer do Professor Doutor Vital Moreira a quem conheci na minha Cidade do Salvador. Em Coimbra, recepcionou-nos na intimidade de seu lar, ao lado de sua esposa, de sua nora, Nelma, e de seu filho Sérgio, assim nos proporcionando o aconchego. E em Santo Antonio dos Olivares fomos nos albergar, precisamente, na Quinta de São Jerónimo.

Utilizando-me da expressão de Isabel Allende, formamos a nossa “tribo” de estudantes brasileiros, por iniciativa de Geórgia Rocha. E, assim, uma “*família conimbrese*” surgira, com ela à frente e mais Neiva, Camila, Ana Paula, Evellyn, Gisele, Rodrigo, Luiz Cláudio, Lanuse, também Eduardo e Rogério – obrigado pelo convívio.

Aos colegas portugueses, a todos agradeço pela acolhida, escolhendo Rui Fachada para representá-los, por tantas gentilezas e orientações que ele me dedicou.

Uma especial palavra para os Mestres. À Professora Suzana Tavares da Silva, um saber em constante disponibilidade que a faz merecedora do título, ainda que venha deste seu “civilista rebelde”, meu muito obrigado. Ao Professor Francisco Manuel Pereira Coelho: ter sido seu aluno, reforçou meus conhecimentos e ilustra o meu currículo. Ao Professor Filipe Cassiano dos Santos, que abriu toda a sua experiência em dinâmica dialética, minha palavra de agradecimento.

E, em tom mais elevado, dirigo-me para o Professor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos: ouvir suas aulas é enriquecedor; tê-lo por orientador neste

trabalho é indelével. Por isto, não há tom que expresse verdadeiramente quanto a ele sou grato.

A Maria de Fátima Pimenta que, ao secretariar-me, impediu-me que me perdesse no emaranhado das fontes. Ao estudante de Direito Bruno Marback, na curiosidade dos que transitam firmemente na estrada do saber, pelos nossos debates.

O sonho se realizou. Valeu esperar e adubar o terreno.

É hora de apresentar a dissertação.

É hora de agradecer à Sra. Diana Costa que, sempre gentil e eficientemente, orientou o encaminhamento deste trabalho, sendo o indispensável e efetivo elo entre o orientador e o mestrando.

É hora, também, de agradecer a todos aqueles que me ensinaram na vida. Nas salas de aula; pelas suas obras. A todos, mesmo os que não foram expressamente referidos ao longo do trabalho.

Permito-me, no entanto, me dirigir a meus colegas Roxana Borges, Cristiano Chaves de Farias, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Jovens e talentosos, suas obras são mais do que fonte de consulta – são referências para quem crê no Direito Civil da pessoa e da dignidade, sem preconceitos e sem hipocrisias. Em um Direito Civil que não renegue o passado, mas não lhe traga o mofo. E seja para o futuro uma segurança de um ininterrupto peregrinar para a humanização das relações jurídicas. Obrigado. Inspiraram-me. Animam-me a acreditar. A perseverar.

Se alguém, porventura, me esqueci de citar – saiba que é especialmente a você que apresento meus mais calorosos agradecimentos. Pela compreensão; pela grandeza da humildade.

A Jesus Cristo, de tudo isso uma síntese!

A verdadeira viagem do descobrimento não consiste em buscar novas paisagens, sim em ter novos olhos

Marcel Proust

RESUMO

Este trabalho investiga a autonomia privada tendo por lastro a compreensão de que o Direito da vida provém e para a vida se dirige e que a historicidade e a ideologia são indissociáveis dos sistemas jurídicos. O tema é desenvolvido em atenção a esses componentes e, a partir da vitória da burguesia, em 1789, estuda os fundamentos do Estado Liberal, do Código de Napoleão e do legalismo positivista que gerou. Aborda os paradigmas que vieram com o Estado Social e que conduziram as Constituições Democráticas a se fincarem como ordem objetiva de valores, irradiando-se por todo o sistema, e a instituírem comandos sobre institutos privados. A dignidade da pessoa humana é recepcionada como princípio regente de toda ordem jurídica. A autonomia privada passa a ser confrontada com o passado e estudada na perspectiva do direito civil constitucional, como instrumento para a realização desta dignidade. Mergulhando na apreciação de sua tutela, a nível constitucional, a autonomia é tratada como meio para a concretização da personalidade, em suas variadas manifestações. Assim, o trabalho propõe uma sistematização pela qual a autonomia privada se divide em autonomia negocial e autonomia existencial. Retira a pessoa humana de seu isolacionismo e da concepção de mero sujeito codificado, coloca-a diante do semelhante e acolhe-a como ser concreto, na concretude da vida, repugnando todas as formas de sua dominação, inclusive nas comunidades intermediárias. O processo de repersonalização do Direito Civil é confrontado com a patrimonialidade a ele inerente. Estas particularidades permeiam todo o desenrolar das considerações desenvolvidas, ingressando na assimilação do papel da vontade e o seu poder nas relações privadas. Com base em seus caracteres é feita a leitura do contrato e de seus princípios. Por defender que a autonomia privada também se revela na liberdade da pessoa de realizar suas escolhas existenciais, relata e combate hipocrisias e preconceitos. Buscando coerência com o seu lastro, as reflexões sempre convocam situações da vida para ilustrar os raciocínios desenvolvidos e não desprezam visitas ao direito português e ao direito brasileiro e, por vezes, a outros sistemas jurídicos. A extensão da autonomia e os seus limites são expostos, com arrimo no princípio da dignidade, na medida da pessoa concreta e sua alteridade.

Palavras-chave: Autonomia privada; Historicidade e direito; Ideologia; Direito civil constitucional; Autonomia negocial/Autonomia existencial; Pessoa concreta; Dignidade da pessoa humana; Alteridade; Poder da vontade; Contrato.

ABSTRACT

This thesis investigates the private autonomy with support by the understanding that de law is life and goes to life. It will attempt to demonstrate that the historicity and ideology are inseparable from the legal systems. The theme is developed in consideration of these components and, from the victory of the bourgeoisie, in 1879, studies the foundations of Liberal State, the Napoleonic Code and the positivist legalism that it derived. This thesis discusses the paradigms of Welfare State and leading democratic constitutions to adopt an objective order of values, radiating throughout the legal system and to establish rules pertaining to private law institutes. The dignity of the human being is received as a governing principle of all law. The private autonomy becomes confronted with the past and it is studied from the perspective of civil law constitutional. Dipping in appreciation of its tutelage in the constitutional level, the autonomy is treated as the realization of the personality, in its several manifestations. Therefore, the thesis proposes a systematization in which private autonomy is divided into contractual autonomy and existential autonomy. That is the concept of human being should not be isolated or be treated as schema, but in its concreteness, integrated to the notion of life as a whole in the society, denying any kind of dominance, including in the intermediary communities. This approach will confront inherent values in Civil Law, such as patrimoniality. These particularities permeate the entire course of the foregoing considerations entering the assimilation of the role of the will power and its function in private relationships. Based on its characteres, a analysis of the contract and its principle was developed. For defending the private autonomy is also revealed in the person's freedom to perform their existential choices, the thesis reports and combat hypocrisy and discrimination. Seeking coherence with the support of the thesis, the reflections present real situations to illustrate the reasoning. The thesis also refers to Portuguese law, to Brazilian law and, sometimes, to law of other countries. The extent of autonomy and its limits are analyzed based on the principles of the dignity, in the human being dignity and its otherness.

Keywords: Private autonomy; Law and history; Law and ideology; Civil law constitutional; Contract autonomy/Concrete person; Human dignity; Otherness; Will power; Contract.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo de lei
CCB	Código Civil Brasileiro
CC	Código Civil
CCB/16	Código Civil Brasileiro de 1916
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CCom	Código Comercial
CCP	Código Civil Português
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
CELAM	Conferência Episcopal Latino-Americana
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Federal)
CJF	Conselho de Justiça Federal
CRP	Constituição da República Portuguesa (Constituição de Portugal)
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Inc.	Inciso
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O DIREITO E A AUTONOMIA PRIVADA	13
1 AUTONOMIA PRIVADA. SEUS PANORAMAS: CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES E HISTÓRICAS	19
1.1 O ESTADO LIBERAL: O INDIVÍDUO, A LIBERDADE E A IGUALDADE	19
1.2 DA CODIFICAÇÃO: O <i>CODE NAPOLÉON</i> E O LEGALISMO	20
1.3 A DERROCADA DO LIBERALISMO	23
1.4 ESTADO SOCIAL. NOVO MODELO; NOVOS PARADIGMAS	25
1.5 PRINCÍPIOS: SUA COMPREENSÃO E SUA IRRADIAÇÃO	26
1.6 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS	28
1.7 DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO: UMA DICOTOMIA	31
1.8 DA “PRIVATIZAÇÃO” DO DIREITO PÚBLICO	32
1.9 DO “DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL”	34
1.10 DO DIREITO CIVIL AO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A PESSOA ABSTRATA E OS NOVOS VALORES	35
2 A PESSOA HUMANA E A SUA DIGNIDADE: A PESSOA CONCRETA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	40
2.1 E O QUE É A PESSOA HUMANA?	40
2.2 E O QUE É A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?	40
2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VALOR E PRINCÍPIO NORMATIVO	41
2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E O DIREITO CIVIL; A PESSOA E A ALTERIDADE	43
2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	45
3 DIREITO CIVIL: PESSOA E PATRIMÔNIO. DESPATRIMONIALIZAÇÃO E (RE)PERSONALIZAÇÃO	48
3.1 A PATRIMONIALIDADE DO DIREITO CIVIL: ONTEM E HOJE	48
3.2 O TER E O SER. O TER EM FUNÇÃO DO SER	51
4 AUTONOMIA PRIVADA: SEUS CARACTERES E SUA ABRANGÊNCIA	54
4.1 DESBASTANDO EQUÍVOCOS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	54
4.2 AUTONOMIA PRIVADA: AUTODETERMINAÇÃO E PODER	58

4.3	AUTONOMIA PRIVADA E AS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS	59
4.4	RELAÇÕES PATRIMONIAIS E NÃO-PATRIMONIAIS: POR UMA NOVA SISTEMATIZAÇÃO	61
4.5	A VONTADE: A REALIZAÇÃO DO PODER	62
4.5.1	Do dogma ao preconceito: enfrentando barreiras	62
4.5.2	A vontade no Direito Civil: sua força	65
5	A AUTONOMIA PRIVADA E A SUA TUTELA CONSTITUCIONAL ..	68
5.1	A AUTONOMIA E A DIGNIDADE DA PESSOA: A TUTELA CONSTITUCIONAL	68
5.2	AUTONOMIA PRIVADA, DIGNIDADE DA PESSOA E LIBERDADE .	69
5.3	AUTONOMIA PRIVADA, LIBERDADE E LIVRE INICIATIVA	73
5.4	A AUTONOMIA PRIVADA E A IGUALDADE	75
5.5	IGUALDADE, LIBERDADE, DIVERSIDADE E ALTERIDADE	79
6	AUTONOMIA NEGOCIAL: O NEGÓCIO JURÍDICO	89
6.1.	DO FATO, DO ATO E DO NEGÓCIO: DISTINÇÕES INDISPENSÁVEIS	89
6.2	NEGÓCIO JURÍDICO, A VONTADE E AS PARTES	92
6.3	DA VONTADE E SUA DECLARAÇÃO	93
6.4	DA VONTADE, DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO ORDENAMENTO	97
6.5	VONTADE, NEGÓCIO JURÍDICO E A FONTE DO DIREITO	97
6.6	A VONTADE, O NEGÓCIO JURÍDICO E O ORDENAMENTO	100
7	O CONTRATO: DO PRETÉRITO PARA O PRESENTE	104
7.1	O CONTRATO: O QUE É?	104
7.2	O CONTRATO E SUA HISTORICIDADE	110
7.3	O ESTADO SOCIAL, O CONTRATO, O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E O CAPITALISMO	112
7.4	O CONTRATO E O DIREITO BRASILEIRO	117
7.5	DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE CHEGARAM	120
7.5.1	Do Princípio da Boa-Fé	120
7.5.2	Do Princípio da Função Social	126
7.6	OS PRINCÍPIOS QUE VIERAM: POR UMA ATUAL COMPREENSÃO	129
8	DA AUTONOMIA PRIVADA: A AUTONOMIAEXISTENCIAL	137
8.1	AUTONOMIA EXISTENCIAL E SEU SIGNIFICADO NA SISTEMATIZAÇÃO PROPOSTA	137
8.2	AUTONOMIA EXISTENCIAL E SUA TUTELA	138

8.3	A AUTONOMIA EXISTENCIAL FACE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	139
8.4	DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E SUAS MANIFESTAÇÕES	140
9	AUTONOMIA PRIVADA E SEUS LIMITES	143
9.1	QUE SÃO E ONDE ESTÃO OS LIMITES?	143
9.2	DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA	146
9.3	A ORDEM PÚBLICA	152
9.4	OS BONS COSTUMES	154
10	EPÍLOGO: AUTONOMIA PRIVADA HOJE E AMANHÃ	156
10.1	AUTONOMIA PRIVADA E OS CONTRATOS: CRISE?	156
10.2	AUTONOMIA PRIVADA: UM OLHAR PARA O FUTURO	158
	CONCLUSÕES	162
	REFERÊNCIAS	168

INTRODUÇÃO

O DIREITO E A AUTONOMIA PRIVADA

Realizando pesquisa na Universidade de Coimbra, defrontamo-nos com a constatação de que o tema da autonomia privada tem suscitado reduzido interesse nas obras jurídicas de Portugal e do Brasil, diversamente do que se tem verificado em outros sistemas¹. Assumimos este diagnóstico como um desafio para investigá-la, dando um contributo para o preenchimento da lacuna, até porque a concebemos como inerente à nossa própria condição humana, o que a faz merecedora de estudos. A tarefa a que nos propusemos é tanto mais atual e necessária face às transformações que ocorreram na passagem do Estado Liberal para o Estado Social que trouxeram, no seu rastro, o surgimento do direito civil constitucional e a repersonalização do Direito. Alavancou-se, assim, nosso interesse em desvendá-la diante deste novo momento, pondo-a a salvo de preconceitos.

Por essas razões, a ele nos dedicamos, com as luzes primordialmente endereçadas ao direito português e ao direito brasileiro, o que não nos impede de, por vezes, referirmo-nos a dispositivos legais de outros sistemas jurídicos.

As análises que empreendemos têm por fundamento a nossa compreensão do Direito, razão pela qual não nos limitamos aos aspectos teóricos e a citações de legislação aplicável. Fomos até a vida para lá arrancar fatos concretos, priorizando situações de conhecimento público, dando, assim, vida à nossa dissertação.

Isto porque, para nós, cuidar do Direito é tratar da vida. Partindo da reflexão de Santo Agostinho para quem “se não me pedem para definir o tempo, sei o que é; se me pedem, já não sei”, podemos extrair quão difícil nos é conceituar o que tanto nos diz respeito ou o que nos é facilmente perceptível – pelos sentidos, pelo sentimento ou pelo conhecimento. Até hoje não se sabe, sem contestações, *o que é o*

¹ AMARAL NETO, Francisco S. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Separata de: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Coreia, Coimbra, 1988, p. 5. Edição especial.

Direito, apesar de ser presente em nosso cotidiano. Sem pretensão alguma de adentrarmos nestes meandros, forçoso ressaltar que ou o Direito *é a regulação da vida* e, por conseguinte, das relações que nela se processam, *ou aí está a sua função*.

Por uma via, ou pela outra, sobra clareza de que o Direito sem a vida, nada é; vida sem seus atores, vida não há. Imbricam-se, portanto, o Direito, a vida e a pessoa humana. Como ela não vive isolada, seja porque única não é, seja pelo próprio gregarismo, a vida e estas pessoas se põem em relações, daí sendo legítimo sumariar-se que o Direito regula as relações que se processam no âmbito da vida. Ora, se se afirma sem contraditas que o Direito regula a vida, se se proclama que a sua *ratio* é a pessoa e suas relações, só cabe entender que o Direito se assenta na vida. *Lá sua verdadeira fonte, seu berço, sua gênese. Lá, porém e igualmente, a sua direção*. Em uma ininterrupta dinâmica dialética, da vida provém, para a vida se dirige. É um ir e vir sem repouso de um *iter* que jamais se chegará a uma síntese-final, salvo se, em algum momento, a vida se exaurir e a pessoa for definitivamente exterminada.

Para saber-se como o Direito e a vida se integram, ou se fundem, ou se interpenetram, um caminho se há de trilhar. Ele vem, precisamente, da noção de valor, pois o *valor* brota da realidade. Em uma só frase: o que dela se qualifica, alçando conteúdo jurídico, é um valor jurídico. Daí sempre vem à tona a lição que todo Direito é, em verdade, um complexo sistema de valores². Situando-se o valor no plano da essência, conseqüentemente, de logo só se pode ter, como valores jurídicos inafastáveis, a pessoa humana e a vida, já que são a própria essência do Direito. Sem ela (a pessoa humana), o Direito sequer pode ser pensado (já que o pensamento é da pessoa humana). Sem ela (a vida), sequer há a pessoa humana (por não ter onde se manifestar). Se o Direito nasce da vida para a pessoa humana, nada que se contraponha à vida e à pessoa humana pode, em tese, dele receber o beneplácito.

Desde suas origens, o Direito nasce como síntese e equilíbrio entre valores impostos e valores escolhidos livremente³. Estes valores são como fochos luminosos que penetram na realidade social e se refogem no sistema normativo⁴.

² DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione del Diritto*. Roma: Studium Urbis, 1945, p. 11.

³ PERLINGHIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008, p. 326.

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 555.

Assentadas tais premissas, cumpre anotar que a *pessoa humana enquanto tal* tem por atributo a *liberdade*. Somos livres para propor nosso agir; viver é um constante optar. Cada qual é uma liberdade, o que nos leva a admitir que a própria liberdade exige sua limitação já que não de coexistir *as liberdades*, as pessoas humanas em suas relações, enfim. Uma frente às outras. Na sua alteridade, pois.

Aceitando-se que tratar do Direito é tratar da vida, cabe reconhecer que tratar da vida e das pessoas humanas é tratar de sua liberdade e de suas relações ou, nas palavras de Mota Pinto⁵, do autogoverno de suas esferas jurídicas – o que se pode denominar “autonomia privada”.

Noutra direção, ressaltando que não se há de confundir *o Direito* enquanto ciência com *os sistemas normativos*, cumpre recolher que o direito, enquanto positivado, é histórico e contextualizado⁶. A historicidade lhe marca a fisionomia. Compreendê-lo, de um lado, e interpretá-lo, por outro, impõe-se tê-lo no momento em que produzido e adequá-lo ao instante de sua aplicação, até porque os sistemas jurídicos são compostos de proposições que se referem às situações da vida⁷.

Atrelado à sua historicidade, nos sistemas jurídicos instala-se a ideologia⁸. Daí decorrente, não há e nem pode haver neutralidade nos sistemas jurídicos porque, do contrário, seria negá-lo como sistema de valores e como produto da cultura.

Neste mesmo caminho também segue a *autonomia privada*, tanto que ela pode ser determinada diante de específico ordenamento jurídico e da experiência histórica.⁹

⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 102.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2012, p. 206.

⁷ COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁸ A expressão tem diversos significados dentre os quais a que lhe dedica o senso comum, como sinônimo de ideário e a concepção que lhe atribuíra Karl Marx, entendendo que ela age para mascarar a realidade, servindo de instrumento de dominação, ainda que por meio do convencimento. Evitando dúvidas, quando do senso comum não se tratar, ocupar-nos-emos do necessário registro.

⁹ PERLINGHIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução do Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

Em resumo, olhando para a vida, para os valores unidos pelos sistemas jurídicos, com a atenção à historicidade e à ideologia que os tempera, iniciaremos o percurso para desvendar a autonomia privada, tendo por ponto de partida a vitória da burguesia em 1789 e o conseqüente surgimento do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até atingirmos o tempo presente, onde entra em cena a dignidade da pessoa humana como valor-guia de todo ordenamento.

Este trabalho se desenvolve em dez capítulos.

O capítulo inaugural se dedica a uma visita ao Estado Liberal e ao *Code Napoléon* em seus delineamentos, pondo ênfase na pretensão de sua completude e aos seus pilares, desaguando no positivismo legalista e na escola exegética. Em seguida, é abordada a derrocada do liberalismo e o surgimento do Estado Social com iniciação do novo modelo e seus paradigmas, centrando-se o estudo nos princípios que os moldam e sua irradiação chegando-se aos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas. Com isto, é suscitada a questão da dicotomia, com referência à chamada privatização do Direito Público e ao surgimento do direito civil-constitucional. Neste passo, destacando os novos valores, põe-se relevo no abandono do sujeito codificado para dar entrada ao sujeito concreto, oportunidade em que é demonstrada a infiltração no Direito de família de situações indignas e repulsivas tudo por decorrência de um negociismo patrimonial.

No Capítulo 2, a pessoa humana já está com as vestes da concretude e de sua dignidade. Respondendo-se ao que é a pessoa, o trabalho foca a dignidade da pessoa como valor e o princípio normativo constitucional, trazendo-o ao âmbito do Direito Civil e aí já encontrando a medida da alteridade e enlaçando-se-lhe com os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

O Capítulo 3, de início, se atém à patrimonialidade do Direito Civil ontem e hoje, conduzindo ao fenômeno de sua repersonalização.

No Capítulo 4, deixamos o aspecto estrutural e a autonomia privada toma toda a cena, de logo desbastando equívocos conceituais para, em passo adiante, ser enfrentada a sua conceituação, que nos permite distinguí-la da autonomia da vontade, da liberdade negocial e da liberdade contratual. Encarando mais esta vez a repersonalização do Direito Civil, propomos uma nova sistematização da autonomia privada e buscamos demonstrar a força da vontade em seu âmbito.

Seguimos para o Capítulo 5, que está ocupado pela tutela constitucional da autonomia privada, e aí sublinhamos seus elos com o princípio da dignidade e a liberdade que também se projetam na livre iniciativa. Com resgate histórico de situações emblemáticas, a igualdade formal e a discriminação são alvos de atenção para lastrear a integração que proclamamos entre igualdade substancial, a diversidade e a alteridade. Mais uma vez indo até a vida, dedicamo-nos ao exame da autonomia privada em comunidades intermediárias, repugnando o rótulo da autonomia que consagra a dominação e sufoca a pessoa concreta.

Em seguida, o Capítulo 7 é onde está a “autonomia negocial”. Começamos por distinguir fato, ato e negócio, espelhando a presença inapagável da vontade e trazemos à baila o debate sobre se o que há de prevalecer é a intenção ou a vontade declarada. Em desdobramento, a partir da noção de ordenamento jurídico, discorremos sobre se o negócio o integra e se é fonte do direito.

O Capítulo 7 é reservado ao estudo do contrato enquanto tal, oportunidade em que estão problematizadas situações, a exemplo do chamado contrato de sociedade, do casamento e do contrato consigo mesmo. Após enfoque da historicidade do contrato, ele é trazido para o Estado Social e para o avanço do capitalismo, com as repercussões daí resultantes, quando avulta o contrato por adesão que recebe uma específica avaliação. Pelas suas peculiaridades também históricas, o contrato no direito brasileiro é aí dissecado. Ao depois, dos princípios contratuais nos ocupamos, dando-lhes uma interpretação que queremos coerente com as posições por nós assumidas ao longo das reflexões.

O Capítulo 8 tem por enfoque a autonomia existencial, sua tutela, sua presença diante dos direitos da personalidade e suas diversas manifestações.

O Capítulo 9 se dedica aos limites da autonomia privada, sendo pertinente frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi destacado também sob um ângulo prático porque trazidas à colação casos internacionalmente difundidos. De especial, enveredamos no sentido de deslindar a mercantilização da pessoa, a tentar fotografar a hipocrisia que reina no trato da autonomia e retratar resquícios injustificáveis de patrimonialismo. A ordem pública e os bons costumes são objeto de análise como manifestações dos limites da autonomia privada.

O Capítulo 10 recebe a denominação de “Epílogo” e nele trazemos a discussão sobre o declínio e a morte do contrato e, olhando para o amanhã, indicamos os riscos que já apontávamos em um outro trabalho que apresentamos, com a intromissão cada vez mais crescente na nossa privacidade, tendendo a nos deixar cada vez mais vulneráveis diante de poderes privados.

Assim, e ao final, listamos as conclusões que atingimos ao longo deste trabalho.

1 AUTONOMIA PRIVADA. SEUS PANORAMAS: CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES E HISTÓRICAS

1.1 O ESTADO LIBERAL: O INDIVÍDUO, A LIBERDADE E A IGUALDADE

Os Estados, na Antiguidade e na Idade Média, já possuíam uma constituição enquanto estatuto de ordenação dos poderes estatais, porém, o *constitucionalismo*, entendido como movimento objetivando impedir o poder arbitrário, apesar de haver quem encontre suas raízes na Inglaterra¹⁰ ou nos Estados Unidos¹¹, em sua textura clássica, aponta-se-lhe como marco a revolução francesa de 1789. Sustentada nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, a vitória da burguesia sobre o absolutismo deu origem ao *Estado Liberal*, que veio a se assentar no *absenteísmo estatal*, na valorização da *propriedade privada*, no *individualismo* e na *proteção ao indivíduo*.

Para dar-lhes força e forma, advém esta sua nova feição, concretizada na Constituição de França, de 1791, que traçou a forma de organização do poder político, definindo os limites à atividade do Estado, ao mesmo tempo em que garantia um conjunto de direitos dos cidadãos frente àquele, constituindo-se, *ipso facto*, o estatuto da defesa de sua esfera da liberdade perante o Estado.¹²

Pode-se afirmar que aí se cumpria a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamação-resumo de um ideário, que enunciava nascerem os homens “livres e iguais em direitos”, consistindo a liberdade “em poder fazer tudo que não prejudique o próximo” e cujos “limites apenas podem ser determinados pela lei” e, mesmo assim, desde que se tratem de “ações nocivas à sociedade”, sendo a propriedade um “direito inalienável”, dela ninguém podendo ser privado, salvo quando a necessidade pública “legalmente comprovada” o exigir¹³.

¹⁰ ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹¹ SILVA, Suzana T. da. *Direitos Fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 10.

¹² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 32.

¹³ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 26 ago. 1789, nomeadamente seus arts. 1º, 4º, 5º e 17º.

Os espaços ficaram nitidamente demarcados: em um, o Estado institucionalizado e limitado; noutro, o extenso campo das relações privadas onde os homens, *livres e iguais*, detinham o poder de autorregulamentação de seus interesses. Nessa configuração, ao Estado não era dado intrometer-se na vida de cada um, pois aos indivíduos cabia a busca da felicidade; mas o Estado tinha de existir e ser instrumentalizado, precisamente, para desempenhar as suas funções nas quais tinha relevo assegurar a igualdade e a liberdade dos cidadãos.¹⁴ Um Estado edificado, pois, sobre os pilares da generalidade da lei, da igualdade de todos perante ela e da autonomia dos privados. A propriedade se tornava conteúdo de um direito fundamental; a segurança, pressuposto da liberdade.

Foi possível, assim, ao povo francês dizer que se cumprira o art. 16º da *Declaração* na qual veio expresso que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”. Isto ele obteve e nestes precisos termos.

1.2 DA CODIFICAÇÃO: O *CODE NAPOLÉON* E O LEGALISMO

O ciclo ainda não se esgotara. Acreditando que era preciso *um governo de leis e não de homens*, consolidada a ascensão da burguesia por volta de 1800, ela utilizou o poder político em seu proveito.¹⁵ E assim o fez ao suposto de que, através de uma lei, na qual suas diferentes regras se entrelaçam e se completam, pudesse por a salvo as conquistas liberais: com os olhos fixos na separação dos poderes, desde que aquelas mesmas conquistas estivessem na lei, asseguradas elas estariam. Ademais, como assevera Ost¹⁶, a paixão pelas leis só chegaria ao sublime se elas pudessem se ordenar sob a forma de Código. Criava-se o “fetichismo da lei”, na feliz expressão de Bobbio.¹⁷

¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 53.

¹⁵ GROSSI, Paolo. *Discurso por ocasião da investidura no título de doutor honoris causa, conferido pela Universidade Autônoma de Barcelona, no dia 17 de janeiro de 1991*. Barcelona: Belaterra, 1991.

¹⁶ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 271.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: UNB, 1982, p. 120.

Surge, assim, na França, o *Code Napoléon*¹⁸ consagrando os anseios que se apoiavam na família, na propriedade e no contrato. Vestiu-se como a “verdadeira Constituição” da nação – sua constituição material, o receptáculo dos valores nos quais ela se reconhecia duradouramente.¹⁹

A ideologia individualista nele foi absorvida, assumindo relevo a igualdade de todos perante a lei e a plena liberdade de o sujeito atuar, consoante o seu querer, celebrando suas relações, notadamente os contratos, designadamente veículo para a circulação de riquezas .

Assim como no “outro território” imperava a lei, no amplo âmbito que ficara reservado a indivíduos *livres e iguais*, o Código napoleônico lhes concedia o poder de erigir “leis” para vigorar nas suas relações, através da manifestação da vontade, que se tinha como “livre”. A força que lhe foi emprestada tem sido denominada – não poucas vezes, pejorativamente – “dogma da vontade”. O fetichismo da lei se projeta, assim, nas relações privadas onde o contrato faz lei entre as partes, na dicção do *Code*, em seu art. 1.134²⁰. Vale reter-se que a não intervenção do Estado nas relações privadas, entregues à vontade dos indivíduos, dá consistência ao *princípio da liberdade de contratar*, nas suas variadas manifestações: no contratar ou não contratar; na escolha de com quem contratar e do tipo contratual; e na estipulação do conteúdo do contrato. Por ser lei interpartes, só a elas vinculariam, com o que o *princípio da relatividade dos efeitos* nele se amoldou. Verificando-se que em todo sistema estava impregnada a noção da *segurança*, aqui ela se irradia no *pacta sunt servanda*, enunciado que dava suporte à imutabilidade das avenças. O *princípio da força obrigatória dos contratos* se revela, pois, como a garantia de seu cumprimento que, de resto, é a concreção da vontade, a eficácia da lei entre as partes, a obtenção do resultado.

E como tudo fluía da igualdade entre os contratantes e de uma liberdade que lhes estava assegurada, criou-se o ambiente propício para que viesse a ter foros de aceitação o “*qui dit contractuel dit juste*”. Não haveria porque se supor injustiças

¹⁸ Registre-se, por oportuno, que, antes dele, porém sem igual importância, surgiram o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Baviera, 1776), o *Allgemeines Landrecht* (Prússia, 1792) e o *Código Galiciano Ocidental* (1797).

¹⁹ OST, *O tempo do direito...*, cit., p. 272.

²⁰ Código Civil Francês, art. 1.134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, où pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

na relação contratual se ela nasceu de uma livre manifestação da vontade de seres iguais e igualmente postos na relação do Direito.

Não obstante, predominou a “lógica proprietária”, outorgando ao titular do bem poder absoluto sobre ele, como, aliás, prescreve o art. 544, do *Code*²¹. Imprescindível atentar-se, todavia, que era preciso afastar as estruturas e os mecanismos feudais e não permitir que seus ranços permanecessem, sem o que não se fazia surgir um novo modelo econômico nem se possibilitaria a ascensão da classe burguesa, apenas possível entregando-se ao particular a plenitude de poderes de uso e gozo dos bens e a sua livre circulação através do exercício de uma autonomia – que se expressava no contrato. Para *ter* é necessário *adquirir*. Para *adquirir* é imprescindível *contratar*. Para *contratar* é preciso *liberdade*. Assim, “liberdade de contratar” e “liberdade de propriedade” seriam interdependentes, como “irmãs siamesas”.²² Em precisos termos, Felipe Albuquerque Matos constata que “a protecção da pessoa humana devia ser perspectivada em termos semelhantes aos da defesa assegurada à propriedade”, pois o objetivo “centrava-se na protecção da propriedade e da liberdade, acautelando-se, desse modo, os privilégios da classe econômica em ascensão: a burguesia dominante”. Daí, coerentemente, conclui que “a defesa da propriedade era tida como condição indispensável para garantir a tutela da liberdade humana”²³.

O Código foi enaltecido como o diploma definitivo das relações jurídicas privadas cuja proposta de perenidade bem foi sintetizada no arroubo de Napoleão ao bradar: “minha glória não é ter vencido 40 batalhas; o que nada ofuscará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil”²⁴. Ademais, erigiu-se o mito de sua completude. Tudo nele se continha; tudo nele se esgotava. Abriu-se o caminho para o *legalismo* ou *positivismo legal*, que conferia à lei, notadamente esta lei compendiada e sistematizada em códigos, o monopólio da manifestação do Direito. Não somente. Em seu rastro, pontifica a *Escola Exegética*, que teve por lastro a

²¹ Código Civil Francês, Art. 544: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas par un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

²² LOBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1995.

²³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 193.

²⁴ HIRONAKA, Giselda. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, jul./set.1988, p. 141.

compreensão pela qual bastava interpretar-se a regra pela sua literalidade, pondo em prática o preceito segundo o qual “quando uma lei é clara, não se deve esquivar-se de sua letra a pretexto de lhe respeitar o espírito”. Davam-se apenas novas tintas ao brocardo latino *in claris cessat interpretatio*. Numa síntese, o que está na lei, é tudo; é o Direito. Demolombe assume sua profissão de fé nos textos, acima de tudo: “*Ma divise, ma profession de foi, est aussi: les textes avant tout*”²⁵.

Digno de registro é o fato de se ter operado na França uma reforma no ensino que alcançou o estudo jurídico, que passou a ser comprimido ao mero estudo das leis, o que bem explica a célebre frase de Bugnet: “eu não conheço o direito civil; só ensino o Código de Napoleão”.²⁶ Este culto do texto da lei e a redução do conhecimento jurídico à pura exegese dos códigos teve a mão do poder político, portanto. A tal propósito, cita-se mais uma passagem ocorrida com Napoleão que, ao saber que o primeiro “comentário” do seu Código estava em vias de conclusão, exclamara: “*Mon Còde est perdu*”²⁷.

Completava-se o quadro, consolidando-se os *espaços* aqui já precedentemente referidos: a Constituição como o estatuto jurídico do político; o Código como o estatuto jurídico das relações privadas. Admitiu-se que a segurança jurídica que se propugnava como alicerce do liberalismo se alcançara porque, estando o direito escrito nos textos, os códigos nada deixavam ao arbítrio do intérprete, eliminando-se, assim, todas as incertezas.²⁸

1.3 A DERROCADA DO LIBERALISMO

Como assaz divulgado, a liberdade e a igualdade, ideais que animaram os revolucionários de 1789, não transpuseram o formalismo. Onde deveriam atuar, encolheram-se diante de uma supremacia real, efetiva, verdadeira de um dos polos das relações privadas. Deu-se o efeito contrário. O indivíduo supostamente protegido foi o indivíduo desguarnecido diante do absentéismo estatal. Na sua evolução, pode-se dizer que o liberalismo vivenciou duas etapas: a da conquista da liberdade e a da

²⁵ Apud MACHADO NETO, Antônio Luís. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1, p. 133.

²⁶ Apud MACHADO NETO, *Introdução à Ciência do Direito...*, cit., p. 134.

²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 65-66.

²⁸ GROSSI, *Discurso...*, cit.

exploração da liberdade.²⁹ De suas entranhas, só veio o agravamento das injustiças sociais³⁰. O modelo de 1789 se esgarçou; diluíram-se os dogmas da neutralidade e da completude que ornavam o *Code Napoléon* e que se projetaram pelo mundo.

Em “*Esta Época da Fábula*”, Stolper reconheceu que o mundo, que parecia construído para a eternidade, a 1º de agosto de 1914, voou aos pedaços³¹. A Europa sangrava com a Primeira Grande Guerra e, em 1917, Lênin, triunfante, desfraldava, na Rússia, a bandeira dos bolcheviques. O que já se desenhava não passou despercebido, nem mesmo por quem carregava consigo uma formação liberal.

No Brasil, o primeiro Código Civil, essencialmente liberal, entrou em vigor em 1917 e já em 1919 – apenas dois anos depois, portanto –, Ruy Barbosa detectara a transformação das noções jurídicas do individualismo, restringidas por uma extensão cada vez maior dos direitos sociais. A seu juízo, a sociedade estava a deixar de ser uma justaposição de unidades individuais para se constituir em unidade orgânica na qual a esfera do indivíduo tem a coletividade por limites, em todos os lados. Reconheceu, ademais, que as constituições ainda tinham por normas as declarações de direito consagradas no século dezoito e, como as suas fórmulas já não correspondiam à consciência jurídica do universo, “a inflexibilidade individualista dessas cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder quando lhes passa já pelo quadrante o sol do terceiro século, ao sopro da socialização que agita o mundo”³².

E efetivamente começaram a ceder.

²⁹ FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional: aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II: A autonomia privada na legalidade constitucional, p. 93.

³⁰ A este respeito, sublinha Vieira de Andrade que “a liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar a própria segurança burguesa” (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*, cit., p. 57).

³¹ Apud MANGABEIRA, João. Conferência proferida em maio de 1952, na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro. In: BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. 2. ed. São Paulo: Aguillar, 1966, p. 24.

³² BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. 2. ed. São Paulo: Aguillar, 1966, p. 25.

1.4 ESTADO SOCIAL: NOVO MODELO, NOVOS PARADIGMAS

Com a Constituição belga de 1832 se iniciara a “juridicização” das Constituições, despindo-as do aspecto puramente político para incorporar declarações de direitos. No entanto, foram as Constituições do México, de 1917, e da República de Weimar, em 1919, as primeiras, no Ocidente, em que se deu relevo geral aos direitos sociais, designadamente, dentre outros, direitos trabalhistas, à habitação, à saúde, à segurança social, à proteção dos jovens e idosos, ao ensino, à cultura, etc. Vem à tona uma nova dialética de reivindicação e de prestação, a superar do isolamento, o homem liberal, através de um quadro jurídico-constitucional voltado para uma ordem que se pretende mais solidária e justa, com distribuição mais equilibrada da “riqueza social”.³³

Formata-se o Estado Social ou Estado do Bem-Estar (*Welfare State*) que, ao longo do tempo, recebeu diversas influências doutrinárias – ou ideológicas – sendo de toda pertinência destacar a da Igreja Católica, com as figuras dos papas Leão XIII, Pio XI e João XXIII, que a desenclausuraram, fazendo-a partícipe de um engajamento social, derramando sua visão, respectivamente, nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931) e *Pacem in Terris* (1963), passando pela *Mater et Magister* (1961), esta também da lavra de João XXIII.³⁴

Também é certo que as chagas das Grandes Guerras precisavam aviar essa mesma receita para cicatrizá-las, até onde possível. Nos meados do século XX, os intitulados “direitos humanos” ressurgem na ordem do dia e tanto ficam efervescentes que veio à tona o projeto de uma tutela internacional cujo propósito se manifestara na Carta das Nações Unidas, de 1945, posteriormente materializado na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10 de dezembro de 1948³⁵.

³³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*, cit., p. 59.

³⁴ Se o foco se voltar para a América Latina, sempre atormentada pelos desequilíbrios socioeconômicos e por cíclicas ditaduras, é forçoso mencionar a IIIª Conferência Episcopal Latino-Americana (CELAM), em 1979, da qual resultou a Declaração de Puebla, onde, explicitamente, fez a “opção preferencial pelos pobres”, assim considerados os que vivem em situação de carência persistente, desprovidos de uma vida digna.

³⁵ SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global...*, cit., p. 19.

Na precisa constatação de Antunes Varela, o Estado Social assume tanto a função de promotor do bem comum quanto de garantidor da justiça.³⁶ Deixou a posição da inércia – do *não fazer* –, refletida no não intervir na liberdade individual nem adentrar no âmbito da autonomia privada, nas feições do *laissez-faire* e do *laissez-passer*, para a posição do *fazer, do agir para realizar direitos*.

Neste diapasão, as Constituições, nos Estados de Direito Democrático, deixaram de ser apenas aquele estatuto da organização política da sociedade³⁷, ou a “ordem jurídico-fundamental do Estado”, para ser, a um só tempo, a “ordem jurídico-fundamental da comunidade”³⁸. Abandonaram, por inteiro, o ultrapassado modelo pelo qual se restringiam a dizer o Estado, organizando-o politicamente, ou a declarar intenções. Fincaram-se como ordem objetiva de valores, através de princípios e regras, normativamente postos, contrabalançando a necessidade de comandos imperativos com a adoção de valores que dão um rumo a se seguir e respostas aos conflitos de uma sociedade plural.

1.5 PRINCÍPIOS: SUA COMPREENSÃO E SUA IRRADIAÇÃO

Os ventos do Estado Social, que oxigenaram as Constituições democráticas, conduziram a um sistema aberto de princípios, dando-lhes uma nova conotação. De uma feição meramente ética, alçam-se ao patamar da eficácia jurídica e passam a ser a síntese dos valores de determinado ordenamento jurídico.³⁹ Como tudo o que é objetivamente importante ou subjetivamente desejado é ou tem um valor, os princípios, ao serem albergados nas Constituições, passam a ter força irradiante em todo o ordenamento porque consagram o que este dado ordenamento persegue.

³⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do direito civil. In: AVILA, Humberto (Org.). *Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 499-531.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

³⁸ HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 16.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 122.

Apesar de seu grau de abstração e sem perderem sua essência axiológica integram o gênero *norma jurídica* – tal como as regras. Seguindo os passos de Dworkin⁴⁰, os princípios e as regras se distinguem porque as normas-princípios não contêm um âmbito específico pré-definido de atuação, o que lhes retira a possibilidade da subsunção, ao passo que as normas-regras têm um suporte fático definido que, em ocorrendo, *ipso facto*, incidirá, produzindo os efeitos nela previstos. É o *all or nothing*: o “tudo ou nada”. Na percepção de Alexy⁴¹, as normas-princípios são *mandados de otimização* ao passo que as normas-regras são *mandados de definição*. Havendo conflito de princípios, recorre-se à ponderação; para os conflitos de normas-regras, aplicam-se os critérios de aferição de validade: o hierárquico, o temporal e o da especialidade.

É certo, porém, que não se deve ter um sistema exclusivo de regras porque, se assim se fizer, teremos um regresso ao legalismo, limitando a racionalidade prática, ao passo que um modelo apenas de princípios não fornece a segurança jurídica.⁴²

Neste mesmo caminho, as Constituições avocaram direitos tidos como de natureza privada a instituir comandos incidentes sobre institutos também tipicamente privados (como, para exemplificar, a propriedade e a família) e, sobretudo, colocaram-se no ápice do ordenamento não só como fonte de validade das diversas normas, mas, igualmente passam a ter supremacia no âmbito material.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1997 (apud BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 et seq.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.162. Nas palavras do festejado Professor de Coimbra: “Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. [...] Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis; [...] só poderiam nos conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”.

1.6 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

Nesse rastro, assumem proeminência as normas de *direitos fundamentais* cujo *habitat* outro não poderia ser senão a Constituição. Explicitar em que consistem implica em transitar pelos aspectos formal e material. Ancorando-nos na forma, serão como tal considerados aqueles assim nominados pelo direito vigente. Este critério, porém, não satisfaz, porque submetido a uma expressão linguística. Daí, em outra face, seriam disposições da ordem objetiva da coletividade, apresentando-se como *direitos, garantias e liberdades*. Sem pretendermos ingressar no debate conceitual, fica assentado que são direitos fundamentais aqueles assim expressamente qualificados na norma constitucional bem como outras disposições garantidoras de direitos, garantias e liberdades, independentemente de onde se situem.⁴³

Questão que, de logo, se pôs e se arrastou foi desvendar a eficácia dos direitos fundamentais porquanto, também de logo, vozes – fazendo eco ao liberalismo – se levantaram para sustentar o que se passou a denominar *eficácia vertical* no entendimento pelo qual eles tinham o Estado como exclusivo destinatário. Protegiam os indivíduos da ação do poder que, por conseguinte, deveria se abster de lesar os bens jurídicos fundamentais⁴⁴. Em seguida, evoluiu-se para aceitar que, além da abstenção, o Estado tem *deveres de proteção* que vêm a ser sua atuação para torná-los efetivos: avançou-se, por certo, mas ficou-se circunscrito à esfera pública.

Em cidadela oposta, adentraram os que guerreiam em favor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* a que se denomina “eficácia horizontal”. A propósito, retenha-se que, para Ubillos⁴⁵, os direitos fundamentais são

⁴³ Assim concebeu o constituinte brasileiro de 1988, ao estatuir, no §2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴⁴ Conhecida como *state action*, foi nos Estados Unidos da América do Norte que mais penetrou a tese de não-vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais, tanto sob a proteção da lógica liberal quanto pelo pacto federativo, na medida em que, naquele país, a competência para legislar sobre Direito Civil é, de ordinário, de seus Estados-membros. Calha mencionar, todavia, que, a partir da década de 40, a Suprema Corte passou a adotar a *public function theory* que destina aos particulares as mesmas limitações, quando exercem funções essencialmente públicas, mesmo que não tenha ocorrido qualquer delegação.

⁴⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos e Constitucionales*, Madrid, 1997a.

invioláveis, intangíveis por ação estatal ou por ato privado. Hesse⁴⁶ alerta que a liberdade humana pode ser atingida nas relações privadas. Além destas marcantes posições, impõe acrescentar que negar a eficácia horizontal aos direitos fundamentais seria placitar-se uma *ética dupla*, obstaculando, por exemplo, o Estado de ferir a isonomia e permitir que se o faça nas relações privadas, em toda e qualquer circunstância.

Retira-se, daí, que os direitos fundamentais se projetam para todos os ramos do Direito⁴⁷. O embate se transfere, então, para o modo pelo qual eles podem ter eficácia, defendendo uns a chamada *eficácia indireta ou mediata*, enquanto outros sustentam a *eficácia direta ou imediata*.

É de se assinalar que, por *eficácia indireta*, se entende que eles só se lançam nas relações privadas por meio do legislador – *interpositio legislatoris* –, aceitando-se a intermediação do juiz para harmonizá-los com a autonomia privada e com a aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como a boa-fé e os bons costumes. Os direitos fundamentais teriam o papel de servir de parâmetros interpretativos ou, como se diz, para se operar uma *interpretação conforme a Constituição*. Estes argumentos recolhem a norma constitucional para uma atuação meramente residual, para impor limites ou como mera regra hermenêutica, destituindo-lhe o caráter de norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁴⁸

Já na *eficácia direta ou imediata* ela ocorre sem qualquer intermediação. Esgrimando em seu favor, Ubillos suscita o direito de repouso do trabalhador que “*quedaría vacío de contenido prácticamente se no vinculara a los empleadores privados*”⁴⁹, obviamente sob a hipótese de faltar lei ordinária que o disciplinasse. Nesta mesma linha de raciocínio, exigir intermediações para a efetividade da Constituição é desbancar-se a sua supremacia e esquecer que princípios também são

⁴⁶ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 107.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV: Direitos Fundamentais, p. 32.

⁴⁸ PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 11-12.

⁴⁹ UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 356.

normas. Ademais, é de ser observado que, quando o constituinte pretendeu uma lei para dar concretude a suas disposições, expressamente o determinou.

Calha registrar, enfim e em resumo, ser significativo que, em diversos ordenamentos jurídicos, das mais diversas concepções, se tenha admitido, de forma aberta, ou solapada, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁵⁰

Retenha-se que a Constituição da República Portuguesa (CRP) acolheu a eficácia direta dos direitos fundamentais. Assim, não apenas os direitos, garantias e liberdades se aplicam independentemente de intervenção legislativa (cfr. arts. 17º e 18º, 1º). Eles também valem diretamente contra a lei quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição (cf. art. 18º/3). Desta sua aplicação direta decorre, ainda, a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais que disponham em desconformidade ou em contradição com as normas consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (cfr. Arts. 17º e 18º).⁵¹

De mais a mais, reconhecendo-se que a CRP agregou uma dimensão social e que os direitos fundamentais nela consagrados têm uma juridicidade específica, não podem remanescer dúvidas de que comandam todo ordenamento jurídico, impondo-se à sua própria função legislativa, por força do princípio da constitucionalidade (cf. art. 3º, nº 3).⁵²

A Constituição do Brasil, de seu turno, prescreve *a aplicação imediata* das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e, indo para além disto, atribuiu-lhes o *status* de *cláusulas pétreas*, insuscetíveis de serem abolidas, portanto, a teor do inciso IV, §4º, do art. 60.

⁵⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado* (La noción de State Action en la jurisprudencia norte americana). *Estudios, Ciencias Jurídicas*, Madrid, 1997. Nota Preliminar, p. XII. Em suas palavras textuais, é muito significativo “*que en ordenamientos de muy distinta factura los operadores jurídicos hayan terminado por admitir, de forma abierta o solapada, por una o otra vía, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, por limitada o matizada que ésta sea*”.

⁵¹ CANOTILHO; MOREIRA, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, cit., p. 1178-1179.

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*, cit., p. 40.

Em um resumo, e que tudo explicita, “se antes os direitos fundamentais só existiam no quadro das leis, hoje as leis só valem no quadro dos direitos fundamentais”⁵³.

1.7 DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO: UMA DICOTOMIA

Como tentamos demonstrar alhures, no Estado Liberal, o público e o privado não se misturavam, não se amalgamavam: mantinham-se incomunicáveis. Este apenas queria daquele a proteção do seu vasto campo. Avultou-se, assim, uma dicotomia que só se revela quando se pode: (i) dividir o universo em duas esferas conjuntas e reciprocamente exaustivas, no sentido de que todos os indivíduos daquele universo, em uma delas tenham lugar e, de outra parte, no sentido de que nenhum ente pode ser, simultaneamente, enquadrado em ambas; e (ii) estabelecer uma divisão que é, ao mesmo tempo, total e principal, à medida que todos os entes que se pretende disciplinar nela tenham lugar e que tenda a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.⁵⁴

Assumindo essas lições, a dicotomia se caracteriza pela existência de polos distintos que se excluem, o que nos faz acreditar não mais sobreviver, ao menos, com a rigidez de antes. Na atualidade, não mais temos o Estado e a sociedade civil em campos opostos e herméticos. Ao revés, aumentam os pontos de confluência, inclusive no âmbito dos interesses, valendo listar os difusos e supraindividuais; a atribuição da função social da propriedade; o dirigismo contratual; a objetivação da responsabilidade civil nas relações privadas e, até mesmo, na obrigação de contratar.⁵⁵ Por isto mesmo, a linha divisória entre a esfera do público e do privado está se esvaindo, sendo cada vez mais menos precisa e segura⁵⁶. Numa frase: o incomunicável de outrora se interpenetra. Há um fluxo de

⁵³ Na expressão de Kruger (apud VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*, cit., p. 40).

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 3. ed. Paz e Terra, 1992.

⁵⁵ TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito-civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993, p. 25.

⁵⁶ UBILLOS, *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado...*, cit., Nota Preliminar, p. XIII. Com suas palavras: “*La línea divisoria entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado se ha ido difuminando progresivamente, es, cada vez mas, menos precisa y segura [...]*”.

complementariedade que, porém, não tem o condão de eliminar a divisão entre o direito público e o direito privado. Por força deste contexto, apesar de a distinção ainda persistir, esta não é mais qualitativa e sim quantitativa.⁵⁷ Institutos há em que, apesar de ser predominante o interesse dos indivíduos, intercorre, igualmente, o interesse da coletividade; e institutos nos quais, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

A passos largos, foram se interpenetrando conteúdos ou formas de relações jurídicas, antes com aqueles seus territórios visivelmente demarcados. Esta realidade, contudo, não impede o reconhecimento da contraposição entre direito público e privado. Embora não se opere em relação a cada situação juridicamente considerada, permanece válida no plano sistemático.⁵⁸ Por consectário, fala-se de *privatização do direito público* e, em sentido inverso, na *publicização do direito privado* e na configuração do *direito civil-constitucional*.

Agudiza-se a necessidade de se investigar este fluxo migratório para diagnosticar a sua interferência na *autonomia privada*.

1.8 DA “PRIVATIZAÇÃO” DO DIREITO PÚBLICO

Se o Direito Civil se traslada para o patamar constitucional, *pari passu*, assiste-se a um fluxo em sentido contrário o qual se denominou de “privatização” do Direito Público que nada mais significa senão a *intensificação* de o Estado (ou a Administração Pública) se utilizar de modelos e institutos privados para a consecução de seus objetivos ou para a realização de suas funções.

Sublinhamos intensificação porque nos permitimos retroceder no tempo para lembrar que do Direito Privado, pelos seus institutos, sempre se utilizou o Direito Administrativo. Com efeito, depois do *king can do no wrong*, quando não se atribuía ao Estado a obrigação de reparar danos, passou-se a admitir a sua *responsabilidade*, que se chama, precisamente, de “responsabilidade civil”. Sem lhe negar um regramento próprio, é, no entanto, no Direito Civil que se vão extrair a sua

⁵⁷ PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 54.

⁵⁸ CORDEIRO, Antonio M. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I: Parte Geral, t. I, p. 26.

compreensão e os elementos que a compõem. Da Teoria Geral das Obrigações, matéria que reside no Código Civil, também não a prescinde os ramos do Direito Público, como o Direito Administrativo e o Direito Tributário, seja na classificação das obrigações seja no que concerne ao seu cumprimento e ao inadimplemento. Exemplificadamente: a *mora*, a *cláusula penal*, a *compensação*, a *novação*, a *dação em cumprimento*⁵⁹, a *remissão*, a *confusão*, a *assunção de dívidas*. O ato administrativo é, em si, uma modalidade de *ato jurídico* cuja disciplina geral também se localiza no estatuto privado. Os contratos administrativos guardam, é certo, suas especificidades, tais como as *cláusulas exorbitantes*, entretanto, é no Direito Civil onde se vão conhecer e de onde se poderão trasladar os elementos de validade e eficácia do negócio jurídico e os caracteres que tipificam, por exemplo, o *arrendamento*, a *empreitada*, a *prestação de serviço*. E destes contratos, com a moldura do Direito Civil, não se afasta a Administração Pública. Mais: ao exercitar atividade econômica, o Estado, de há muito, tem usado as vestes das sociedades comerciais sujeitas ao regime das obrigações civis.

Este cenário que, como dissemos, não é inédito, recebe novos componentes e em um movimento crescente. A *função pública* vem sendo delegada a particulares, com a *terceirização* de serviços; a *arbitragem* dissemina-se; a *concessão de obras e serviços públicos* é uma realidade, até mesmo para permitir a concretização dos direitos sociais, e a *parceria público-privada*, neste momento, é o meio que se vem utilizando para possibilitar grandes investimentos, designadamente em infraestrutura. Em resumo, podemos afirmar que a Administração Pública utiliza-se do Direito Privado, mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar⁶⁰. A tudo isto, acresça-se que o Estado de Direito Social já vem apresentando “sinais manifestos de envelhecimento, assistindo-se a uma tentativa do seu rejuvenescimento através de uma fuga para os esquemas privatísticos de contratação”⁶¹.

⁵⁹ No Direito brasileiro, utiliza-se a expressão “dação em pagamento”.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 180.

⁶¹ MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito...*, cit., p. 194.

1.9 DO “DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL”

A expressão “direito civil-constitucional” não encontra foros de plena aceitação porque pode conduzir ao entendimento de que há – ou haveria – um direito civil inconstitucional. De mais a mais, ainda se tendo por aceita a noção de ordenamento jurídico, todo o seu sistema é subalterno à Constituição, donde não ser crível sequer supor-se a existência de qualquer âmbito ou ramo do direito que constitucional não seja.

Mesmo identificando prodedência nas críticas àquela expressão, dela nos utilizaremos por melhor radiografar o que nela se internaliza.

Caminhando com Maria Celina Bodin de Moraes, dúplice é o seu significado: sob o enfoque formal, é toda disposição de conteúdo historicamente civilístico que passa a ser contemplada na *lex legum*; no outro significado, é todo direito civil a cujas disposições se imprima “uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta e imediata das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas”⁶².

Pertinente é colocar que essa incidência se opera de forma unificada e sistematizada, conduzindo à harmonização do Direito Civil à Constituição como um todo orgânico.⁶³ Ou, em outras palavras, a normativa constitucional não é tomada como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações em situações subjetivas, funcionalizando-as a novos valores⁶⁴.

Em desdobramento, ou sistematizando, o fenômeno do qual ora cuidamos se revela por: (i) transplante para a Constituição de institutos de Direito Civil que lá recebem regras fundantes; (ii) garantias destes institutos; (iii) sujeição a uma hermenêutica guiada pelos valores constitucionalmente unguídos; e (iv) abertura para a aplicação do direito privado tendo por substrato as normas-princípios constitucionais.

⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife; Curitiba: Renovar, 2010, p. 29.

⁶³ NANNI, Giovanni E. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e sua transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan et al. (Coord.). *Cadernos de Direito Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. v. II, p. 164.

⁶⁴ PERLINGHIERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 50.

A primeira manifestação explícita que, na Constituição, passaram a residir dispositivos típicos de Direito Civil. Na percepção de Orlando Gomes⁶⁵:

a condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram hoje definidas as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado.⁶⁶

No que concerne à garantia dos institutos, protege-se-lhes contra a instabilidade do legislador ordinário, sempre sujeito a pressões, muitas de caráter oscilante. Ressoa o alerta de Dworkin para quem “os direitos fundamentais somente são direito se triunfam diante do governo e da maioria”⁶⁷. Ademais, os direitos fundamentais por si demonstram a inflexão da Constituição sobre o Direito Civil. No que diz respeito à sujeição aos valores constitucionalmente unguídos, não há penumbra de dúvidas de que os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem, consagrados normativamente, em regras e princípios e estes se irradiam porque, senão, normas-princípios deixariam de ser, do que, inevitavelmente, resulta que esse sistema de valores rege todos os âmbitos do Direito, inclusive as relações privadas.

1.10 DO DIREITO CIVIL AO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A PESSOA ABSTRATA E OS NOVOS VALORES

No Direito Civil sempre esteve e está a disciplina jurídica da pessoa, enquanto tal e na sua convivência com seus semelhantes. Nele está a “tutela dos homens em relação com outros homens nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que essa cooperação

⁶⁵ Eminentíssimo jurista brasileiro, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, professor *honoris causa* da Universidade de Coimbra, título que lhe foi conferido em 1982, e presidente honorário do Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, em 1987. Foi autor do anteprojeto de Código Civil do Brasil, apresentado, em 1963, ao então Ministro da Justiça João Mangabeira. Com o advento do golpe militar, em 1964, o anteprojeto foi arquivado.

⁶⁶ GOMES, Orlando. Sans adieu – 50 anos de cátedra. Conferência pronunciada no *Encontro Nacional de Mestres do Direito Civil*, realizado em homenagem ao Prof. Orlando Gomes, p. 76.

⁶⁷ Apud UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 73, NR 62.

se deve sujeitar”⁶⁸. Assim, a celebração de um negócio jurídico entre privados não nos remete a qualquer dúvida de que estamos transitando no Direito Civil; as relações de família também não trazem brumas para se chegar a seu *locus* e até mesmo se for levantada a hipótese de como se justificar a propriedade, como instituto civilístico, bem se pode responder por ser considerada manifestação da realização da pessoa, ou mesmo um atributo humano, resumidamente posto com a locução “quem possui, é”.

Dir-se-á, pois, que o Direito Civil disciplina todas as relações da pessoa, seja enquanto ela mesma seja em relação a outras, naturais ou coletivas, seja em relação a coisas.⁶⁹

É necessário tocar na mesma tecla: compreendê-lo implica em não esquecer a sua essencial historicidade e a influência da ideologia, porque ele se expõe em um conjunto de categorias congruentes com o seu momento.

No modelo clássico, a pessoa humana – centro e alvo do Direito Civil – era a pessoa abstrata. Um sujeito “do direito”, não necessariamente de direito. O *sujeito codificado* é um ator no mundo jurídico ou, com a clareza de Jussara Meirelles, “é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito”, definido pela técnica jurídica que traça seus limites de atuação⁷⁰. Por conseguinte, será pessoa quando e enquanto se adequar ao figurino normativamente desenhado.

Essa abstração fica patente quando vamos às entranhas da família, um dos pilares da ordem jurídica privada, como já ressaltado.

A *família* não era formada pela comunhão dos laços, mas sim, e sobretudo, pelo *negocismo patrimonial*.⁷¹ Basta testemunhar-se a qualidade de “filho”: só assim era considerado quem o Direito aceitava; a quem repugnava, rotulava-se-lhe como “ilegítimo”, categoria em que se inseriam o filho de pessoas sem impedimento para casar – denominado “filho natural” –, e os “filhos espúrios”

⁶⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, cit., p. 26.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. *Novo Curso de Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I. Parte Geral, p. 34.

⁷⁰ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACCHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. 2. tir., p. 89.

⁷¹ A expressão é utilizada por Fachin: *Teoria Crítica do Direito...*, cit., p. 160.

quer por terem sido havidos fora do matrimônio – nominados “adulterinos”⁷² – quer os que decorreram de relações incestuosas.⁷³ Cumpre jamais se olvidar que, aos filhos espúrios, se tolhia o direito de ter pai, porque o reconhecimento da paternidade não era permitido. Nas certidões de nascimento estampava-se o carimbo “pai ignorado”, etiqueta violentadora da dignidade que se decalcava em seus documentos de identidade perseguindo-o por toda a vida e em todos os lugares.

Não se pense que este quadro era gratuito: tinha valor econômico. A eles, aos filhos sem direito “de ter pai” – no círculo da vida, um pai frequentemente conhecido e socialmente reconhecido – não era deferido o direito sucessório, afinal de contas, eram *espúrios*. Porque a lei queria que assim fossem.

No Brasil, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, permitiu a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio. Quando o mundo já ouvira a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, era uma “permissão” condicionada, no entanto: impunha que a sociedade conjugal estivesse desfeita⁷⁴. Assim, o filho extraconjugal de alguém, se este alguém dissolvesse a sociedade conjugal, poderia passar a ser “filho”, o que não aconteceria com um vizinho se lá mantida estivesse a relação matrimonial. Espantosamente, a pessoa, para ter o estado jurídico de filho, dependia do trincamento da relação conjugal, vale dizer, de outrem.

Ainda assim, patrimonialmente era apenas “filho pela metade”. Pelo art. 2º, do citado diploma, “para efeitos econômicos terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”. Chama a atenção a locução do legislador, em arrimo à norma – “a título de amparo social” –, pois pode conduzir ao raciocínio pelo qual não se teria conferido um direito pelo “fato” – ser filho, um filho como os outros – mas por uma aparente proteção material para enfrentar os duelos existenciais, senão mesmo um bálsamo patrimonial para arrefecer as dores de não ser igual. Tanto isto mais parece verdade

⁷² Em Portugal, usa-se a expressão “filho bastardo”.

⁷³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 359 et seq.

⁷⁴ Fala-se em dissolução da sociedade conjugal porque, no Brasil, o casamento era indissolúvel. O divórcio só veio a ser possível a partir da Emenda Constitucional nº 6, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

quando a ordem jurídica não contempla – nem contemplava – a prole “legítima” por qualquer impulso ou propósito de “amparo social”.

Contextualizando, pelo menos até aquela época, dominava no Brasil a atividade rural onde despontavam os “coronéis”, temidos proprietários de latifúndios, detentores do poder político, social e econômico das diversas localidades. Eram os “coronéis” do cacau, do café, da cana-de-açúcar, a exemplificar. No tocante ao cacau, na Literatura, Jorge Amado os focou com tamanha precisão que não é retórica dizer-se que, na sua essência, em suas obras⁷⁵, a semelhança de seus personagens com pessoas vivas ou mortas não terá sido mera coincidência. Pois, os coronéis, que proliferaram, também fizeram proliferar uma extensa prole: multiplicavam-se os filhos “adulterinos” sem com eles dividir-se a herança. A ideologia esteve marcante, em seu duplo sentido: por um, o “patrimonialismo familiar”; por outro, *mascarava-se a realidade*. No nosso vernáculo, patrimônio e matrimônio só tem uma letra para distingui-los – e assim foi captado pelo Direito.

O contrato, mercê de sua intangibilidade, não se o tinha em razão da pessoa, de suas necessidades e carências nem de suas circunstâncias. A liberdade escravizava; por ocasiões, massacrava. A “personalidade” era a capacidade de ter direitos e contrair obrigações e, assim abstratamente considerada, a pessoa contraía seus vínculos e colocava as algemas que eles impunham.

O direito de propriedade se revestiu de caráter absoluto, quase ilimitado, e o *ter* não se conjugava com o interesse da coletividade, que só comparecia passivamente.⁷⁶

Neste panorama, o direito civil-constitucional vem quebrar a prisão da pessoa abstrata, acorrentada nas formulações legais.

Questão a pedir resposta consiste em saber se estaria desfigurado ou amesquinhado o Direito Civil. Diz Tepedino⁷⁷ que:

⁷⁵ A narrativa da “civilização do cacau” e dos “coronéis” é marcante nos livros *Cacau; Gabriela, cravo e canela; Terras do sem fim; São Jorge dos Ilhéus e Tocaia grande*.

⁷⁶ É o que parte da doutrina denomina de “obrigação passiva universal”.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 1999, p. 275.

[...] longe de minimizar o espaço tradicionalmente reservado ao Direito Civil, determina, ao revés, a sua expansão e revigoração, oferecendo novas funções e horizontes a institutos antes confinados ao alvedrio individual e a um mero controle de validade.

Transmite Joaquim de Sousa Ribeiro:

[...] atendendo à visão do homem e ao modelo de sociedade que as nossas constituições perfilham, não representa qualquer violentação do sentido próprio e mais profundo do direito civil. Muito pelo contrário, o enquadramento constitucional fornece as bases para um permanente zelar para que o direito civil não acolha soluções contrastantes com os valores da pessoa que, em primeira linha, deve servir.⁷⁸

E o valor luz é a sua dignidade.

⁷⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 33.

2 A PESSOA HUMANA E A SUA DIGNIDADE: A PESSOA CONCRETA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 E O QUE É A PESSOA HUMANA?

Na linguagem corrente, pessoa é a criatura humana quer considerada na singularidade do seu ser psicofísico quer considerada atendendo a determinado constitutivo ou a determinada faculdade de que recebe caracterização específica: razão, consciência, vontade.

Hobbes⁷⁹ a define pela sua função ou pelo papel social que desempenha, com o que suas palavras e ações são as suas próprias ou de outrem que representa. Corresponde à “pessoa estatutária”⁸⁰ que é encarada pelo seu *status* e não pelo fato de pessoa ser. Descartes⁸¹ nos aponta o ser humano como *res cogitans* (sujeito do conhecimento) e o mundo como *res extensa* (seu objeto). De sua lapidar expressão *cogito, ergo sum*, extrai-se o pensante enquanto existente; o existente enquanto pensante. O valor está em que a pessoa pensa, e ela pensa, porque existe. Kant assume o homem como um sujeito moral que dá a si suas próprias leis. Existe como um fim em si mesmo, não só como meio arbitrário desta ou daquela vontade. Para o filósofo prussiano, é na noção do homem como ser responsável pela sua conduta, que reside o fundamento da pessoa.⁸²

2.2 E O QUE É A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

O que vem a ser a dignidade da pessoa, é a indagação.

⁷⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁸⁰ François de Singly se reporta ao mordomo inglês Mr. Stevens, do romance *Os vestígios do dia* (1989), de Kazuo Ishiguro (*Identité personelle et identité statutaires dans la sphère publique*. Archives de Philosophie du Droit, nº 41, 1997 (apud ALVES, Gláucia Correa Rematozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 216.)

⁸¹ DESCARTES, René. *Meditações*. Tradução Bento Prado Junior e Jaime Ginsburg. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁸² HATTENAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Tradução para o espanhol Pablo Salvador Cordech. Barcelona: Ariel, 1987.

Depois de esclarecer que não há resposta satisfatória para a pergunta sobre o que o homem é, Jaspers⁸³ assevera que a dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é porque reconhece esta dignidade em si mesmo e nos outros homens, sintetiza. Já Kant⁸⁴ ensina que, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então, ela tem dignidade.

Aqui também temos de colocar os olhos fixos no tempo e no espaço, pois, em se tratando de um valor, tem a preenche-lo a cultura de cada povo em um dado momento. O valor “dignidade da pessoa humana”, nós podemos universalizá-lo e tê-lo por atemporal; não nos é dado, entretanto, traduzi-lo para a vida, desprezando onde a vida se processa e os seus atores. Dizemos, então, que traduzir a *dignidade da pessoa humana* é absorver a pessoa enquanto ser e na dimensão do ser. Em si e em suas necessidades. Em si e nas suas aspirações. Em si e em todas suas projeções, portanto.

E como a dignidade não pode ser mensurada, é impossível admitir-se que uma pessoa tenha mais dignidade que outra. Não importa quem seja nem o que seja. Isto, porém, não afasta o respeito às diversidades e a atenção às circunstâncias: é o que acontece quando se toma a pessoa estatutária para definir a aplicação do Direito, valendo como exemplos “a dignidade do magistrado” ou, ainda, “a dignidade do idoso” e, também, “a dignidade da criança”.

2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VALOR E PRINCÍPIO NORMATIVO

Após a Segunda Guerra, marcadamente no mundo ocidental, a dignidade surge como um consenso ético. No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 10 de dezembro de 1948, os povos das nações unidas reafirmaram a sua fé nos direitos humanos fundamentais

⁸³ JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1997.

⁸⁴ KANT, Imanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 71-72.

e na “dignidade e no valor da pessoa humana”; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – também intitulada *Pacto de San José da Costa Rica* – em seu art. 11 dispôs que “toda pessoa tem direito ao respeito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000, incorporada à Constituição Européia, assegura, em seu art. 1º, que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Em diversos países, passou a ser o valor primordial da ordem jurídica e até mesmo de seus fins, integrando os respectivos textos constitucionais, como, a exemplificar, os da Itália, da Espanha e da Alemanha⁸⁵.

A CRP, de 1976, em seu dispositivo inaugural, trouxe este princípio como base da própria República. Igualmente assim o fez a CF/88 brasileira, no art. 1º, colocando-o como fundamento da República Federativa. Restringindo-nos ao Direito português e ao Direito brasileiro, este quadro nos permite admitir que, antes da organização política, em primeiro plano, vem a pessoa, que passa a ser sujeito e não objeto; fim, e não meio de relações jurídico-sociais.⁸⁶ Vale acrescentar que o princípio também se projeta na ordem econômica, porquanto o art. 170, da CF, determina que ela, (a ordem econômica), tem por fim “assegurar a todos uma existência digna”.

Com isto, não será extravagante reconhecer que o valor da pessoa é, hoje, verdadeiramente um postulado axiológico do jurídico. Regula e dá fundamento às normas jurídicas, mas é também norma-princípio de hermenêutica, perpassando, assim, mercê de sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento.

Tenha-se e retenha-se: *a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental* que ingressa no mundo jurídico como um *princípio, também fundamental*. Adotado na Constituição, faz-se norma, o que nos autoriza afirmar que é um “valor-guia” vinculante de toda ordem constitucional e objetivo permanente de

⁸⁵ Constituição da Itália, art. 3º – “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. Constituição da Espanha, art. 10º, 1: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y los derechos de los demás, son fundamento del orden política y de la paz social*”. Constituição Alemã, art. 1º: “*a dignidade do homem é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais*”.

⁸⁶ CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada...*, cit., p. 198.

toda ordem jurídica que se pretenda legítima.⁸⁷ É, assim e simultaneamente, valor e norma-princípio. Como “princípio” – e princípio constitucional –, é *gênese*; de onde tudo brota. Assim, sem se confundi-lo com hierarquização de direitos fundamentais, porque este escalonamento não há, deve-se, porém, reconhecer que a *dignidade da pessoa, como princípio estruturante que o é*, ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais, formando um sistema interno harmônico e constitui referência valorativa para todo o sistema jurídico e há de ser suporte da interpretação da lei ordinária. Para além disto, a própria regulamentação da vida privada há de se entrosar com a opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Por isto, este princípio, não se pode tê-lo como mera abstração ou como pura idealidade, e traz consigo tanto uma dimensão negativa, *que impede seja o homem tratado como coisa*, como também uma projeção positiva dirigida às necessidades primárias, materiais e espirituais de realização individual e social. Na dimensão negativa, podemos ainda mencionar a imunidade do indivíduo a ofensas e humilhações, protegendo-o contra qualquer manifestação de aviltamento e de ataques à sua autonomia por parte do Estado ou da sociedade. Na dimensão positiva, finca-se o reconhecimento de sua autodeterminação.

Ensina, com acuidade, Roxana Borges que a dignidade não é um direito; o direito que se trata, na verdade, é o direito ao respeito à dignidade da pessoa⁸⁸. De tudo isto decorre que a dignidade situa o ser humano no epicentro de todo ordenamento, como protagonista, tanto no âmbito do direito público, como no âmbito do direito privado.⁸⁹

2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E O DIREITO CIVIL; A PESSOA E A ALTERIDADE

Ao longo destas reflexões, restou definido que, no Direito Civil, está a disciplina jurídica da pessoa enquanto tal e na sua convivência com seus

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 17, 1999, p. 63.

⁸⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142.

⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

semelhantes. Traçando um silogismo, se, no Direito Civil, está a disciplina da pessoa; se a *dignidade da pessoa* é princípio fundamental de força normativa, este princípio, por consectário lógico, penetra no Direito Civil em toda a sua extensão.

Seria equívoco insanável afirmar-se que, no passado, a pessoa não tivesse acolhida no sistema jurídico. Mas também seria equívoco intransponível entender o pretérito plasmado no presente. O Estado Liberal, com seus Códigos, deu proeminência ao *homem*, tanto que assegurou sua autonomia, preservou-lhe a liberdade, garantiu-lhe a propriedade. No entanto, fê-lo nos estreitos limites da individualidade, do patrimonialismo e pela roupagem da formalidade. E ele, o *sujeito*, se tornou mero elemento da relação jurídica.

De lá para cá se tomou consciência de que a pessoa é o *ser*, não o *ter*; o homem é *situado* e *inserido* ou, como explicita Castanheira Neves, o homem não coexiste apenas com os outros no mundo, mas é antes “um ser com os outros”⁹⁰.

Neste percurso, o próprio conceito de *dignidade* sofreu uma evolução, afastando aquele indivíduo desenraizado da abstração contratualista (teorias do contrato social), para focar o *ser*, como *cidadão* e *pessoa*, inserido em uma determinada comunidade e na sua relação *vertical*, com o Estado e outros entes públicos, e *horizontal*, com outros cidadãos. Por conseguinte, sepulta-se a ideia individualista e se a substitui pelo valor da sociabilidade.⁹¹ Nesta mesma senda, a comunidade é condição à afirmação de sua existência.

Estes componentes formam o mosaico que nos permite visualizar o *princípio da dignidade da pessoa humana* com assento na Constituição, mas *como instituto de direito privado* e, como tal, se projeta no ser, em si mesmo, como ser autônomo, e como membro de uma comunidade, na sua qualidade de pessoa, cidadão, trabalhador e administrado.⁹² Daí brotam os elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade: (i) o valor intrínseco da pessoa; (ii) a autonomia privada; e (iii) o valor comunitário.⁹³ Em desdobramento, o valor intrínseco está na concepção pelo qual o ser humano é fim em si mesmo e na ideia de que o Estado existe para o indivíduo e não o indivíduo para o Estado. Doutra banda, é

⁹⁰ Apud MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito...*, cit., p. 12.

⁹¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 19-20.

⁹² VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*, cit., p. 97.

⁹³ BARROSO, *Fundamentos teóricos e filosóficos...*, cit., p. 44.

inconcebível imaginar-se um ser humano dotado de dignidade se a ele for subtraída a sua autodeterminação, se não lhe for assegurada *a autonomia para desenvolver sua própria existência*.

É relevante sublinhar que, dirigindo-se o princípio à pessoa concreta, ao sujeito real, à *pessoa gente*⁹⁴, revela-se, contudo, na sua coexistencialidade pelo que sua tutela é interindividual, com suporte na ética da alteridade. As relações privadas se subordinam à exigência do respeito à pessoa do outro, tomado como sujeito concreto, porque também dotado de dignidade.⁹⁵ A relação de respeito recíproco constitui *relação jurídica fundamental*, a base de toda convivência em uma comunidade jurídica e de toda relação jurídica em particular, e está na origem do próprio direito geral de personalidade.⁹⁶

A ele nossa atenção, com a advertência de que não nos deteremos na análise de sua estrutura e de seus delineamentos teóricos, senão e tão só nos aspectos que possam subsidiar o estudo da autonomia privada, mormente porque – conforme mais à frente surgirá – é de sua substância os bens e os valores da pessoa que se manifestam nas relações existenciais, projeção da personalidade.

2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade se afinam com os direitos fundamentais, na proporção em que uns e outros têm por matriz a *dignidade da pessoa humana* e neles se embute idêntica essência. Neste ponto, ela está na base de concretização do *princípio antrópico* ou *personicêntrico* inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, ao desenvolvimento da personalidade, à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética)⁹⁷. Esta notória vinculação

⁹⁴ MEIRELLES, *O ser e o ter na codificação civil brasileira...*, cit., p. 91.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson et al. Princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Civil. In: TORRES, Ricardo L. et al. (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 308.

⁹⁶ MEIRELLES, *O ser e o ter na codificação civil brasileira...*, cit., p. 47.

⁹⁷ CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada...*, cit., p. 198.

dá consistência jurídica à previsão pela qual “talvez um dia os direitos da personalidade venham a ser chamados direitos da dignidade”⁹⁸.

Nesta ambiência, robustecem-se, pois aparecem com a força de direito fundamental; têm a gênese dos direitos fundamentais; possui o mesmo conteúdo. A se ter, no fio condutor do raciocínio, que os direitos da personalidade decorrem do complexo psicossomático-ambiental que constitui a personalidade humana⁹⁹. Em uma só frase: os direitos da personalidade são direitos fundamentais do âmbito privado, embora a recíproca não seja totalmente verdadeira já que direitos fundamentais há (assentados na Constituição e dela se irradiando) que não são direitos da personalidade como, por óbvio e ilustrativamente, o princípio do *devido processo legal*.

Assim posto, se há de perquirir qual a extensão desses direitos. Após ressaltar que a personalidade não é um direito, mas um valor, Perlinghieri admite que não há um número fechado de hipóteses tuteladas, porque tutelado é o valor da pessoa.¹⁰⁰ Com efeito, se o bem da personalidade humana é identificado como “o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”¹⁰¹, não há como se defender a sua tipicidade até mesmo pela fecundidade das manifestações da pessoa que, *ipso facto*, não podem ficar confinadas ao quadro legal ou desprotegidas pela falta de previsão do legislador. Quando se aceita que os direitos da personalidade encontram seu fundamento no princípio-regente da dignidade da pessoa ou são sua própria expressão, caso se os assimile *numerus clausus*, estar-se-á a ressuscitar um sujeito codificado e nele colocando uma personalidade igualmente codificada – uma dignidade até um dado limite: o limite da lei.

Nesta ótica, não faltam adeptos à orientação assumida pelo CCP que, em seu art. 70º, I, optou pela cláusula geral de tutela, resguardando os indivíduos contra “qualquer” ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, o que implica em amplo raio de ação: “qualquer” que seja a ofensa ou a ameaça. Aliás,

⁹⁸ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada...*, cit., p. 16.

⁹⁹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

¹⁰⁰ PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 155.

¹⁰¹ CAPELO DE SOUZA, *O direito geral da personalidade...*, cit. p. 117.

este direito geral da personalidade vamos encontrá-lo, também, no art. 2º da Constituição da Alemanha, pelo qual “todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não viole os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional e a lei moral”. Note-se que este dispositivo ali está sob o título “Direitos da liberdade” e no capítulo atinente aos *Direitos Fundamentais*, consolidando o entendimento que aqui vimos expondo e esposando. E, com base nele, podemos raciocinar que, no Direito brasileiro, esta cláusula geral deriva do inciso III, do art. 1º, da CF/88, onde reside a dignidade da pessoa humana como fundamento da república. Ora, se assim é, veda-se a sua limitação pelo legislador ordinário¹⁰².

Por todos os aspectos, é preciso o alcance da percepção de Orlando de Carvalho que, assumindo a noção de personalidade humana como uma aquisição histórica, nela tem por embutidas todas as suas manifestações, previsíveis e imprevisíveis, pois é, há um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa ser em devir.¹⁰³

¹⁰² Esta também é a opinião de Moraes: *Na medida da pessoa humana...*, cit., p. 127.

¹⁰³ CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 1981, p. 90.

3 DIREITO CIVIL: PESSOA E PATRIMÔNIO. DESPATRIMONIALIZAÇÃO E (RE)PERSONALIZAÇÃO

3.1 A PATRIMONIALIDADE DO DIREITO CIVIL: ONTEM E HOJE

Para evitar dissonante captação de nosso sentir, esclareça-se que não se está a proclamar que o princípio da dignidade da pessoa humana fez esvair-se o conteúdo patrimonial de institutos civilísticos. Respeitando a historicidade dos ordenamentos e a ideologia que os moldam, não nos seduz a euforia dos que querem camuflar a realidade, extirpando a patrimonialidade do Direito Civil. Seus pilares continuam os mesmos aqui já apontados: a família, o contrato e a propriedade. Em qualquer destes campos, marcante foi e é a presença do atributo da patrimonialidade. Em reforço, sublinha Menezes Cordeiro que as situações patrimoniais não se confundem com as situações regidas pelo Direito patrimonial. Na verdade – explica – verifica-se que situações sem conteúdo econômico são objeto de regulação patrimonial, mercê de fenômenos diversos de atração ou contiguidade, a exemplo da propriedade de uma coisa que tenha mero valor sentimental que continua a reger-se pelo dispositivo virado para a propriedade comum, claramente patrimonial.¹⁰⁴

No tocante ao Direito de Família, debruçado sobre o vetusto CCB/16 – que, como já referido, nascera tardiamente e sob a inspiração liberal –, Paulo Lôbo¹⁰⁵ anota que, excluídos quinze artigos então já revogados, em um universo de duzentos e noventa, nada menos de cento e cinquenta e um apresentavam conteúdo predominantemente patrimonial e, no que concernia aos impedimentos matrimoniais, grande parte se dedicava a proteger não as pessoas, mas o patrimônio. Quando a este aspecto, se formos estabelecer um paralelo com o vigente Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/02), é emblemático que o seu art. 1.641 ainda consagre a obrigatoriedade do regime da separação total no casamento, em razão da idade da pessoa, como também o faz o CCP, em seu art. 1.720º, alínea b.

¹⁰⁴ CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., p. 307.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*, p. 64. In BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-58 (apud MEIRELLES, *O ser e o ter na codificação civil brasileira...*, cit., p. 102).

Nas relações obrigacionais, discussões se prolongam sobre se a patrimonialidade lhe é inerente ou se esta visão clássica não mais subsiste. Autores há que se ancoram na dicção legal para edificar a doutrina; outros se exercitam para colocar a doutrina como suporte da construção normativa e para dar-lhe, quando já construída, a coloração jurídica em conformidade com todo o sistema; enfim, ainda há quem se submeta ao que objetivamente está posto, temperando-o com ressalvas.

Focando-nos no CCP, cumpre de lá retirar o seu art. 398, 2º, em sua dicção: “a prestação não necessita ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”. Ingressando no domínio doutrinal, ao discorrer sobre o tema, ponderada opinião de Mario Júlio Almeida Costa realça que o debate derredor do tema se encontra superado pelo Código, acrescentando que a patrimonialidade da obrigação ainda existe, no entanto cinge-se à possibilidade de o credor agir contra o patrimônio do devedor e não contra sua pessoa.¹⁰⁶

Apesar da abalizada voz que assim se pronuncia, reconhecemos que a lei dá ao intérprete elementos de análise, no entanto, na sua letra, não se internaliza a resposta que se busca. Pensar-se diferentemente é trasladar para o presente o *legalismo positivista* com todas as suas nuances, inclusive os caracteres que marcaram a Escola Exegética. O que importa é saber se, dispensado o “valor pecuniário”, estará, por consequência, desbancada a apreciação econômica (ou a dita patrimonialidade). Neste passo, a abordagem do dispositivo supratranscrito – ou de qualquer situação correlata – exige um desdobramento, pois, nele, duas vertentes cobram dedicação: *a prestação em si e o interesse do credor nela refletido*. Cabe, então, perquirir se houve plena expulsão da pecúnia da relação obrigacional ou se ela está na prestação ou no interesse, ou se em ambas se manifestará. Não nos descurando das variáveis que o tema envolve, seguimos quem defende que é “no interesse apreciável do credor onde vai residir o âmago da patrimonialidade”¹⁰⁷. Por isto mesmo, ganha relevo a conclusão de Galvão Telles para quem é duvidoso que, na maioria das vezes, em última análise, possam existir obrigações cujo objeto não se resolva em um valor pecuniário.¹⁰⁸

¹⁰⁶ COSTA, Mario Júlio de A. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 25.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2, p. 19.

¹⁰⁸ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 12.

A propósito, o Código Civil italiano, em seu art. 1.174º, estatui que a “prestação que forma o objeto da obrigação deve ser suscetível de apreciação econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial do credor”¹⁰⁹.

Assaltam-nos algumas indagações: *o Direito das Obrigações enquanto tal e a prestação enquanto objeto da relação obrigacional têm pátria? São uniformes ou deixam de sê-lo, ao sabor do legislador? Então, pode-se entender a prestação no direito português, na sua essência, diferente da prestação na Itália?*

Retenha-se: não afastamos a disciplina normativa específica de alguns institutos até porque – já o dissemos anteriormente – o Direito encerra valores, é um produto cultural e os ordenamentos se vinculam a ideologias. Mas – e aqui pomos ênfase na adversativa –, uma coisa é o regramento específico outra a *natureza jurídica* dos institutos. Natureza, até pela palavra, é o que se tem em si, não o que se quer que tenha. Igualmente, não eliminamos os ditames da lei como veículo para entendimento da natureza jurídica de dado instituto. Um veículo, porém, nos encaminha a um destino: *ele não é o destino*.

Aprofundemos: em Portugal, o Código diz que a prestação não necessita ter valor pecuniário; na Itália, seu Código prescreve que a obrigação deve ser suscetível de apreciação econômica. No Brasil, o Código silencia a respeito, limitando-se a delimitar que “pelo inadimplemento respondem todos os bens do devedor”.

Desconfiamos que esta díspare compreensão repousa na louvável preocupação em demonstrar a *despatrimonialização* das relações civis, vale dizer, das relações entre as pessoas humanas, pelo impacto que nelas tem o princípio da dignidade. Acontece, todavia, que os conceitos só são autênticos se descritos a partir dos caracteres que os identificam, o que corresponde a afirmar que eles não podem ser impostos, na medida em que, simplesmente, fotografam o objeto. E as categorias se formam para albergar as situações da vida a partir daqueles caracteres.

Merece atenção o magistério pelo qual onde existe operação econômica existe circulação de riqueza, atual ou potencial, – entendendo-se por riqueza todas as

¹⁰⁹ Código Civil da Itália, art. 1.174: “*La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscetibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, de creditore*”.

“utilidades” suscetíveis de avaliação econômica, mesmo não sendo “coisas” em sentido próprio – donde até mesmo a promessa de fazer ou não fazer alguma coisa em benefício de outrem representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria.¹¹⁰

Ademais disto, importa reter-se que há o gênero *dever jurídico* que significa uma ordem imposta a alguém pelo direito objetivo de observar determinado comportamento seja no interesse do Estado, de uma generalidade de pessoas ou de pessoas determinadas. O *dever jurídico* é, assim, uma categoria bem mais ampla do que os deveres de prestação correspondentes às obrigações.¹¹¹

Ora, se colocarmos os mesmos elementos caracterizadores de toda e qualquer relação de onde provem um *dever jurídico*, não mais haverá a obrigação como espécie. Antes de se afastar a patrimonialidade como elemento da relação obrigacional para que aí ingressem relações onde a patrimonialidade se ausenta, deve-se acomodá-las onde as caiba e dar-lhes uma denominação própria. A patrimonialidade se refere à qualificação do dever jurídico e à determinação das normas que lhe são aplicáveis.¹¹² Negando-se-lhe nas relações obrigacionais, cria-se um efeito perverso, bastando sejam lembrados os deveres conjugais: se não há patrimonialidade na obrigação, seus comandos normativos podem ser invocados nestas *relações existenciais*, reverenciando-se as perdas e danos, quando sucumbir o afeto.

Não é este seguramente o caminho, nem o significado da despatrimonialização e da repersonalização do Direito Civil.

3.2 O TER E O SER. O TER EM FUNÇÃO DO SER

Rejeitamos a ideia que se difundiu por todos os cantos pela qual o dinheiro é um *vil metal*. Ele não é: pode vir a ser, pelo meio com que se o obtém e

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1999, p. 13.

¹¹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, p. 54.

¹¹² KONDER, Carlos Néilson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. v. II.

pelos propósitos que movem a sua utilização. O ter e o ser não se rivalizam quando se tem a visão do patrimônio como suporte da personalidade.

Sem esquecer que o Direito Privado é campo para relações economicamente apreciáveis, peregrinamos, no entanto, pelos caminhos que nos levam a um Direito Civil como disciplina da atividade da pessoa e de sua convivência com as outras pessoas, tutelando os interesses de umas com as outras, nos vários campos da vida onde esta cooperação se processa.¹¹³

Noutras palavras, não se trata de reduzir ou aumentar a tutela das situações patrimoniais, muito menos de expurgá-las; trata-se de destinar-lhes uma tutela qualitativamente diversa¹¹⁴. Retiradas todas as amarras do *legalismo*, tanto o suporte do Direito Civil quanto, por via de consequência, o suporte do entendimento de seus institutos e de interpretação do núcleo de suas normas, há de ser a pessoa e no que mais ela tem de precioso – *sua dignidade*.

Este movimento há quem o denomine de “despatrimonialização” que não se pode confundir com a eliminação da patrimonialidade, até porque, conforme afiança San Thiago Dantas, patrimônio e personalidade humana são dois termos que guardam entre si uma correlação íntima indestrutível¹¹⁵. Trata-se, em verdade, da superação do individualismo e da patrimonialidade como fim em si mesmo. Os bens patrimoniais passam a existir na condição de meios a serviço da sociedade e das pessoas¹¹⁶.

A *despatrimonialização* usa as vestes da *repersonalização*. Uma e outra têm igual significado; apenas, em uma, há uma desconstrução: descasca-se o primado do patrimônio diante do sujeito que faz(ia) a pessoa valorizada pelo que tem. Na outra, há uma reconstrução: a ênfase vai diretamente para a pessoa. A posição de supremacia é da pessoa concreta, que cria, sofre e ama, frente ao patrimônio e a abstração.¹¹⁷

Pela clareza e precisão de seus ensinamentos, fiquemos com Orlando de Carvalho para apreender que *repersonalização* é restaurar a primazia da pessoa; é

¹¹³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, cit., p. 26.

¹¹⁴ PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 34.

¹¹⁵ DANTAS, San Tiago. *Direito de família e sucessões*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 447.

¹¹⁶ CAPELLARI, Récio Eduardo. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 107-108.

¹¹⁷ BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

[a] valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam – é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o foyer da pessoa, do cidadão, puro e simples.¹¹⁸

Continuando com o Mestre lusitano, fiel a suas palavras proferidas em conferência pronunciada na França, essa pessoa é “*l’homme réel, l’être de chair e de sang*”¹¹⁹, notadamente porque “*la personnalité juridique n’est pas quelque chose qui subsiste par soi même, mais quelque chose qui subsiste seulement tant qu’il existe une personnalité humaine réelle*”¹²⁰.

Com a despatrimonialização ou repersonalização, enfim, o direito privado das coisas e dos bens se transforma no direito das pessoas; o sujeito de direito não se limita ao titular de bens, cabendo à sociedade civil recepcionar aqueles que almejam “vir a ter e vir a ser”.¹²¹

Todavia, não devemos nos cegar pelo fascínio da *repersonalização*; ela é, sobretudo, um processo: caminha, mas sofre resistências, também, recaídas, exige perseverança.

Para vir a ter e vir a ser, à pessoa é conferida uma indispensável autonomia, com dupla face: uma autonomia negocial e uma autonomia existencial.

¹¹⁸ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. [Nota prévia]. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. I: Para uma teoria geral da relação jurídica civil, p. 92.

¹¹⁹ CARVALHO, Orlando de. Le droit de l’homme dans le droit portugais. Conferência proferida em França, em janeiro de 1972, a convite do Comitê Franco-Português do Rotary Internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 49, 1983, p. 3. Em tradução livre: “é o homem real, ser de carne e sangue”.

¹²⁰ CARVALHO, Orlando de. Le droit de l’homme dans le droit portugais..., cit., p. 8. Em tradução livre: “A personalidade humana não é qualquer coisa que subsista por si mesmo, mas qualquer coisa que subsiste somente quando existe uma personalidade humana real”.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2013. v. 4, p. 34.

4 AUTONOMIA PRIVADA: SEUS CARACTERES E SUA ABRANGÊNCIA

4.1 DESBASTANDO EQUÍVOCOS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Adentrar na *autonomia privada*, impõe ressaltar que, ainda hoje, passeia-se pelo tema colocando-lhe denominações diversas. *Autonomia contratual*, *autonomia negocial*, *autonomia da vontade*, *liberdade negocial* e *liberdade de contratar* são exemplos de terminologias que, não raro, são utilizadas quer como se lhe fossem sinônimas quer mesmo lhe sonogando caracteres que lhe são próprios, do que resulta, assim e por consequência, ou um reducionismo de seu significado ou sua deficiente apreensão.

Esta situação não passou alheia à melhor doutrina. Segundo Luigi Ferri, “*criticable me parece la opinión que prefiere se hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son*”¹²². Francisco Amaral, reconhecendo que, largamente, a autonomia privada é recebida como sinônimo da autonomia da vontade, afirma que entre elas existe sensível diferença.¹²³ Judith Martins-Costa anota que a expressão “autonomia da vontade” não deve ser confundida com o conceito de “autonomia privada” nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a “autonomia negocial”.¹²⁴ Acrescenta Antunes Varela que o princípio da autonomia privada abarca área mais dilatada do que a liberdade contratual¹²⁵. Testemunhando esta variação e protegendo-se de incompreensões, Ana Prata, na sua obra *A tutela constitucional da autonomia privada*, ressaltou que se utilizaria da expressão “autonomia privada no seu sentido mais restrito e mais divulgado, isto é, como referindo a liberdade negocial”¹²⁶.

¹²² FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução Luís Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5.

¹²³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 337.

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo. In: _____. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 614- 615, NR 15.

¹²⁵ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, cit., v. I, p. 226-227.

¹²⁶ PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada...*, cit., p. 17.

Desbastando esse emaranhado de expressões e perquirindo o que é a autonomia privada, de início, encontramos o diagnóstico de ter ocorrido uma transição da *autonomia da vontade* para a *autonomia privada*, em razão do advento do *direito civil-constitucional* a partir do qual a autonomia passou a ser guiada pelo deslocamento da pessoa humana para o centro do ordenamento. Segundo Giovanni Ettore Nanni, a autonomia privada tem esteio na teoria do negócio jurídico, “entendendo-se esta como o verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais”.¹²⁷ Por seu turno, Fernando Noronha assevera que “a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através dos contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e distribuição de bens e serviços”¹²⁸. José de Abreu Filho não destoa deste mesmo enquadramento, definindo a autonomia privada como “os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”¹²⁹.

Francisco Amaral Neto desmembra a autonomia privada, sob os pontos de vista (i) institucional e estrutural e (ii) “técnico”. Sob a ótica institucional, é o reconhecimento, pelo Direito, de um âmbito de atuação da pessoa, com eficácia normativa, uma projeção do personalismo ético que tem na pessoa o centro e o destinatário da ordem jurídica privada. Sem este reconhecimento, a pessoa seria mero instrumento a serviço da sociedade. Tecnicamente, a autonomia privada funciona como poder jurídico particular “traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem”.¹³⁰

Nas palavras de Antunes Varela:

[...] uma coisa é, na verdade, a faculdade reconhecida pelos particulares de fixarem, livremente, segundo o seu critério, a disciplina vinculativa de seus interesses, nas relações com as demais criaturas (autonomia privada). E outra coisa, embora estreitamente relacionada com essa, é o poder

¹²⁷ NANNI, *A evolução do direito civil obrigacional...*, cit., p. 157, 168.

¹²⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça social*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115

¹²⁹ ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 41.

¹³⁰ AMARAL NETO, *A autonomia privada como princípio fundamental...*, cit.

reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos (liberdade contratual) que mais convenham à sua vontade comum.¹³¹

Manoel A. Domingues de Andrade vê a autonomia como a “ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares”¹³².

Fazendo uma pausa neste desfilar de sólidas definições, delas se extrai um elo, também sólido, entre a autonomia privada e as relações negociais. Isto é, a autonomia ingressaria dentro da moldura onde à pessoa é permitido normatizar sua vida – pelo negócio jurídico.

Seria isso, somente isso?

Perlinghieri recorda que, “sob o pressuposto que cada um é melhor juiz de seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, autorregulamentação, poder da vontade”¹³³. Ferreira de Almeida avança e a define como “o poder criador, ou fonte de direito ou, ao menos, de produção de efeitos que incidam sobre a esfera jurídica, num domínio relativamente subtraído à tutela do Estado”¹³⁴. Voltando a Amaral, verifica-se que, no mesmo diapasão, este delinea a autonomia privada como “um poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”.¹³⁵

Essas manifestações mostram afinidade com a etimologia: *autonomia privada* provém do grego *auto* (ação do indivíduo sobre si mesmo) e *nomos* (regra de conduta, norma, lei) e do latim *privatum* (particular, privado). Em uma simplificação, ter-se-ia a disciplina jurídica que a pessoa estabelece para si própria.

Não nos satisfaz, ainda. A autonomia privada não pode ter reductionismo em sua compreensão, pois seria confinar a produção da pessoa humana a situações previamente qualificadas. Tentando melhor dizer, teríamos um retorno ao sujeito codificado. Não é assim, nem é bem assim. Sob o rótulo da autonomia privada, está a pessoa nas mais variadas de suas manifestações, para ela mesma ou nas suas

¹³¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral...*, cit., p. 226.

¹³² ANDRADE, Manoel A. D. *Teoria Geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998, v. II, p. 27.

¹³³ PERLINGHIERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 335.

¹³⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 8.

¹³⁵ AMARAL, *Direito Civil: introdução...*, cit., p. 337.

relações. Com respaldo em Perlinghieri¹³⁶, não seria demasiado mencionar que todo fato concreto é juridicamente relevante; todo fato na realidade social tem juridicidade. E por fato juridicamente relevante se há de entender não apenas aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser individuadas, mas qualquer um que seja expressão positiva ou negativa de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Diz o Mestre italiano que o simples fato de Fulano subir no carro e andar alguns quilômetros é manifestação exterior de um valor – o da liberdade de circulação –, e assim, portanto, é relevante para o Direito. De suas lições, é importante avaliar-se que a teoria do fato irrelevante atendia à ideologia da pretensa neutralidade do ordenamento no que diz respeito às liberdades privadas. Acrescentamos que até mesmo um objeto natural pode se tornar símbolo a carregar significações e nelas latejam valores – que podem ser juridicamente contemplados. Uma pedra é meramente uma pedra, porém, na hipótese de esta pedra ser apropriada – por exemplo – para demarcar os limites da propriedade, eis que assume um valor para o Direito.¹³⁷

Traçando um silogismo, se é fecunda a manifestação da pessoa, se inexistente fato sem relevância para o Direito, a autonomia da pessoa há de adentrar onde quer que a pessoa esteja, em qualquer que seja o fato que ela produza ou pretenda produzir, em qualquer lugar de sua vida.

Com uma compreensão comprometida com a pessoa humana e sua dignidade, conceituamos a autonomia privada como o poder outorgado pela ordem jurídica à pessoa humana de dirigir sua vida seja na feição existencial seja no plano negocial, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações, consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito.

Três caracteres, daí, podem ser captados: (i) o poder da pessoa humana de determinar sua vida; (ii) o poder do particular de regular seus interesses; e (iii) a vontade – ou ação – para realizar esse poder. Expurgar-se qualquer um destes caracteres, aí sim, é fazer da autonomia privada sinônimo de *autonomia negocial*, *autonomia da vontade*, *liberdade negocial* ou *liberdade de contratar*, a depender do

¹³⁶ PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 90-91.

¹³⁷ SALDANHA, Néilson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro Renovar, 1998, p. 114.

elemento que for pinçado. Será, portanto, desconsiderar as lições da plêiade de juscivilistas que refutam essa sinonímia – como precedentemente descrito.

4.2 AUTONOMIA PRIVADA: AUTODETERMINAÇÃO E PODER

Inequivocamente, não há unanimidade no reconhecimento da autodeterminação como componente jurídico da autonomia privada, alçando-a aquela um espectro muito mais dilatado que esta. O “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”¹³⁸ seria um conceito de valor em estágio pré-jurídico.

No entanto, não nos seduzem justificativas para que a autonomia privada exclua a possibilidade de a pessoa determinar o caminho de sua vida, mormente quando se tem a *dignidade* por princípio reitor de todo ordenamento que induz o pleno respeito às manifestações da personalidade, inclusive com a tutela de um direito geral de personalidade.

Se transeuntes de outro caminho, implodiríamos toda a concepção da dignidade da pessoa humana a se irradiar pelo Direito Civil. Lembremos que ficou anteriormente assentado que o conteúdo mínimo da dignidade abarca: (i) o valor intrínseco da pessoa; (ii) a autonomia; e (iii) o valor comunitário. E a *dignidade enquanto autonomia* alcança a capacidade de autodeterminação do indivíduo de decidir os rumos de sua própria vida e de desenvolver, livremente, a sua personalidade significando o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais.¹³⁹

Neste mesmo sentido, também encontramos respaldo em Rui de Alarcão para quem o princípio da autonomia privada

[...] constitui um dos veículos do livre desenvolvimento da personalidade humana, e, no seu aspecto mais saliente, postula a legitimidade dos particulares para a autorregulamentação de seus interesses, para a auto-ordenação das suas relações jurídicas.¹⁴⁰

¹³⁸ RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., p. 31.

¹³⁹ BARROSO, *Fundamentos teóricos e filosóficos...*, cit., p. 45.

¹⁴⁰ ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações: síntese das lições ao 2º ano jurídico*, copigrafadas. Coimbra, 1977-78, p. 104.

Note-se que o eminente Mestre pôs em destaque o desenvolvimento da personalidade referindo-se à “autorregulamentação” ou à “auto-ordenação” apenas como aspecto “mais saliente” – por isto mesmo, não excludente dos demais aspectos da personalidade.

Quer no sentido mais restrito, em que a autonomia privada se subsume à autonomia negocial ou apenas à autonomia contratual, quer como gênero no qual se conformam a autonomia negocial e todas as manifestações da pessoa na realização do desenvolvimento da personalidade, ela é um poder, diga-se, um poder jurídico. São abundantes as manifestações neste sentido.¹⁴¹

Este poder, no entanto, é um poder derivado. Submete-se aos ditames normativos do ordenamento, tanto às normas-princípios quanto às normas-regras, donde ser também limitada a expansão da vontade. Há uma *moldura legal* a restringir seu espaço de atuação, o que não o elimina, não o sufoca, não o descaracteriza nem desmerece a vontade como sua manifestação: ela transita em plenitude no seu espaço. Em todo Estado de Direito Democrático, todo e qualquer poder tem suas limitações, assim também a autonomia privada. Reconhecer-se diferentemente será também admitir que a inserção de *princípios e direitos fundamentais* nas Constituições, por impor limites à ação do legislador, estaria por aniquilar a lei – o que não é verdade. As bitolas servem para a realização dos valores.

4.3 AUTONOMIA PRIVADA E AS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Assentada a noção de autonomia privada, chega o momento de distingui-la dos demais princípios que com ela não se confundem ou mesmo que dela derivam. Sendo a autonomia privada um poder, só se pode assumi-lo como um dado objetivo pelo qual é conferida à pessoa a possibilidade jurídica de agir seja na atuação para a realização de sua personalidade seja na regulação de seus interesses. Assim, esta

¹⁴¹ Assim, a ilustrar, fazendo coro aos demais juscivilistas citados no texto: “autonomia privada [é] o poder, reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados” (PERLINGHIERI, *O Direito Civil na legalidade...*, cit., p. 325). “A autonomia privada, ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito de direito, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica) realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos” (PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada...*, cit., p. 11).

possibilidade está posta e assim posta é tanto uma situação objetiva quanto estática. Exercitá-la, depende da vontade: há um poder, exercita-se-lhe nos limites da ordem jurídica; toma corpo a *autonomia da vontade*.

Para uns, a *autonomia da vontade* é reflexo da doutrina liberal e se alicerça na ampla liberdade contratual, consistindo no poder dos contratantes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.¹⁴² Seria genericamente enunciada como a *faculdade* que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos.¹⁴³ Outros optam por vislumbrar na *autonomia da vontade* duas formas distintas, correspondendo uma à liberdade de contratar e a outra à liberdade contratual: na primeira, revela-se a possibilidade de realizar ou não determinado contrato; na outra, a possibilidade de estabelecer o conteúdo da avença.¹⁴⁴ Dessas abordagens retiramos dois pontos em comum: a autonomia da vontade atrofiada ao contrato e, até mesmo, como sinônima de *liberdade de contratar*.

Expressamos nossa discordância para proclamar que a *autonomia da vontade* é a face subjetiva da autonomia privada. *É o querer utilizar-se do poder que é concedido à pessoa humana na sua autodeterminação e na realização de sua personalidade. É o âmbito da liberdade de querer ou não atuar de como e quando fazê-lo.*

Ademais, não entendemos plausível esgotar a autonomia da vontade na figura do contrato, porque, se assim fora, não a teríamos presente nos atos coletivos que não se constituem contrato. Resgata-se o que ocorre com as várias pessoas que se reúnem para formar uma associação. Formam, se quiserem, por deterem o poder de fazê-lo; formam consoante a vontade que dispõem, com autonomia.

Como antes vimos, são múltiplas as manifestações da pessoa humana. Assim, se o poder é pertinente à celebração de *negócios*, por óbvio – sem deixar a autonomia privada de ser o gênero – pode ser intitulado de *autonomia negocial*. Caso, entretanto, seja focado o contrato *como espécie do gênero negócio* passa-se a

¹⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III, p. 20.

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. III, p. 18.

¹⁴⁴ WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 162.

utilizar a expressão *autonomia contratual*. Enfim, *liberdade negocial* e *liberdade contratual* se conformam no campo da vontade, no estipular o conteúdo da regulamentação dos interesses. Em suma, a liberdade negocial é a forma com que se reveste a autonomia privada, na área da estipulação dos negócios jurídicos lato sensu, e a liberdade contratual é relativa ao campo específico dos contratos.¹⁴⁵

4.4 RELAÇÕES PATRIMONIAIS E NÃO-PATRIMONIAIS: POR UMA NOVA SISTEMATIZAÇÃO

Em outras linhas enfatizamos que a patrimonialidade é inerente às relações civis. A transformação qualitativa que vem, paulatinamente, ocorrendo – e que deve ser sempre perseguida – situa-se na *repersonalização*, ou *despatrimonialização*, fenômeno que, sem negar este componente da vida da pessoa, o põe a seu serviço e a serviço da coletividade. O *ter* para o *ser*.

Também tivemos oportunidade de destacar que a autonomia privada é um poder que converge tanto para possibilitar à pessoa a autorregulamentação de seus interesses, em âmbito que atua com eficácia normativa, quanto para autodeterminar-se, pondo seus prumos e traçando seus rumos existenciais.

Neste cenário, forçoso é admitir que a autonomia privada se direciona a negócios patrimoniais e a atos não patrimoniais. À pessoa é deferido este poder não apenas para firmar negócios jurídicos patrimoniais, mas, também, a autonomia se manifesta nos direitos da personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem, dentre outros¹⁴⁶. Efetivamente, as relações extrapatrimoniais têm como fundamento a autonomia privada.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Colhemos em Antunes Varela a lição de que “o princípio da autonomia privada reveste, na área específica dos negócios bilaterais e plurilaterais, a forma de liberdade contratual” (*Das obrigações em geral...*, cit., p. 226). No entanto, como há negócios jurídicos que não são contratos, sem abandonar o magistério do consagrado Mestre, fizemos uma adaptação a nosso sentir, distinguindo quando se trata de negócio lato sensu e quando se cuida da espécie contrato.

¹⁴⁶ NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). *Coletânea. Direito civil-constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 263.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: ANCONA LOPEZ, Teresa (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco iminente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 331.

Uma vez mais, retiramo-nos desse recinto terminológico para aninhar uma perspectiva de positivação, substituindo o viés negativo ou extramuros com que recebem tratamento as afirmações do desenvolvimento da personalidade. Quando são convocadas, nomeia-se-lhes “não patrimoniais” ou “extrapatrimoniais”. Parece-nos que as expressões carregam forte componente ideológico de onde e quando o patrimônio se destacava. Iniludivelmente, se chamarmos de “não-patrimonial” ou “extrapatrimonial” a relação da vida na qual a pessoa busca a realização de seus fins, em primeiro lugar está o patrimônio. Saindo desta esfera, é o resto: o não-patrimônio; o que escapa de seu reino.

Há de ser o inverso: o patrimônio não agride nem ofende. Completa. Mas o que se quer decantar é esta visão que vai para um ângulo específico, ficando o outro turvamente visto, como “o que não é aquele” ou o que está “fora daquele”. Ao revés, a existência humana é o bem originário e primordial.

No embate pela humanização do Direito Civil, Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenthal¹⁴⁸, saem desses dois polos e apresentam a *autonomia contratual*, a *autonomia negocial unilateral* e a *autonomia existencial* como as espécies do gênero *autonomia privada*.

Sem negar a fonte das nossas reflexões, preferimos, no entanto, manter fidelidade à nossa compreensão da autonomia privada como poder outorgado pela ordem jurídica à pessoa humana de dirigir sua vida, seja na feição existencial seja no plano negocial, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações. Àquela corresponde a *autonomia existencial*; a este, genericamente, a *autonomia negocial* onde tem assento a *autonomia contratual*, como sua espécie.

Esta é a sistematização que nos acompanhará.

4.5 A VONTADE: A REALIZAÇÃO DO PODER

4.5.1 Do dogma ao preconceito: enfrentando barreiras

Os preconceitos são os antolhos da razão. Atrofiam o campo visual.

¹⁴⁸ FARIAS; ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: contratos...*, cit., p. 148.

O estudo da vontade no âmbito jurídico tem sido eivado de preconceitos, especialmente quando se defende que ela é elemento enraizado na autonomia privada e, portanto, dela indissociável. Quem assim sustenta, recebe, de logo, a pecha de querer o retorno de um dogma, o ressuscitar do liberalismo.

Não confundamos a onipotência da vontade com ela, em si. Na vontade sem limites, com a sua imprescindibilidade ao exercício da autonomia privada. Aliás, é oportuno salientar que a própria expressão *autonomia da vontade* não constava sequer das obras de Direito Civil francês até princípios do século XX, quando passou a ser utilizada como reação aos excessos individualistas a que conduziam os preceitos do *Code*.¹⁴⁹

Os opositores da *vontade* se abraçam a Marx e a Freud. Do *materialismo histórico* extraem que a razão é prisioneira da ideologia, de um conjunto de valores que condicionam o pensamento, independentemente da vontade. Do pai da Psicanálise, absorvem que o ser humano não a domina; o que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja provém de seu inconsciente.

Não escondemos as influências externas, as crenças que nos contagiam e o que se aloja nos escaninhos de nosso ser. Nem as nossas circunstâncias. A vontade a que nos atemos deve ser dissecada dentro do Direito¹⁵⁰, seja na regulação dos interesses, seja como propulsora dos atos de nossa existência. Aproveitando as palavras de Santos Justo, “a voluntas emerge e torna-se o fundamento dos efeitos jurídicos”¹⁵¹ e passa a ser uma das dimensões mais típicas da personalidade.¹⁵²

A vontade que atua, a que faz acontecer, esta é a que nos interessa. A que se desloca do íntimo e realiza. Ou é dirigida para realizar. “Eu posso regular minhas relações” – sintetiza o poder; “eu utilizei esse poder” – revela a vontade; “eu me utilizei desse poder quando quis e como quis” – expõe a vontade livre; “eu me utilizei desse poder quando quis e como quis, nos limites impostos pelo Direito” – delinea o poder exercido pela vontade livre e juridicamente válida. É propícia a explicação que nos oferta Giuseppe Branca para quem, porque estamos no terreno do

¹⁴⁹ GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil: les obligations; le contrat, formation*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988, p. 26.

¹⁵⁰ CASILO, João. *O erro e o vício da vontade*. São Paulo: RT, 1982, p. 7.

¹⁵¹ SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito Privado Romano*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. I. Parte Geral, p. 187.

¹⁵² STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 45

relacionamento do homem, o querer não se exaure no psíquico, mas é necessário que se exteriorize manifestando-se no mundo exterior.¹⁵³ E este querer, podemos trazê-lo para o Direito.

Quando nos dedicamos ao negócio jurídico, temos a mais eloquente prova da essencialidade da vontade e da vontade livre. Onde não há vontade, inexistente negócio; onde há vontade viciada, compromete-se a sua validade. Para dar mais vigor à análise ora empreendida, foquemos o *erro* enquanto vício do consentimento. Recebendo-o como “falsa noção da realidade”¹⁵⁴ percebe-se, de plano, que o erro está na própria pessoa, pela sua deformada percepção do objeto ou da pessoa. Mesmo sem a interferência de terceiros, só por pensar verdadeiro o que falso é, ou vice-versa, os diversos ordenamentos inquinam de invalidade a relação jurídica: assim no art. 247, do CCP, e no art. 171, II e do CCB.¹⁵⁵ Neles, o *erro* conduz à anulabilidade – não à nulidade –, o que significa dizer que a invalidade dependerá da vontade do agente de provocá-la. Se o *erro* é “decisão tomada em função de falsa representação da realidade”¹⁵⁶, a anulação só poderá sobrevir a partir da *decisão* de quem errou. Do “eu erre” ao manifestar minha vontade, segue-se que “o ato ou o negócio pode ser invalidado se minha vontade for dirigida nesse sentido”.

A vontade para fazer; a vontade para desfazer.

Vê-se, por conseguinte, que não se apura as condicionantes que despertaram a acuidade de Marx, nem o inconsciente no qual imergira Freud. Estamos na seara do Direito. O que determina o *erro* é a falta de correspondência entre a percepção, a vontade e a realidade. A pessoa pode até ser *induzida ao erro*, configurando-se o *dolo*. Igualmente será ela, só ela, quem irá aquilatar, por sua conveniência, se vai manifestar a pretensão de invalidar a relação jurídica que se formara defeituosa. A sua vontade fora dolosamente captada, mas como se trata de sua vontade, só sua vontade ditará sua conduta.

¹⁵³ BRANCA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto privato*. 6. ed. Bolonha: Editore S.p.A., 1975, p. 63. Em suas palavras: “*La volontà, perché siamo nel terreno dei rapporti di uomo ad uomo, no deve esaurirsi nel puro psichico, ma perché ci sua negozio è necessario che siestrinsechi, vale a dire che si manifesti all'esterno*”.

¹⁵⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III, p. 45-47.

¹⁵⁵ Assim também nos arts. 924 e segs. do CC da Argentina e no art. 1265, do CC da Espanha.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 328.

Volvendo as atenções para o casamento, a ninguém é dado interferir na sua validade quando um cônjuge o contraiu com *erro essencial sob a pessoa do outro* ou sob *coação*. A vontade da pessoa se mantém como seu reduto inviolável e inexpugnável de decisão: os atributos negativos de um cônjuge podem ser drasticamente repelidos pela sociedade, a sua conduta pode estar penalmente tipificada, mas postular a anulação do casamento é ato de exclusivo juízo de quem cometera o *erro*. De sua vontade, enfim. E se *coação* houve, reproduzem-se nossas palavras, tudo isto com esteio no art. 1.641º, 1ª parte, do CCP, no art. 1.559, 1ª parte, do CCB, e no art. 76, 1ª parte, do CC da Espanha.¹⁵⁷

Em que pese o CCP originariamente conter soluções francamente retrógradas em matérias como, por exemplo, reconhecimento das associações, o estatuto da mulher casada e a filiação¹⁵⁸ e o CCB ser considerado arrojado e, ao mesmo tempo, tímido, na função de conformação da realidade¹⁵⁹, sobre eles ninguém se arriscou a afirmar serem adeptos do dogma da vontade.

4.5.2 A vontade no Direito Civil: sua força

A vontade que carrega consigo a força jurígena é a que vem para o mundo exterior. A carga que traz de valores, de emoções e de frustrações, do que se aloja no inconsciente nada mais é do que a projeção do ser humano. E é este ser – o que tem existência concreta –, o que habita no Direito Civil e dele recebe tutela.

Sintonizados no Direito de Família, podemos observar que, até mesmo *deveres normativamente postos* – portanto, dirigidos ao sujeito codificado – e de conteúdo nitidamente existencial podem ser dispensados pelos cônjuges. Tomemos os *deveres de fidelidade e de coabitação*, elencados no art. 1.672, do CCP, e nos incisos I e II, do art. 1.566, do CCB.

¹⁵⁷ CCP, art. 164, 1ª parte: “A acção de anulação fundada em vícios da vontade só pode ser intentada pelo cônjuge que foi vítima do erro ou da coação”. CCB, art. 1.559, 1ª parte: “Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu a coação, pode demandar a anulação do casamento”. Código Civil da Espanha, Art. 76, 1ª parte: “*En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el conyuge que hubiera sufrido el vicio*”.

¹⁵⁸ RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., p. 12.

¹⁵⁹ BRANCO, Gérson. O culturalismo de Miguel Reale e a sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA Judith; _____. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

No tocante ao *dever de fidelidade*, recebido como preceito ético de caráter cogente¹⁶⁰, a vontade dos cônjuges tem a força de amoldá-lo, também, de afastá-lo. Aqui ou ali. De acolá, vem-nos a biografia de Simone de Beauvoir, na obra de Irène Frain¹⁶¹, que nos informa que entre ela e Jean Paul Sartre – seu marido – a infidelidade não se apequenava às relações sexuais, que poderiam ser livremente praticadas segundo o desejo de cada qual. A chamada “traição”, para eles, era a insinceridade e a falta de transparência no convívio: o silêncio e a ocultação. Reciprocamente revelados os relacionamentos, mantido o afeto entre eles, assim estavam fiéis – um com o outro.

A herança cultural que foi transmitida dificulta a aceitação desses valores que surgem. Entretanto, no que é específico do Direito, ainda que, mediocrementemente, se aceite o *dever de fidelidade* como a exclusividade sexual, não encontramos qualquer vedação para a regulação que a ele deram o casal Beauvoir e Sartre. Pronunciam-se a autonomia existencial – *o poder* – e a sua efetivação – *pela vontade dos cônjuges*, que pode ir além, para chegar ao “direito de graça”, designativo do direito de perdão por parte do “cônjuge enganado”. De mais a mais, a liberação do dever pode ser ampla e irrestrita, sem sequer a exigência da revelação dos relacionamentos – como se afirma terem se condicionado os filósofos franceses.

No que toca à coabitação, somos empurrados a repetir a contaminação pelos preconceitos, porquanto sempre se há colocado que, sob seu manto, encobre-se, eufemística e predominantemente, o *debitum conjugale* e o dever de convivência na mesma habitação. Nem um enfoque nem outro resiste à força jurígena da vontade. Naquilo pertinente à regular prática do ato sexual, encoberta, preconceituosamente, como “coabitação”, não há dificuldade alguma de se garantir a possibilidade de a sublimarem os cônjuges: se lhes é dado estabelecer regras de seu convívio quanto à fidelidade sexual, logicamente, também podem renunciar ao cumprimento do *debitum*. E renúncia é ato de vontade. No que se refere à morada comum, as regras do art. 1.673º, do CCP, e do art. 1.569, do CCB¹⁶² mostram que a rigidez de outrora se quedou diante da realidade econômica. Não só. Se os cônjuges podem, de comum

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V, p. 174.

¹⁶¹ *Beauvoir apaixonada*. Tradução Marisa Rossetto. São Paulo: Verus, 2013.

¹⁶² CCP, art. 1673, 1: “Os cônjuges devem escolher em comum acordo a residência da família”.

acordo, escolher o domicílio do casal, podem fazê-lo escolhendo domicílios diferentes, fenômeno que se vem verificando a cada dia com mais frequência.

Para que se intensifique a clareza solar da força jurígena da vontade, até mesmo a natureza das coisas lhe é dado modificá-la. O art. 88, do CCB, prevê, expressamente que “os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes”. Ou seja, a vontade das partes suplanta a natureza.

Neste perpassar sumário sobre a vontade, sem que se ressuscite um dogma, fica a convicção de que ela está, na autonomia privada, por vezes, na atualidade, mais presente do que antes na determinação das opções existenciais; em outras relações, com mais limites que no passado, porque o Direito Civil hodierno não se compadece com o individualismo e leva avante a certeza de que “*la persona è inseparabile della solidarietà: la cura dell’altro fa parte del concetto de persona*”¹⁶³.

¹⁶³ PERLINGHERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Torino: ESI, 1997, p. 43. Em tradução livre: “A pessoa é inseparável da solidariedade: cuidar do outro faz parte do conceito de pessoa”.

5 A AUTONOMIA PRIVADA E A SUA TUTELA CONSTITUCIONAL

5.1 A AUTONOMIA E A DIGNIDADE DA PESSOA: A TUTELA CONSTITUCIONAL

Quando as atenções convergem para a investigação da tutela da autonomia privada, já no primeiro momento, o estudo há de se concentrar, notadamente, na Constituição porque, impregnada pela intencionalidade material de todo direito e comungando da pretensão e validade que é próprio deste, ela se coloca no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e de atos com suas opções valorativas¹⁶⁴. Esta supremacia sustenta o raciocínio inovador que vê o Direito Constitucional acima das classificações tradicionais, sobrepairando o direito público e o direito privado.¹⁶⁵ No entanto, se formos vasculhar a CRP e a CF/88, nelas não vamos encontrar referência expressa alguma à autonomia privada, o que poderia ensejar uma apressada interpretação de que ela não goza de tutela constitucional.

Já nos manifestamos no sentido de que o *princípio da dignidade da pessoa humana* é norma-princípio que se irradia por todo o sistema jurídico. Mais do que isto, temos de considerá-lo não unicamente como armadura a proteger o indivíduo de ataques perpetrados pelo Estado ou pela sociedade. Nele pulsa, também, um aspecto positivo que confere à pessoa humana o poder de sua autodeterminação, inclusive com a remoção de obstáculos que impeçam uma vida digna. O sujeito concreto vive; deixa de ser uma embalagem confeccionada pela lei. E, para viver com dignidade, tanto tem de prover suas carências quanto dirigir a sua existência com as suas próprias opções. Viver com dignidade pressupõe a autonomia vital, com o que se pode declarar que a pessoa e a autonomia são temas afins. Onde não há autonomia, não haverá dignidade. Para que a dignidade se efetive, a pessoa humana há de ser destinatária de instrumento para sua realização – e este instrumento é a sua autonomia – para ser e existir; para viver, dignamente.

¹⁶⁴ RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., p. 10.

¹⁶⁵ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 83.

Com isso, seguramente, a autonomia privada recebe a tutela constitucional e está ao abrigo do *princípio da dignidade*, que há de ser entendido como referência unificadora de todos os direitos fundamentais, englobando a afirmação da integridade física e espiritual da pessoa humana, inclusive a sua individualidade, garantida pelo livre desenvolvimento da personalidade, pela defesa da autonomia individual, pela igualdade de tratamento e pelo fornecimento de condições mínimas de existência.¹⁶⁶ É norma-princípio que atrai a realização daqueles direitos fundamentais em todas as suas dimensões, portanto.¹⁶⁷ Os direitos fundamentais seriam, assim, em maior ou menor densidade, emanações da dignidade da pessoa, esta um núcleo de um direito geral de personalidade.¹⁶⁸ Numa síntese, o princípio da dignidade é “força matriz e motriz”¹⁶⁹.

5.2 AUTONOMIA PRIVADA, DIGNIDADE DA PESSOA E LIBERDADE

Eis a questão subjacente: defendendo a autonomia privada como manifestação da dignidade, no âmbito existencial e no âmbito negocial, importa respondermos como a dignidade e a autonomia se posicionam diante da liberdade. Para tanto, é necessário discorrer sobre a liberdade, para que este paralelo possa ser clarificado.

De antemão, deparamo-nos com um fato incontestável: tão vigorosa ela é para o ser humano que é o primeiro valor a ser golpeado quando se quer dominá-lo. Quando as ditaduras se implantam, a primeira afirmação é a negação da liberdade. Suprime-se-lhe nos estados totalitários para que o poder se exerça sem freios. A dominação econômica se efetiva no estreitamento ou no aniquilamento do seu raio de ação ou utilizando-se de imagens falseadas. E as criaturas, tão prodigiosas nas suas criações, tem-nas tolhidas pelo cerceamento de sua liberdade, nas suas diversas faces e fases, como na inquisição, na revolução cultural, nas censuras. Qualquer que seja o meio empregado, massacrando a liberdade ceifa-se a dignidade.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1966, p. 363.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998, p. 89-94.

¹⁶⁸ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 51.

¹⁶⁹ FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191.

Desde a Antiguidade, os filósofos vêm utilizando a inteligência para explicar *o poder da pessoa sobre si mesma*. Foi, porém, Santo Agostinho quem trouxe o conceito de *livre arbítrio*, traduzido pela liberdade de “querer o que se quer”, sendo *o que se quer* um bem ou um mal, à livre escolha do sujeito. Kant deslocou o conceito para o Direito, chamando-o, por vezes, de *liberdade*.¹⁷⁰

A liberdade foi recepcionada como um direito fundamental, assim, pela CRP e pela CF/88 e tem por pressuposto uma possibilidade de escolha que se manifesta de variadas maneiras: é tanto o fazer o que não é proibido, como a exigência de não intervenção na vida privada, ou, ainda, a possibilidade de autodeterminação ou autogoverno¹⁷¹; ou, como já o dissera Garcia Amigo, é a possibilidade de a pessoa atuar com transcendência jurídica.¹⁷²

Em seu sentido amplo, a liberdade jurídica dos privados é o direito que a pessoa tem de “conduzir sua vida por si mesma, sem direcionamentos públicos, venham estes do Estado, da sociedade ou de outro indivíduo ou grupos de indivíduos, desde que suas ações não causem danos a terceiros”¹⁷³.

É preciso cuidado com as palavras, porque elas traem. Refletem, muitas vezes, o que não se quer dizer. Com cautelas, deve-se ler o sentido da liberdade que ora é manifestado; não se deve recebê-lo com caráter absoluto a se imaginar que nada o suplanta, nada o controla.

Trazendo na bagagem o que já foi exposto, ao Estado Liberal não era dado intrometer-se nas relações privadas, cunhando-se, por isto mesmo, as expressões largamente difundidas do *laissez faire; laissez passer*. Ao suposto de serem os indivíduos livres e iguais, a eles e só a eles, competia regular suas relações ao sabor de suas conveniências. Com o advento do Estado Social, porém, o quadro se alterou substancialmente. A liberdade lá estava consagrada; aqui também.

Sucedo, todavia, que o art. 1º da CRP e o art. 3º, I, da CF/88, explicitam que Portugal e Brasil têm por objetivo a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*. Esta a verdadeira transformação. Sociedade livre é a que tem por suporte a liberdade real, em que se asseguram as manifestações da personalidade, com respeito

¹⁷⁰ MORAES, *Na medida da pessoa humana...*, cit., p. 184-185.

¹⁷¹ MORAES, *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde...*, cit., p. 333.

¹⁷² AMIGO, Manoel Garcia. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, I, Parte General, p. 207.

¹⁷³ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 112.

à alteridade; sociedade justa é a que realiza a justiça social; e sociedade solidária é a que não inimiza as pessoas entre si e as acolhe com suas diferenças, dando-lhes o adequado tratamento desigual.

Com esse desiderato, a CRP, em seu art. 26º, e a CF/88, em seu art. 5º, garantem – dentre outros – os direitos ao desenvolvimento da personalidade, à intimidade, à liberdade de associação e à propriedade. Fica fácil aí identificar a dignidade da pessoa humana, permitindo que se assevere que é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade¹⁷⁴ ou que se compreenda que a liberdade é, simultaneamente, pressuposto e concretização direta da dignidade¹⁷⁵. Também sem dificuldades, a olho nu, naqueles direitos, podemos enxergar a autonomia privada – tanto a autonomia existencial quanto a autonomia negocial.

Colocando frente a frente, porém, a autonomia e a liberdade, para saber se elas se distinguem, se confundem ou se assemelham é oportuno e conveniente separar as duas vertentes da autonomia privada.

Ana Prata tratando da autonomia privada, no sentido econômico, menciona que ela e a liberdade “não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, conceitos antinômicos”¹⁷⁶. Deve-se atentar que a ilustre jurista tem por ponto de partida de seu raciocínio o aspecto econômico da autonomia privada, e só ele. Mesmo assim, apondo a locução “em grande medida”, deixa uma margem para se interpretar que não é exclusivamente desta maneira, e sim “em grande medida”. Já Amaral Neto declara que o exercício da autonomia privada é manifestação da liberdade; seu instrumento é o negócio jurídico.¹⁷⁷ Luís Roberto Barroso afirma que a autonomia privada decorre do princípio da liberdade.¹⁷⁸

Tratando-se das relações existenciais, assevera Maria Celina Bodin de Moraes que a liberdade individual tem por instrumento a autonomia privada perspectivada como o poder de realizar as próprias escolhas, o projeto de vida.¹⁷⁹

¹⁷⁴ BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro...*, cit., p. 313.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87-88.

¹⁷⁶ PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada...*, cit., p. 77.

¹⁷⁷ AMARAL NETO, *A autonomia privada como princípio fundamental...*, cit., p. 14.

¹⁷⁸ BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro...*, cit., p. 434.

¹⁷⁹ MORAES, *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde...*, cit., p. 331

Esta senda percorre Daniel Sarmento¹⁸⁰ para quem o conceito de autonomia privada que goza de proteção constitucional é definido como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual.

Inadmissível dissecar a matéria sem pôr em relevo o magistério de Canotilho e Vital Moreira, que propõem pontos iluminadores para guiar o estudo, quando fazem diferenciação entre o *direito de liberdade* e *as liberdades*. Ensinam que o direito de liberdade previsto no art. 27º/1 da CRP trata da *liberdade pessoal* consistente no direito à liberdade física, à liberdade de movimento, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado ou, de qualquer modo, fisicamente condicionado a um espaço ou impedido de movimento. As *liberdades* (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. Distinguindo-se “direitos, liberdades e garantias”, há um traço específico que é a possibilidade da escolha de um comportamento. Assim, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre “viver ou morrer”). A componente negativa das liberdades constitui, também, uma dimensão fundamental (ex: ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão).¹⁸¹

Ora, se as *liberdades* implicam essa “dimensão fundamental” onde desponta uma alternativa de comportamento, a autonomia privada, assumida como o poder de a pessoa dirigir sua vida, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito, só podemos fazer nossas as palavras de Daniel Sarmento, para quem a autonomia privada “constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade”¹⁸².

Ademais, dando um passo à frente, não nos esqueçamos de que, no que concerne aos contratos, ainda na atualidade são utilizadas as expressões “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”, que refletem, precisamente, aquela

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁸¹ CANOTILHO; MOREIRA, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, cit., p. 1259-1260.

¹⁸² SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas...*, cit., p. 174-175.

possibilidade de escolha, apesar das variáveis limitativas dos ordenamentos e da dinâmica econômica da atualidade: contratar ou não contratar; o que contratar; com quem contratar; e o próprio conteúdo do negócio.

Se o contratar é um *minus* face à autonomia – já que ela engloba os demais negócios e as relações existenciais – e nele se destaca a *liberdade* de fazê-lo, não se tem porque dela (a autonomia) se ocultar esta dimensão. E com esta dimensão, e mais esta vez, a autonomia recebe o manto constitucional amparando-a. Porque, em verdade, em verdade, autorregulamentação e autodeterminação representam a liberdade privada. De ser e agir. Se não a batizaram de “liberdade privada”, isto se deve ao momento histórico em que reinava a dicotomia, fazendo com que a liberdade ingressasse no direito privado com a denominação de “autonomia privada”, o que bem a conectava com a ideologia do individualismo e da patrimonialidade que não mais subsiste.

Isso posto, não há dignidade sem liberdade. A autonomia é uma face da liberdade – ou *das liberdades* –, donde só cabe concluir que a autonomia privada tem assento constitucional e se revela como direito fundamental, porque indissociável do livre desenvolvimento da personalidade. Só podemos afirmar “somos livres”, quando nos é possível propor nosso agir, coordenando-o – ressalve-se, no entanto –, com as *outras liberdades*. Quando se reconhece que os direitos da personalidade são direitos fundamentais subsumidos no princípio da dignidade, que é, em si, um direito fundamental¹⁸³, e se acolhe a liberdade como pressuposto e concretização direta da dignidade, a autonomia privada não pode deixar de ser admitida no rol dos direitos fundamentais.

5.3 AUTONOMIA PRIVADA, LIBERDADE E LIVRE INICIATIVA

Diante dos que negam a autonomia privada como expressão da liberdade pessoal de regular e propor seu agir, aparece a “livre iniciativa”, que vem a ser, precisamente, “a liberdade de criar e exercer empreendimentos ou atividades

¹⁸³ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 261.

econômicas”.¹⁸⁴ Consistindo esta na liberdade do exercício da atividade econômica, conforma-se no poder do particular de regular suas relações daquela natureza com terceiros. Assim se afirmando, por consectário, expurgam-se deste âmbito outras realizações da autonomia privada tais como a liberdade de associação, a liberdade de testar, a liberdade de constituir entidades familiares, dentre outras.

Pelo fato, porém, de se dirigir unicamente à atividade econômica, a *liberdade de iniciativa* não se desgarra da autonomia privada: antes, e sobretudo, é uma sua manifestação porque é a autodisciplina dos próprios interesses que se efetiva na exteriorização da vontade dirigida para aqueles fins, nos limites permitidos pela ordem jurídica. Ao fim e ao cabo, o reconhecimento da livre iniciativa implica, necessariamente, no reconhecimento da autonomia privada negocial, trazendo em seu rastro a “liberdade de contratação, já que o contrato é o mais importante dos meios usados pelos sujeitos de direito para exercitar o princípio constitucional da livre-iniciativa econômica”.¹⁸⁵

Como daí deflui, às escancaras, também visualizamos, aqui, a tutela constitucional da autonomia privada na justa medida em que a liberdade de livre iniciativa dela é uma projeção, até mesmo como princípio básico da ordem econômica e social. Esta sua essência constitucional leva a que a autorregulamentação de tais interesses deva ser assimilada como meio para o desenvolvimento da personalidade humana.

Permitimo-nos conectar o art. 170, da CF/88, onde se encontra estatuído que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. De um lado, nesta norma, encontramos diretrizes para a atividade econômica; doutro, a sua vinculação à finalidade de proporcionar a todos uma “existência digna”. Assim, este dispositivo, necessariamente, há de se harmonizar com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), fazendo com que se

¹⁸⁴ LOBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

¹⁸⁵ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. Vol. II. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. 2. reimpr., p. 248.

entrelacem a livre iniciativa e a autonomia privada, aqui com a indumentária de *autonomia empresarial*.

De tudo isso se depreende que não é legítimo supor-se que a *livre iniciativa* se esgota em si mesma com componente exclusivamente econômico. Ela tem por suporte a liberdade de seus atores, princípio que vem no Preâmbulo da CF/88 e da CRP e reiterado ao longo de seus corpos. O princípio da livre iniciativa econômica encontra seu fundamento último na própria ideia de pessoa e no respeito de seus direitos fundamentais. É a efetivação, no campo econômico, da dignidade da pessoa humana, através do livre desenvolvimento da personalidade.¹⁸⁶

Como a livre iniciativa garante aos indivíduos o poder de alcançar seus objetivos e interesses no campo econômico, este poder de autorregulamentação das próprias relações jurídicas é a própria autonomia privada.

5.4 A AUTONOMIA PRIVADA E A IGUALDADE

O Direito se atrela à historicidade e à ideologia. Abundante não será repetir que ele consagra valores. Juntando-se estes três ingredientes e fazendo-se um corte no tempo, um primeiro instante do *princípio da igualdade* foi a sua recepção pelo Direito, ao que se seguiu a sua objetivação com galhardia, resultante da bandeira vitoriosa dos revolucionários franceses, fazendo-se acompanhar da liberdade e da fraternidade. No entanto, a *igualdade jurídica* que dali emergira era formal e abstratamente absorvida ou um mero conceito que a punha distante da realidade. A fórmula simplória pela qual “todos são iguais perante a lei” empolgou e iludiu; prestou-se a um tempo e a uma ideologia.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produto daquela revolução na França, na dicção de seu art. 1º, “os homens nascem livres e iguais em direitos” e, do outro lado do oceano atlântico, a 4 de julho de 1776, as treze colônias inglesas firmaram a Declaração da Independência dos Estados Unidos onde consideraram como “verdades por si mesmo evidentes que todos os homens nascem iguais, sendo-lhes conferido pelo Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”.

¹⁸⁶ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 127.

Para se aquilatar quão profunda é a falsidade, o desequilíbrio jurídico entre os privados gerou injustiças sociais gritantes. E, naquele outro lado do oceano atlântico, a abolição da escravidão, a partir da 13ª Emenda à sua Constituição¹⁸⁷, não teve força de abolir a discriminação racial; não se sustentou para garantir a igualdade.

Para descrever a situação, nada mais preciso do que a aparente imprecisão da sátira de Orwell¹⁸⁸: “todos são iguais, porém uns mais que os outros”.

Os enunciados legais não se cumpriam ou se cumpriam no que interessava à classe dominante. Como para nós, Direito é vida, dela provém, para ela se dirige, colhamos na vida os exemplos que energizam as nossas afirmativas e a reflexão de Orwell. No ano de 1955, quando o Estado Social já se consolidara e os direitos fundamentais fervilhavam, na Cidade de Montgomery, nos Estados Unidos da América do Norte, Rosa Parks, uma afrodescendente, entrara em um ônibus e fora enxotada de seu assento pelo fato de ser aquele lugar reservado para pessoas brancas. E só por este fato. Curiosa e contraditoriamente, em um país que: (i) fora signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem; (ii) orgulha-se de adotar e praticar a democracia; e (iii) tem sido baluarte na rejeição da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A partir daquele instante, uma comunidade demonstrou coesão de consciência. Por um ano e dezesseis dias, os negros daquela cidade deixaram de se utilizar do transporte coletivo e, com suas próprias pernas, dirigiam-se ao trabalho e dele voltavam para o lar. Com altivez e sem violência, assim lutaram contra a discriminação e contra o preconceito. Pela igualdade substancial, portanto.

Aquela sociedade, construída sobre as bases da democracia, demonstrou, *já ao tempo do Estado Social*, as debilidades da igualdade e da liberdade na feição formal.

O episódio foi a grande alavanca na luta em prol do fim do *apartheid* que teve, em 1963, na Marcha pelo Emprego e pela Liberdade, seu momento de maior densidade quando, na capital americana, Marthin Luther King derramou sobre a

¹⁸⁷ Aprovada pelo Senado norte-americano em 8 de abril de 1864 e pela sua Câmara de Deputados em 31 de janeiro de 1865.

¹⁸⁸ No original: “*All animals are equal/But some animal are more/Equal than others*”. ORWELL, George. *Animal farm*. Londres: Penguin Books, 1951, traduzido no Brasil como *A revolução dos bichos* (Ed. Companhia das Letras).

multidão o seu sonho.¹⁸⁹ Roubaram do líder sua vida, aos trinta e nove anos de idade, em 4 de abril de 1968¹⁹⁰. Não o impediram, porém, de, quatro anos antes, tornar-se o – até hoje – mais jovem Prêmio Nobel da Paz; não impediram que seu sonho se concretizasse: a liberdade e a verdadeira igualdade também para a pessoa negra, naquele país.

Iniludivelmente, tratamento discriminatório é a contraface da igualdade e um atentado à dignidade da pessoa humana.

Entre nós, linhas anteriores foram dedicadas à situação dos filhos havidos fora do casamento que eram “espúrios”, “não-filhos” pela lei. A Constituição Brasileira de 1946, que reimplantou a democracia após a queda da ditadura de Getúlio Vargas, em seu art. 141, caput, assegurou “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade” para, em seguida, em seu §1º, proclamar que “todos são iguais perante a lei”. Iguais, mas nem tanto. Os “não-filhos” – mas que filhos eram – demoraram um largo tempo para terem o direito ao reconhecimento da paternidade. As mulheres casadas eram, *ex-vi* do art. 6º do CC/1916, *relativamente incapazes*, situação que perdurou até 1962, com o advento da Lei nº 4.121.

A igualdade era, assim, um mero conceito abstrato ou condimento para um discurso ideológico. Calha a citação de Carmen Lúcia Silveira Ramos para quem:

a igualdade, fundada na idéia abstrata da pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação dos bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.¹⁹¹

¹⁸⁹ De seu discurso, que se tornou conhecido pela denominação “*I have a dream*”, cabe destacar: “*I have a dream; my four little children will live in a country that they won't be judge by the colour of their skin, but by their character*”. Em tradução livre: “Eu tenho um sonho: meus quatro filhos não viverão em um país onde sejam julgados pela cor da pele, mas pelo seu caráter”.

¹⁹⁰ Como já acontecera com Abraham Lincoln, o homicídio foi imputado a um “fanático”, James Earl Ray que, anos depois, negou a prática do crime. Para reflexão, porém, Edgard Hoover, dirigente da CIA, dizia que era necessário “acompanhar os passos” de Martin Luther King, pois ele se tornara o “inimigo público número um”. Ironicamente, para o Estado este inimigo público, foi, para o mundo, *Prêmio Nobel da Paz* com apenas trinta e cinco anos de idade.

¹⁹¹ RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2. tir., p. 15.

Com efeito, quando a igualdade jurídica é só igualdade abstrata e de posições formais, seus tentáculos atingem e asfixiam a autonomia privada, designadamente na espécie autonomia contratual onde podem corresponder desigualdades substanciais.

Transpor esse modelo é um constante peregrinar. O processo segue seu curso.

Atendo-nos à CRP, a igualdade formal está inserida no seu art. 13º/1, onde pronuncia que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Isto não é suficiente, porque *dizer-se* que as pessoas são iguais *não opera* a igualdade em uma sociedade desigual. Ao revés, se se lhe dirigir uma interpretação literal se haverá de supor que um tratamento igual sempre haverá de ser dispensado sob pena de se comprometer o mandamento constitucional, o que seria um contrassenso, especialmente quando o seu art. 1º divulga que a República está baseada na dignidade da pessoa e empenhada na construção de uma sociedade livre justa e solidária. Por isto, havemos de integrar estes dispositivos com o art. 9º, alínea *d*, e com o art. 81º: naquele vem a “igualdade real” como tarefa fundamental a ser promovida pelo Estado; neste, estão elencadas suas incumbências prioritárias no âmbito econômico e social, onde, para o assunto aqui versado, tem proeminência a promoção do aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas (alínea “a”); a promoção da justiça social, assegurando a igualdade de oportunidades (alínea “b”) e a garantia da defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores (alínea “i”).

A Constituição da Itália, em, seu art. 3º, também confere a todos os cidadãos a mesma dignidade social e a igualdade perante a lei, trazendo, contudo, o comando pelo qual:

[...] cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

Conforme Antonio Liserre, ao assim prescrever, a Constituição da Itália suplanta a mera concepção formal da igualdade de todos perante a lei e, impositivamente, determina a intervenção estatal para assegurar a todos os cidadãos

as condições que lhes possibilitem exercer outras *liberdades* e, no particular das relações interprivadas, com vistas a remover os obstáculos ao exercício de sua autonomia – ou *liberdade negocial*.¹⁹²

É neste panorama que se entrelaçam a autonomia privada – ou manifestação de *liberdade* – e a igualdade. Lembra Jorge Miranda que, tanto na ótica liberal quanto no enfoque social, deparam-se a liberdade e a igualdade só que, lá, a igualdade corresponde à titularidade de direitos que gera liberdade para todos, ao passo que, na concepção social, a igualdade é a concreta liberdade de agir e a liberdade é a própria igualdade puxada para a ação.¹⁹³

A efetiva paridade é que vai permitir o pleno desenvolvimento da personalidade. Não negamos que, usualmente, se clama por esta paridade na autonomia contratual, porque quando alguém detém supremacia e dela se aproveita em seu benefício impõe sua vontade. O desnível é a negação da igualdade. E a negação da igualdade é o jazigo da liberdade. Não podemos, porém, afastar a paridade na autonomia existencial, pois, se não há igualdade de oportunidades, a muitos se negará a possibilidade de realizar sua proposta de vida. As aspirações serão natimortas. Sentenciam Pablo Stolze Gagliano e Rodolpho Pamplona Filho que a igualdade formal é o rótulo hipócrita justificador de violências sociais.¹⁹⁴

5.5 IGUALDADE, LIBERDADE, DIVERSIDADE E ALTERIDADE

Igualdade, liberdade e diferenças convergem-se. As liberdades civis e políticas são aspectos parciais da liberdade; não são, por isto mesmo, a liberdade nem têm força para conduzir à igualdade. Algo mais é reclamado que catalogamos como:

¹⁹² LISERRE, Antônio. *Tutele Costituzionali della Autonomia Contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971, p. 21-23. São palavras do Prof. da Universidade di Pavia: “*Tanto più deludente si rivela poi questa limitata impostazione, quando si ricordi che dalla nostra Costituzione è facilmente desumibile più di un semplice orientamento di palese opposizione a che il principio di uguaglianza possa venire in realtà conculcato dalla pozione di forza di un soggetto rispetto ad un altro: da questo punto di vista il richiamo all’ articolo 3, comma 2º, della Cost. acquista significato non soltanto per il letterale riferimento ivi contenuto agli ostacoli che ‘di fatto’ limitano la libertà e la uguaglianza dei cittadini, ma soprattutto in quanto denota finalmente in una espressione normativa de primario valore il superamento di una concezione dell’ uguaglianza volta ad assicurarne la tutela soltanto nei limiti consentiti dal principio secondo cui tutti i cittadini sono uguali fronte alla legge*”.

¹⁹³ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, cit., p. 102 et seq.

¹⁹⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil...*, cit., 10, p. 311.

(i) percepção e respeito às diferenças; (ii) tratamento desigual para situações desiguais; (iii) não discriminação; e (iv) preservação de um limite de sacrifício.

Analisemos cada um deles.

O alicerce está na compreensão de que, no âmbito da vida, há sempre diferenças entre os seres humanos e, quando queremos que o Direito abandone o sujeito virtual para que venha a encará-lo na sua realidade, estas diferenças não podem ficar à margem da ordem jurídica.

Tratamento idêntico, para situações diferentes, revela opressão. E se a pessoa humana dela não se liberta, livre não será para, plenamente, desenvolver a sua dignidade. Arriscamo-nos a dizer que não há liberdade sem libertação e, embora possa parecer a alguns que a assertiva tem conotação eminentemente política, ela se conforma ao Direito, notadamente para quem entende que nele não cabe neutralidade. Salienta Gilmar Mendes que não há fugir de um dilema:

[...] ou entendemos o Direito como realizador da justiça social, ou estaremos todos a corroborar a fina ironia de Anatole France ao afirmar que a lei, na sua magestática igualdade, proíbe ao rico, como ao pobre, furtar um pão, dormir sob as pontes e mendigar pelas ruas.¹⁹⁵

Na sua obra *Oração aos moços* Ruy Barbosa enfatizava que a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais.

Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.¹⁹⁶

Este é o núcleo da igualdade substancial e da liberdade real.

Segundo Luiz Edson Fachin, somente a liberdade real dos indivíduos pode captar, na essência, a superação da servidão histórica dos excluídos.¹⁹⁷ E esta liberdade real não dispensa a igualdade substancial.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar. *Discurso proferido em julho de 1978, na Universidade de Brasília, por ocasião da formatura da Turma Aliomar Baleeiro*. Brasília, 1978.

¹⁹⁶ BARBOSA, Ruy. *Discurso de paraninfia da turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*, São Paulo, em 1920. In: _____. *Oração aos moços*. Edição anotada por Adriano Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999, p. 26.

¹⁹⁷ FACHIN, *Teoria Crítica do Direito...*, cit., p. 362.

Conquistá-las e mantê-las é nunca permitir que se excluam os direitos fundamentais das relações privadas. Os defensores da *eficácia indireta ou mediata* dos direitos fundamentais nas relações privadas arguem que a eficácia direta põe em risco a autonomia privada.¹⁹⁸ No seu rastro, vem o esvaziamento da liberdade, valor indissociável da pessoa. Como a se dizer que se estaria dando com uma mão e tirando-se com a outra. Por um caminho, viriam os direitos fundamentais precisamente para guarnecer a pessoa nas suas relações; por outro, retirar-lhe-ia significativa parcela de liberdade. Com este sentir não comungamos.

Como manifestação da liberdade, a autonomia privada só pode se concretizar quando não há supremacia de uma parte sobre a outra ou, melhor dizendo, quando a outra não tem como, lícitamente, impor sua vontade. Longe de ser negação da autonomia privada, tratar diferentemente os desiguais e pô-los a salvo de discriminações traduz sua própria essência e a preserva. A liberdade sem freios esmaga outros valores tão fundamentais quanto ela própria. Em frontal combate ao absentismo, o protesto atribuído a Laccordaire imergia nas consciências: “entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei liberta”¹⁹⁹. Tudo muito simples para se entender: a liberdade e a igualdade apenas formais consagravam as diferenças, concedendo à parte economicamente mais forte o poder de ditar as regras contratuais; a outra ficava inteiramente submissa.

Roppo indica que as disparidades das condições econômico-sociais existentes, “para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis”.²⁰⁰ Aquelas podem disciplinar o contrato segundo seus interesses; estas são constrangidas a suportar a sua vontade. Somente a intervenção estatal nas relações contratuais poderia conceder a carta de alforria à parte contratualmente débil. A palavra *igualdade* não é e não pode ser, nunca, um obstáculo à proteção que o Estado deve aos mais fracos.

Assim tem sido a peregrinação.

¹⁹⁸ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Tradução Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Ciudad Civitas, 1995, p. 60-61.

¹⁹⁹ “*Entre le fort e le faible c’est la liberte qui oprime et la loi qui affranchi*” (apud NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais...*, cit., p. 66).

²⁰⁰ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 38.

Na França, a Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, foi um marco na destruição da fortaleza dos contratos, reabrindo-se-lhe para possibilitar a sua revisão quando circunstâncias anormais provocam seu desequilíbrio. O *dirigismo contratual*, paulatinamente, tomou vulto, significando a imposição, pelo Estado, de regras inderrogáveis pela vontade das partes, tudo para que a desigualdade jurídica compensasse a desigualdade econômica. Este movimento conduziu à diminuição de *normas supletivas* com a correlata substituição por *normas imperativas*, em uma tentativa de, pelo menos, aproximar a igualdade das partes.

Até mesmo por decorrência do Estado Social e dos direitos fundamentais, surgem diplomas específicos, protegendo a parte mais fraca da relação, como servem de exemplo a(s) lei(s) de locação de imóveis e de defesa do consumidor.

Neste ponto, assumimos uma pequena digressão para registrar que, no Brasil, muito se debateu sobre a incidência do CDC, porque uns lhe davam um maior alcance – por isto chamados de *maximalistas* – e outros lhe reduziam a abrangência – por isto intitulados *minimalistas*. Sem nos movimentarmos para reacender a discussão, sempre difundimos que a questão fulcral se resumia à exata absorção do *âmbito de validade pessoal*²⁰¹ daquele conjunto normativo em face da relação específica que se constituísse. Ora, se é um sistema jurídico protetivo cuja raiz está no tratamento jurídico diferenciado, para suprir a desigualdade entre as partes só poderíamos partir da pessoa concreta para chegar à relação jurídica: os atores antes do cenário. Com esta partitura, o CDC desponta em razão do *ser contratualmente vulnerável* que vai se tornar parte de uma relação jurídica de consumo. Se não há a vulnerabilidade, não se deve permitir a incidência do CDC porque, quando se protege a quem não necessita, esquece-se de quem precisa. Invertendo-se a equação, a discussão da incidência do CDC priorizaria a relação econômica, jogando em segundo plano aquele para quem este diploma normativo se endereça.

Na intervenção do Estado nas relações privadas, especial destaque recebe a pessoa do trabalhador, porque a igualdade formal transformou a sua força trabalho em mera mercadoria de troca, desprezando ser ela a sua mais valiosa afirmação. E nesta troca, a desvantagem só poderia estar com o economicamente débil. A legislação trabalhista, com os embaraços que sempre lhe colocam, é a ponte que leva

²⁰¹ A expressão é utilizada com o conteúdo que lhe dedica Hans Kelsen.

dos pântanos da dominação para o terreno onde podem florescer a liberdade real e a igualdade substancial.

Dois aspectos são relevantes na construção e na sustentação desta ponte. Um – e mais esta vez – nos vem dos direitos fundamentais. Seja na segurança do emprego, na liberdade sindical, nos direitos das associações sindicais e contratação coletiva seja no direito ao trabalho e nos direitos dos trabalhadores. (CRP, arts 53º e seguintes; CF/88, art. 7º). O outro, podemos chamá-lo de *autonomia coletiva*, que se manifesta no *acordo coletivo de trabalho* e na *convenção coletiva*, instrumentos nos quais são fixadas normas vinculantes que passam a integrar os contratos individuais.

Vale a constatação de que a *autonomia coletiva* regenerou e represtinou a *liberdade contratual* que restava aniquilada na igualdade formal. Diluem-se, assim, as disparidades com a altivez da tutela constitucional com suas *cláusulas pétreas* e de normas que lhe são subalternas.

A *não discriminação*, que encontra seu albergue também no nível mais elevado do ordenamento (CRP, art. 13º, 2 e CF/88, art. 3º, IV e art. 5º), não espanca a igualdade substancial nem serve de arma para a defesa de tratamento igualitário para os desiguais.

Diferença e igualdade convivem; a igualdade substancial sugere o reconhecimento das desigualdades. Com efeito, a igualdade não se cinge a uma paridade de tratamento até porque, alerta-nos Perlinghieri, quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para a paridade de tratamento.²⁰²

Por decorrência, suscita-se a dúvida de saber-se o que vem a ser a *não discriminação* repelida pelo Direito. De logo, duas situações emergem: uma é um comando constitucional dirigido ao legislador e ao Estado no sentido de não a promoverem; a outra se refere às relações interprivadas. Ora, se há diferenças, o tratamento deve ser desigual – já o dissemos. Quando e como este tratamento é rechaçado em nome da *não discriminação* é o que ora se nos apresenta.

Há quem fale em boa e em má discriminação, expressões que não nos fascinam. Optamos pelos fundamentos: quando a discriminação tem uma base *ético-jurídica*, não podemos rejeitá-la, porque ela é o meio para que se obtenha a liberdade real e a igualdade substancial, meio para se atingir a dignidade das pessoas e dos

²⁰² PERLINGHIERI, *Perfis do Direito Civil...*, cit., p. 46.

grupos sociais. Salientamos, porém, que o fundamento *ético-jurídico* só pode ser invocado com adequação à cultura de cada sociedade, à geografia e à história.

Situando-nos nas relações privadas, é pertinente perquirir se a *autonomia* tem força jurígena para possibilitar aos agentes regularem seus interesses como lhes aprouver, inclusive incorporando discriminações. Põem-se em confronto a *liberdade dos privados e a não discriminação*.

Vendo a vida, trazemos um exemplo vivo e vivido. A Cidade de Salvador foi onde se inciou a colonização portuguesa no Brasil. Lá chegaram os escravos africanos dando àquela Cidade um especial colorido de sincretismo cultural (inclusive religioso) e de miscegenação racial. Em 1974, foi instituída, por pessoas negras, uma associação denominada Ilê Ayê em cujos Estatutos incluíram expressa vedação de ingresso de pessoas de outra cor. Sua missão é

difundir a cultura negra na sociedade visando a agregar todos os afro-brasileiros na luta contra as mais diversas formas de discriminações raciais, desenvolvendo projetos carnavalescos, culturais e educacionais, resgatando a autoestima e elevando o nível de consciência crítica, através do lúdico.

Os associados, explorando caracteres afros e formando o que se chama “bloco carnavalesco”²⁰³, foram às ruas de Salvador, já no carnaval do ano subsequente. Após o evento, um jornal, de tiragem média diária de cinquenta mil exemplares, em sua edição de 12 de fevereiro de 1975, pôs em manchete: “Bloco Racista. Nota destoante”.

Indagações surgem: (i) *tratando-se de uma entidade privada, é lícita aquela proibição de ingresso em seus quadros de pessoas que não sejam negras?* (ii) *admitindo-se que as normas fundamentais se inserem em todas as relações jurídicas, na hipótese, há discriminação e preconceito repelidos pelas Constituições democráticas?*

Para formulação das respostas, ingressemos no plano hipotético e imaginemos uma outra associação que proíba a admissão de judeus.

²⁰³ Tal como uma “escola de samba”, um “bloco” é a reunião de pessoas que se agrupam durante o carnaval, acompanhadas de bandas de música e vestidas igualmente. O “bloco” é cercado por cordas, protegido por seguranças, e sai pelas ruas onde se desenrola o carnaval. Em seu espaço e ao longo das ruas só adentram seus associados, identificados pela roupa.

Uma primeira abordagem: são duas entidades privadas, portanto, as normas legais aplicáveis são idênticas. Assim, no âmbito da autonomia privada, a resposta seria que ambas as entidades têm juridicidade, nada maculando seu existir jurídico. Tomando por premissa a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais e a sua incidência nas relações privadas, dilui-se a “resposta pronta”, incluída no rótulo da “autonomia privada”: ambas careceriam de amparo jurídico porque, em uma e outra, se manifestam a discriminação racial. (Preâmbulo da CF e art. 26/I, CRP).

É preciso distinguir-se as situações.

A Cidade de Salvador concentra a maior população afro-descendente do Brasil. A abolição da escravatura, ocorrida em 13 de maio de 1988, não se fez acompanhar de medidas de inserção social e econômica dos negros.²⁰⁴ O antes escravo da liberdade continuou escravo da exclusão social. Diante disto, longe de ser um racismo ou uma discriminação, emerge o valor da pessoa em sua plenitude, diante do valor vida, em sua diversidade. As origens do negro, sua condição de escravo, as suas amarras socioeconômicas, o resgate de sua cultura são componentes que exigem ponderação.

Uma associação é merecedora de tutela enquanto for idônea a consentir a formação e o desenvolvimento de seus associados que, quando alcançam o escopo associativo, se realizam a si mesmos.²⁰⁵

Compartilhamos a lição pela qual o princípio da igualdade deve se integrar ao princípio da diversidade para que se efetive o respeito à especificidade de cada cultura. A identidade da cultura de origem é um valor que se deve reconhecer, encontrando-se o respeito à identidade e diferença cultural na base do princípio da igualdade que igualmente o sustenta..²⁰⁶

A contrário senso, uma associação que não permite judeus, sem qualquer embasamento para tal, seria a ignomínia do antisemitismo, com o fantasma da eugeniação. Nenhum valor se cultuaria senão mesmo o desvalor, que tanta desgraça produziu.

²⁰⁴ A lei contém apenas dois artigos. O primeiro decreta a abolição da escravatura. O segundo “revoga as disposições em contrário”. Nada mais.

²⁰⁵ PERLINGHERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 473.

²⁰⁶ MORAES, *Na medida da pessoa humana...*, cit., p. 93.

É oportuno ressaltar, contudo, que, hoje, o Jornal não mais qualificaria de “racista” aquela agremiação. A CF/88, em seu §1º, art. 215, estatui: “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Um passo à frente que dá corpo à feliz e inquestionável síntese de Boaventura de Souza Santos: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”²⁰⁷.

Enfim, a liberdade e a igualdade de uma pessoa só ganham legitimidade com o respeito ao semelhante. Todos somos dignos e nossa dignidade não pode ser ultrajada em nome e por conta da dignidade de outrem. Dignidade e alteridade enlaçam-se, portanto. Neste recinto é imperiosa a *preservação de um limite do sacrifício*. Reconhecemos que a doutrina que germinou da Alemanha e que assim foi designada vem sendo estudada no terreno dos contratos, de modo especial quando há uma impossibilidade econômica superveniente. No entanto, para aqui a avocamos porque o exercício da liberdade e a noção da igualdade substancial que ornaram a autonomia privada não podem sufocar a realização da dignidade do outro nem dominá-lo. E a invasão deste espaço não ocorre unicamente nas relações contratuais; também se localiza nas relações intramuros de comunidades.

Para exemplificar, concentrem-se as atenções no *condomínio edilício*. De acordo com o art. 1.333 do CCB, a convenção que o constitui deve ser subscrita por, no mínimo, dois terços das frações ideais, e obriga a todos os titulares de direitos sobre as unidades. Esta convenção há de estipular a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições, a forma de administração, a competência das assembleias, o regime interno e outras matérias. Como facilmente se percebe, foi adotado o critério patrimonial.

Pelo art. 1.341, a realização de obras depende do voto em assembleia de dois terços dos condôminos, se voluptuárias, e da maioria, se úteis. Quanto a obras e reparações necessárias, estas podem ser realizadas pelo síndico, independentemente

²⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Forum Social Mundial (apud MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

de autorização, salvo se importarem em despesas excessivas, hipótese em que só poderão ser efetuadas após autorização da assembleia. O critério aqui dotado foi supostamente da maioria, mas essa maioria também tem por suporte a titularidade patrimonial.

Para exagerar, imagine-se, então, que alguém é titular de dois terços das unidades que compõem o condomínio. O resultado é óbvio: tem-se uma *ditadura nas relações privadas*. Admita-se que não seja uma só pessoa, mas algumas pessoas de uma só família. Essa família será “o condomínio” – com plenos poderes.

Atenuando, imagine-se agora que uma maioria delibere pela realização de obras úteis de significativo valor ou vote por reparações necessárias que demandem despesas excessivas. Como está, ou como fica, a pessoa concreta, se ela não tem como arcar com estes custos sem o sacrifício de sua subsistência? No legalismo positivista, dir-se-á que se tem que cumprir a lei e a lei estipula que as decisões obrigam todos os condôminos. Na essência, desenha-se a *ditadura da maioria* que, não necessariamente é a maioria de pessoas, podendo mesmo ser a *maioria patrimonial*, já que ela se afere pelas quotas-partes.

E isso ainda pode se transmudar em *atos de dominação e expropriação*. Como aquela pessoa concreta não tem como arcar com as despesas como exigido, ou sacrifica sua dignidade, suprimindo o acesso a bens reclamados por sua subsistência, ou aliena o imóvel onde reside, indo buscar outro abrigo. Batendo à porta a cobrança, não é demasiado supor que poderá vir a vender sua propriedade a um preço menor do que o valor de mercado, talvez mesmo para um outro condômino, um daqueles que compuseram a *maioria*.

A leitura da lei não pode ser na sua letra, já que na sua letra pode se esconder um atentado à dignidade. Ela tem que se entrosar com o sistema jurídico, que se calca nos princípios constitucionais tanto da dignidade pessoal quanto da dignidade social, na construção de uma sociedade justa e solidária e sem deixar fugir do raciocínio que a igualdade substancial exige que, em toda e qualquer situação, se dê um tratamento jurídico que atenda às desigualdades e privilegie a pessoa concreta, na concretude de sua situação.

Neste passo, o CCP, em seu art. 1.426º, se não se pode dizer que traz a solução desejada, ao menos foi mais cuidadoso ao prever a possibilidade de o

condômino não concorrer para as despesas quando não aprovava a inovação e sua recusa seja judicialmente havida como fundada. E será sempre assim considerada quando as obras tenham natureza voluptuária ou não sejam proporcionais à importância do edifício.

De nossa parte, entendemos que, sendo benfeitorias necessárias ou úteis, não deve haver isenção ou recusa de pagamento, pois não se nos afigura correto que a dificuldade de o condômino enfrentar os custos venha a se cambiar em um benefício em seu favor, com a conservação e a maior utilidade do bem, à custa de outrem. Na nossa concepção, tem-se que atinar para a *capacidade contributiva*, isto é, afinar-se o modo de pagamento ao *limite de sacrifício*. Acima das obras, clamam as necessidades vitais da pessoa.

Esta mesma configuração poderemos encontrar nas diversas *comunidades intermediárias* tais como associações culturais, recreativas e partidos políticos. Apesar de seus estatutos serem resultado da vontade de uma pluralidade, não apenas manifestação da autonomia individual, não se pode desconhecer que os direitos da pessoa humana, constitucionalmente assegurados, também se projetam nas formações sociais onde ela desenvolve sua personalidade. Daí porque a tutela destes direitos “não pode deixar de se inspirar naqueles valores do ordenamento (igual dignidade, democracia, etc.) que existem em função de um pleno e livre desenvolvimento da pessoa”²⁰⁸. Por idêntico motivo, as deliberações dos órgãos dirigentes dessas *comunidades*, sob pretexto de serem decisões de uma maioria ou em consonância com seus Estatutos, não podem colidir com a dignidade de seus associados nem podem ultrajar a *minoría*. Suponha-se um súbito e significativo aumento no valor das contribuições e ver-se-á que poderá atingir o *limite do sacrifício* de uma parcela de seus membros, o que pode redundar na *exclusão de associados, de regra, de menor poder econômico*. Uma mascarada discriminação.

Eis, portanto, que a autonomia privada se constrói na convergência da igualdade, da liberdade, da diversidade e da alteridade, na legalidade constitucional.

²⁰⁸ PERLINGHERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 428-429.

6 AUTONOMIA NEGOCIAL: O NEGÓCIO JURÍDICO

6.1 DO FATO, DO ATO E DO NEGÓCIO: DISTINÇÕES INDISPENSÁVEIS

Muitos debates se têm revelado intermináveis ou inócuos porque giram em torno de ideias desenvolvidas sem que se tome consciência de que elas se assentam no *conceito* que se adota acerca do objeto de estudo. Resta insuscetível de dúvidas que, se o conceito não for explicitado ou for erroneamente assimilado, a absorção do pensamento também será defeituosa, possibilitando, por via de consequência, o surgimento de desfundamentadas discordâncias.

Por força dessa constatação, esclarecemos que compreendemos o *fato* como todo acontecimento da vida, seja provocado pela natureza ou pelos animais irracionais seja por decorrência da vontade ou da ação humana. Como precedentemente esclarecido, não há fato juridicamente irrelevante, donde se admitir que *são fatos jurídicos os fatos da vida*. No entanto, assim colocado, o *fato jurídico* goza de uma *generalidade*. Quando, porém, este fato é produzido pela vontade ou pela ação humana, a ele denominamos *ato jurídico*, reservando a expressão *fato jurídico em sentido estrito* apenas quando surge por força da natureza ou é provocado por animais irracionais. Perfeitamente se deduz que *o ato é espécie do gênero fato*.

Do *ato* deriva o *negócio jurídico*.

Prima facie, em aligeirada leitura, poder-se-ia lançar o seguinte silogismo: *se, latamente considerado, o fato é provocado pela natureza, pelos animais irracionais, pela vontade e pela ação humana; e se, no sentido estrito, o fato é tão só aquele que resulta da natureza e dos animais irracionais enquanto o ato é provocado pela vontade ou pela ação humana*, não há mais como surgir outra figura porque já se tinham esgotadas as suas fontes.

Há, sim, desde que se assimile o *ato jurídico* sem lhe retirar a origem, mas o substrato de análise se volte para a produção dos efeitos. Com este direcionamento, *o ato jurídico em sentido estrito é aquele fato que, provocado pela vontade ou pela ação humana, tem seus efeitos contemplados na lei*. Deste ato

desgarram-se aqueles *atos jurídicos resultantes da vontade humana que tem a força de indicar as consequências por ela desejadas: eis o negócio jurídico.*

Em uma linguagem direta, *no ato, a vontade está no realizá-lo; os efeitos estão previamente incrustados na lei. No negócio, a vontade está no realizá-lo, mas também na busca de efeitos que ela mesma é quem vai determinar.*

Exemplificando, o registro do nascimento de uma pessoa é um ato jurídico em sentido estrito pois provém da ação humana e as consequências, do registro em si, estão prescritas na ordem jurídica: neste caso, *titulariza-se o nome com toda tutela de que é destinatário.* Diversamente ocorre com um testamento: *apesar de nascer da vontade (tal como o ato), aqui os efeitos vão ser determinados pela vontade.* Não estão na lei. Raciocinando-se válido um testamento, a força jurídica da vontade é de tal magnitude que ela vai encontrar eficácia após a morte daquele que a emitira. Em síntese, no ato os efeitos se produzem *ex lege*; no negócio, *ex voluntate.*

O negócio jurídico espelha, pois, a distinção de graus diferentes da valorização da vontade pelo Direito.²⁰⁹ Nele se manifesta o valor plasmador da vontade.²¹⁰

Apesar do inequívoco papel da vontade, variada é, todavia, a articulação entre ela, o negócio jurídico e o Direito. Cumpre recordar que a categoria *negócio jurídico* foi elaborada pela escola dos “pandectistas”, durante o Século XVIII, a partir dos textos romanos de Justiniano, nela extremando as características da generalidade e da abstração, de modo a albergar múltiplos fenômenos sociais, tendo a vontade como elemento chave de sua definição, porque nela está a força criadora de direitos e obrigações. Nesta linha, para Manuel A. Domingues de Andrade, o Direito reconhece à vontade:

um poder criativo de efeitos jurídicos. Os particulares adiantam-se para a ordem jurídica a solicitar-lhe que proveja de tutela jurídica adequada certos efeitos ou resultados práticos por ela visados; e a ordem jurídica vem ao encontro dessa pretensão, ordenando os efeitos jurídicos correspondentes.²¹¹

²⁰⁹ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo...*, cit., p. 72.

²¹⁰ *Ibid*, p. 7.

²¹¹ ANDRADE, *Teoria Geral da relação jurídica...*, cit., p. 27.

Visto por outro enfoque, há o entendimento pelo qual aqueles efeitos não provêm da vontade, mas da proteção que lhe confere o ordenamento jurídico. Uma terceira via põe o negócio como a autorregulamentação dos interesses, ao passo que, em outra perspectiva, há quem o considere como expressão da *autonomia privada* a que o Direito confere o poder de constituição, modificação e extinção de situações jurídicas.

Estudioso da matéria, tendo legado obra referência a seu respeito, Antônio Junqueira de Azevedo ressalta que o negócio jurídico é

todo fato jurídico consistente na declaração da vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.²¹²

Abrandando o debate conceitual – ou para pacificá-lo – resta uma certeza. No negócio jurídico está a expressão da autonomia privada e, embora o contrato seja a sua mais visível manifestação, o negócio extrapola o seu território e é instrumento para que a pessoa, por ato de vontade, exercite a autonomia, um semblante da sua liberdade, criando, regulando e extinguindo suas relações jurídicas,

É a *autonomia negocial*.

Esta autonomia, ou este *poder*, também é deferida às *pessoas coletivas privadas*²¹³, que são fruto da *autonomia da pessoa humana*, de molde a possibilitá-las preencher a realização de seus objetivos. Constitui, assim, o meio posto pela ordem jurídica para que a pessoa coletiva possa modelar as suas relações jurídicas, tal como acontece com a pessoa singular.

²¹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

²¹³ Importante ressaltar que as entidades públicas também celebram negócios jurídicos e contratos há, por ela firmados, que se submetem ao regramento do Direito Civil. Cuidamos, no texto, das pessoas coletivas privadas em razão de tratarmos da autonomia da pessoa humana. Fica a ressalva, incorporada com a lição de Pietro Perlinghieri para quem a autonomia negocial é “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios” (*O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 338).

6.2 NEGÓCIO JURÍDICO, A VONTADE E AS PARTES

È insuscetível de dúvidas que (i) da vontade surgem os negócios jurídicos; (ii) estes jamais existem sem aquela; (iii) estes serão defeituosos quando aquela for viciada. Também é insuscetível de questionamentos que os negócios só se formam- quando a *vontade é exteriorizada* porque sem a exteriorização a vontade repousa ou se agita no íntimo da pessoa. Nada ainda é no mundo. Pouco importa o seu veículo – se é palavra, uma atitude, um fato inequívoco –; o que revela é sair do domínio interior da pessoa, porque nesse recôndito o Direito não penetra.

Quando há uma só vontade, diz-se *negócio jurídico unilateral*; será *bilateral* quando duas vontades concorrem para a sua formação e *plurilateral* quando várias.

Nesse momento ingressa a noção de “parte”, que se distingue da noção de “pessoa”. “Parte” se há de entender como um *núcleo de vontade* onde podem se situar várias pessoas, não necessariamente uma só: se três indivíduos são proprietários de um bem e celebram com outrem um negócio jurídico, vendendo-o, nesta relação há duas partes, porque correspondem a dois núcleos de vontade ou, noutras palavras, dois centros de interesses objetivamente homogêneos. De um lado, a parte vendedora (*onde se tem como núcleo da vontade alienar o bem*) e, do outro, a parte compradora (*correlata à vontade de comprar*). Para se determinar a “parte”, dispensa-se o número de pessoas. O que vai consubstanciá-la é a essência de uma vontade. Lógico que havendo mais de uma pessoa em uma das partes, considerando-se as individualidades ali haverá mais de uma vontade, no entanto, *enquanto núcleo, há unicidade da vontade*, como do exemplo se extrai *a vontade de vender* (de uma parte) e *a vontade de comprar* (da outra)²¹⁴.

A assertiva se solidifica quando se aceita que é a *exteriorização* da vontade que vai fazer nascer o negócio. O que vai para o mundo é o *núcleo*; o negócio se forma por este *núcleo*. É o *vender*; é o *comprar*, enfim.

²¹⁴ É certo que, por ocasiões, se mergulha no interior da “parte”, como ocorre nas *relações internas das obrigações solidárias*. No entanto, esta circunstância não a descaracteriza nem afasta do negócio jurídico, porque, na *relação externa* (aquela que se estabelece perante a outra parte), permanece intacta a noção aqui esposada.

Exemplificando, o *testamento* é, por excelência, um negócio unilateral; o *contrato* é a figura que ocupa quase todo o espaço do *negócio bilateral*; difunde-se que um *contrato de sociedade* ou uma *convenção de condomínio*, traduz o *negócio plurilateral*.

Dessas considerações extraem-se algumas conclusões. De imediato, abafando sussurros em contrário, o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato. De outra banda, o negócio não se restringe às relações de cunho patrimonial, adequando-se perfeitamente àquelas ditas não patrimoniais. Compete-nos alertar, no entanto, que não se pode confundir as relações negociais não patrimoniais com os atos que defluem da *autonomia existencial*. Esta a razão que nos leva a discordar de Heinrich Lehmann que, elasticendo demasiadamente o conceito de negócio jurídico, sustenta que ele abrange todas as categorias de atos de autonomia, inclusive aquelas em que não se manifesta a liberdade fática de estabelecer cláusulas.²¹⁵

6.3 DA VONTADE E SUA DECLARAÇÃO

Que a vontade é o elemento propulsor do negócio jurídico é inquestionável. Também é imune de dúvidas que esta vontade se há de conformar com o ordenamento, pois é este – e só este – que lhe vai conferir o poder jurídico que capacita a produção dos efeitos pretendidos. O que vem à tona é o duelo entre os que defendem o predomínio do elemento interno (a vontade real) frente aos que querem o primado do elemento externo (a sua declaração). Em uma trincheira, os voluntaristas, com Savigny e seus seguidores²¹⁶; em outra, os defensores da *teoria da declaração*, pontificando Zitelman. Para muitos pode parecer ultrapassada esta questão, ou que nada tem de relevante.

Discordamos, assim como dissentimos de como o embate é posto.

Formado o negócio, descumpre investigar se prevalecerá o que foi exteriorizado ou se prevalecerá a intenção, pois os momentos se completam. O que nos estimula é definir um rumo na interpretação do negócio, formado a partir da

²¹⁵ LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (apud COUTO E SILVA, *A obrigação como processo...*, cit., p. 73).

²¹⁶ Dentre eles, Windscheid, Dernburg, Oertmann, Enneccerus.

exteriorização da vontade, preocupação que mais se acelera diante do quadro de desnível acentuado na sociedade em que vivemos onde uns têm pleno domínio das palavras e do descortínio e outros ainda sofrem da falta de instrução.

Não olhamos pelo retrovisor, nem transitamos pela contramão. Não pretendemos o subjetivismo exacerbado do passado, nem placitamos o culto das aparências, pois as formas, fórmulas e rótulos bem se prestam à ideologia dos poderosos. A estreiteza da unilateralidade não pode prevalecer; o discurso do negócio jurídico não mais pode ser conjugado no singular.

Sentimos temerária a noção atribuída a Betti pela qual a vontade se esgota na declaração que a absorve. Outra vez mais, as antenas do raciocínio devem captar ondas que nos vêm da *repersonalização* do Direito Civil que dele afastam o sujeito virtual para receber a pessoa concreta. E, a um só tempo, não podemos jamais esquecer que os negócios jurídicos são instrumento para a realização da personalidade. Por isto mesmo, não nos devemos guiar apenas por um texto ou um gesto, mas, igualmente, pelo contexto, levando-se em consideração que se deve utilizar, para completar o processo interpretativo, a vontade presumida já, então, atendendo ao que se passou *in concreto* entre as partes e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria.²¹⁷

Como posição eclética, para interpretar o nascimento do negócio e exprimir o ato de autonomia privada que gerou o conteúdo substancial do negócio, há quem sustente que se deve partir do exterior para o interior, da declaração para a vontade.²¹⁸ Em hipótese alguma, porém, a essência da vontade pode ser repugnada, senão estaremos a destruí-la e a demolir até mesmo o arcabouço da invalidade do negócio por vícios do consentimento.

Disciplinando o tema, o CCB, em seu art. 112, assim se pronuncia: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da vontade”²¹⁹.

²¹⁷ AZEVEDO, *Negócio jurídico...*, cit., p. 102-103.

²¹⁸ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 90.

²¹⁹ O CCB/16, em seu art. 85, dispunha: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Interpretando-o, Arruda Alvim admite que há um peso da intenção, mas com um filtro intransponível da declaração, explicando que se pode “surpreender a vontade de alguém num negócio jurídico através do exame da declaração, mas não [...] ir além da declaração, descartando-a, por assim dizer, para perquirir outra vontade que não esteja na declaração”.²²⁰ Não se trata, portanto, de investigar a vontade individual antes da formalização do negócio, mas de descobrir a essência do plexo volitivo que forma sua unidade.²²¹

O CCP não dispõe com a contundência do CCB. Seu art. 217, I, assim se expressa:

A declaração negocial pode ser expressa ou tácita; é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a propariedade, a revelam.

Impende refletir que Antunes Varela e Pires de Lima proclamam que, na noção de *declaração negocial*, a lei não toma diretamente posição na questão de saber se ela consiste fundamentalmente em uma *intenção*, em uma declaração de vontade ou se cifra, antes, em um mero *comportamento exterior*, de carácter objetivo.²²²

Ao tratar da interpretação da interpretação, em seu art. 236, assim se manifesta o CCP:

1 – A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2 – Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

E seu art. 238º prescreve:

1 – Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do referido

²²⁰ ARRUDA ALVIM, J. M. A função social dos contratos no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 815, 2003, p. 18.

²²¹ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 106.

²²² ANTUNES VARELA, João de Matos; PIRES DE LIMA. *Código Civil anotado*, I, artº 217, anot. 3. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

documento, ainda que imperfeitamente expresso. 2 – Esse sentido pode, todavia, valer se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

Impõe-se assimilar que a “vontade real” é invocada pelo Código lusitano como um fundamento de interpretação da declaração, gerando em Ferreira de Almeida a convicção de que os dispositivos transcritos apenas confirmam os princípios hermenêuticos aplicáveis aos negócios jurídicos, porque o significado de qualquer enunciado depende, sempre, do conjunto concreto das circunstâncias em que é emitido e recebido, dentre os quais têm relevância aquelas que sejam conhecidas das pessoas que entre si dialogam, mesmo que só elas as conheçam. Segundo as palavras do Professor da Universidade Nova de Lisboa, “a referência à vontade real só se justifica pela tradição histórica e pela antinomia (hoje injustificada) entre interpretação objectiva e interpretação subjectiva”.²²³

Procede observar-se, porém, que, no CCP, outros dispositivos há que se referem expressamente à “vontade real”, efetiva, como os que disciplinam a *reserva mental* (art. 244º, I); a *declaração que carece de seriedade* (art. 245º); a *declaração feita por terceiro* (art. 250º); e a *gestão de negócio* (art. 465º).²²⁴

Nos sábios ensinamentos de Calmon de Passos, Direito é linguagem e toda linguagem é vaga, ambígua e comporta mais de uma compreensão, não existindo um só texto que não propicie mais de uma leitura.²²⁵ Fazendo-se, contudo, uma integração das normas, cremos que o CCP não cai na tentação das aparências, o que possibilita, tanto quanto possível, enaltecermos a essência do querer, entrosando o conteúdo com o continente. E vice-versa. Só assim poderemos dar ao negócio jurídico uma interpretação coerente com sua natureza e seus fins.

²²³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na Teoria do Negócio Jurídico...*, cit., p. 99.

²²⁴ Art. 244º – 1 – “Há reserva mental sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório. Art. 245º, 1: A declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito. Art. 250º – 1 – A declaração negocial inexactamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada nos termos do art. 247º. Art. 465 – O gestor deve: (a) Conformar-se com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes”.

²²⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 271.

6.4 DA VONTADE, DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO ORDENAMENTO

Múltiplas foram as lições de Hans Kelsen. Dentre elas, a que mais tem sido propagada é o escalonamento normativo a partir do qual, na ordem jurídica positiva, há uma estrutura hierárquica por consequência da qual as normas de escalão inferior devem respeito às que lhe são superiores. Com a visão de uma pirâmide, no seu cume está a Constituição, seguindo-se-lhe os demais diplomas, como a lei complementar, a lei ordinária, os decretos, etc. Válida será uma norma se obedecer às que lhe têm precedência e a sua criação respeitar o processo delineado na norma de grau mais elevado. Ficam conectadas a derivação e a fundamentação.

Anota Canaris que Robbers defende que a estrutura hierárquica da ordem jurídica já estaria superada, no entanto, a questão de saber qual o modelo que deve substituí-lo “é, porém, por ele deixado totalmente por esclarecer”.²²⁶

De outro lado, em razão da formatação de um *direito supranacional* e de outros fenômenos hodiernos, já se fala na existência de um “direito em rede”²²⁷ que, assim, estaria a se contrapor à *pirâmide* do inesquecível Mestre da Teoria Pura do Direito. Acreditamos, porém, que os novos tempos com a sua nova realidade apenas retirariam a rigidez piramidal, estando a exigir uma reforma naquela edificação, abrindo-lhe outros acessos.

Ainda quando o positivismo normativista kelseniano venha sendo refutado na contemporaneidade e ainda quando – na Europa, sobretudo – se venha assistindo ao novo fenômeno de um *direito em rede*, a *hierarquia normativa* ainda encontra foros gerais de aceitação.

E, assim, vem à pauta situar o negócio jurídico frente ao ordenamento.

6.5 VONTADE, NEGÓCIO JURÍDICO E A FONTE DO DIREITO

A força propulsora do negócio jurídico é a vontade; a manifestação desta vontade é a sua força realizadora. Saber se a vontade é fonte do Direito é o obstáculo a se transpor.

²²⁶ CANARIS, Claus W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27, NR 19.

²²⁷ Conforme lições da ilustre Professora Doutora Suzana Tavares da Silva na disciplina *Direito Constitucional e Direitos Fundamentais*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2º Ciclo de Estudos em Direito, 2011/2012.

Couto e Silva é peremptório ao afirmar que “a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não a única”²²⁸. Roppo, situando-se histórica e ideologicamente, realça que o apelo à força criadora da vontade justifica a não interferência estatal na “liberdade negocial”, a sua “autonomia privada”, para então sustentar que:

[...] se, de facto, esta coincidia com a livre expressão da vontade humana, criadora exclusiva de direito, qualquer intervenção autoritária destinada a limitá-la devia aparecer como tentativa inadmissível de substituir a fonte ‘natural’ dos efeitos jurídicos por uma fonte ‘artificial’ e arbitrária, e, ao mesmo tempo, como atentado odioso a um atributo fundamental da pessoa.²²⁹

Stefano Rodotà enxerga que, quando se colocava “a tônica sobre a vontade privada como fonte de efeitos jurídicos relevantes, exaltava-se, evidentemente, o momento individualístico”²³⁰. Manuel Domingues de Andrade indica que o “o direito reconhece à vontade dos particulares um poder criativo de efeitos jurídicos”²³¹.

Já Ana Prata prefere enfrentar a questão a partir da intervenção pública nas relações interprivadas para daí colher que:

[...] a vontade privada não é fonte directa e imediata de efeitos jurídicos, mas tem a sua eficácia subordinada à necessária mediatização da lei e, conseqüentemente, às formas que tal mediatização assuma, o Estado pode, por duas vias, operar a sua intervenção nas relações de mercado: negando a eficácia jurídica à vontade privada quando esta se manifesta em condição de flagrante frustração dos pressupostos da sua força vinculativa ou quando dela resultam conseqüências ostensivamente nefastas para o bem estar social; ou conformando, de forma correctora, os efeitos jurídicos desencadeados pela manifestação da vontade, fazendo intervir no regulamento negocial interesses alheios, de um ponto de vista imediato, àqueles que ditaram esse regulamento.²³²

Como facilmente se deduz, a eminente jurista analisa a vontade, na perspectiva de sua eficácia, para concluir não ser fonte direta e imediata. Acontece que a fonte não se há de tê-la em razão de sua eficácia, porque senão só poderíamos

²²⁸ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo...*, cit., p. 105.

²²⁹ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 51-52.

²³⁰ Apud ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 152.

²³¹ ANDRADE, *Teoria Geral da relação jurídica...*, cit., p. 27.

²³² PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada...*, cit., p. 43-44.

ter a lei como fonte indireta e mediata já que também ela tem sua eficácia submetida a normas que lhe são superiores: em suma, na consciência do ordenamento jurídico se encontram os argumentos que desvinculam a fonte da eficácia.

Na mesma linha de não desprezar a conformação da vontade com a ordem jurídica, Duguit salienta, contudo, que o ato jurídico constitui “uma manifestação de vontade criadora de um efeito de direito”.²³³

Entendendo por “fonte” a nascente, não padecemos de temores para afirmar que é da vontade que jorram os negócios jurídicos, que se constituem a partir de sua força realizadora que é a sua declaração. A validade e a eficácia são etapas que se seguem, cabendo examinar a sua conformação com as normas que as precedem na estrutura hierárquica do ordenamento.

Há situações nítidas que a tanto atestam. Na *promessa de recompensa* é incontestável: na dicção do art. 854, do CCB²³⁴, “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”. De pronto, se constata que basta a divulgação da vontade e o declarante se obriga a cumprir o prometido, só podendo revogar a promessa – e assim se exonerar da obrigação que surgiu pela simples emissão da vontade – antes de prestado o serviço ou implementada a condição. E, pelo art. 224º/1, do CCP: “A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou dele é conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada”.

Focando a *proposta de contrato*, o art. 230º/1 do CCP dispõe que, ressalvada declaração em contrário, “a proposta de contrato é irrevogável, depois de ser recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida”. Já o art. 427, do CCB, estatui que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”²³⁵. Em todas estas hipóteses, a tônica está na vontade como fonte de obrigação, obviamente desde que declarada para que possa existir no mundo jurídico.

²³³ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Marcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 108.

²³⁴ Redação idêntica ao do art. 1.152 do CCB de 1916, tendo apenas sido substituída a locução “fazer o prometido” por “cumprir o prometido”.

²³⁵ A redação é a mesma do art. 1.080 do CCB/16.

Sem embargo, a vontade, juridicamente entendida, não é algo solto, vago, entregue a uma difusão do pensamento ou que se movimenta em atitudes. Ela se corporifica nos institutos. Por isto mesmo, o CCP, ao disciplinar as “fontes das obrigações”, vai regradar, dentre outros, os contratos, os negócios unilaterais, a gestão de negócios. Estes, porém, são do gênero *negócio jurídico* e este só se efetiva a partir da vontade. Viemos dela e voltamos à nascente, pois.

Formando o mosaico, entendemos a *vontade como fonte primária* de obrigações, mas que necessita se materializar no Direito. O seu estuário, sua larga foz é ato jurídico lato senso e, marcantemente, o seu campo específico, que é o negócio jurídico. Daí decorre que ela encontra os limites impostos pelo ordenamento, tanto nas suas normas-princípios quanto nas normas-regras, porque, na atualidade, não há lugar para a euforia outrora vigente e sintetizada por Gounot ao dizer que “*de la volonté libre tout procede, à elle tout aboutit*”.²³⁶ Jamais será extravagante enfatizar que é necessário não pôr de lado o “comprometimento axiológico do Direito”²³⁷.

6.6 A VONTADE, O NEGÓCIO JURÍDICO E O ORDENAMENTO

A vontade, como força propulsora, é *fonte primária* que se realiza, após manifestada, nos atos jurídicos – assim está posto.

Acreditando-se na hierarquia normativa, a indagação que aparece é se o negócio jurídico adentra no ordenamento e, em caso afirmativo, onde encontrará sua posição. Para encontrar a resposta, imperioso é referirmo-nos à *teoria preceptiva* e à *teoria normativa* do negócio jurídico²³⁸ resultantes da teoria objetiva precedentemente exposta (1.3, retro).

De acordo com a *teoria preceptiva*, que tem em Betti seu expoente, o negócio jurídico se caracteriza por ser “preceito de ordem privada” cuja essência está na autonomia, no autorregulamento de interesses nas relações privadas como fato

²³⁶ GOUNOT, E. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualism*. Tese. Dijon, 1912, p. 27. Em tradução livre: “tudo tem origem na vontade livre e tudo vai dar nela”.

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 29.

²³⁸ O insigne Mestre Antunes Varela trata de “concepção normativista ou preceptivista do contrato” (*Das obrigações em geral...*, cit., p. 218 et seq.). Optamos por trazer o tema para a amplitude do negócio jurídico.

social. A declaração da vontade tem, assim, *natureza preceptiva ou dispositiva*, sendo a autonomia o poder de autorregulamentação dos próprios interesses e relações exercido pelo próprio titular, cabendo à declaração dar vida ao negócio. E este negócio “adquire vida própria, independente da vontade que lhe deu o ser”²³⁹. Em síntese, o negócio jurídico é fato social, instrumento da autonomia privada e não apenas manifestação de vontade subjetiva, mas “dispositivo” pelo qual o particular disciplina suas relações.

Ousando mais, a *teoria normativa* considera que o negócio jurídico detém um *poder normativo*, que se expressa em normas ajustadas pelas vontades que o fizeram surgir. Assim, o negócio é expressão da autonomia privada e assume a posição de *fonte do direito objetivo*, na medida em que traz consigo a criação de *normas jurídicas*. Aqui reside, certamente, uma outra distinção entre o negócio e os demais atos não-negociais.

Sem nos descurarmos dos balizamentos interpretativos, – também anteriormente abordados –, encerrado o processo volitivo, inicia-se a normatividade. Lembremo-nos das convenções coletivas, das convenções de condomínio, dos estatutos das associações e de empresas e, ainda, dos contratos. Neles, as partes estabelecem regras que, se em conformidade com o ordenamento, são juridicamente exigíveis e vinculantes para aqueles que integram estas relações por si ou por quem tem o poder de representação.

Os opositores da *teoria normativa* querem sufocá-la tomando por base os caracteres da generalidade, imperatividade, abstração e coatividade, peculiares da norma jurídica. A iniciativa não tem sucesso; os fundamentos suscitados não prosperam.

Quanto à generalidade, leis há que refogem dessa característica, a citar, aquelas que conferem títulos a determinada(s) pessoa(s)²⁴⁰. Igualmente, se uma pessoa se incapacitou para o trabalho ou veio a falecer por um ato de heroísmo ou altruísmo, é comum o Estado, por via exclusiva de lei, conceder uma pensão para ela

²³⁹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1, p. 85 et seq.

²⁴⁰ No regime positivo brasileiro, é competência legislativa a outorga de título de “cidadão” de determinado Município ou de algum Estado-membro da federação para quem ali não nasceu, mas se notabiliza em algum setor da vida.

ou para seus dependentes se em estado de carência. Mesmo quando se refute tratarem de *leis* em seu puro sentido, não se pode confundir a noção de lei com a de norma.

No que concerne à imperatividade, de ordinário, ela se faz presente no negócio jurídico e, mesmo que assim não fosse, não se pode deixar de trazer em consideração que as normas legais nem sempre são imperativas: olhemos as normas dispositivas e supletivas e, com elas, a prova inequívoca que a imperatividade não é atributo absoluto.

No tocante à abstração, ela é do próprio “ser” da norma. Toda concretização resulta do movimento que vem da norma para a situação por ela prevista e esta abstração é flagrante nos estatutos das empresas e das diversas associações.

Enfim, a coatividade tanto é visível que a norma negocial pode prever sanções, faculdade conferida aos particulares pela própria ordem jurídica – exemplo da *cláusula penal* –, assim como o devedor pode ser compelido a cumpri-la de modo não-espontâneo.

Digna de atenção é a repugnância descrita por Antunes Varela de se reconhecer aos privados, nomeadamente às empresas privadas, o poder de criarem normas jurídicas, usurpando as funções das câmaras legislativas, embora não custe aceitar a sua legitimidade para regularem os seus interesses específicos.²⁴¹

Expressamos nossa divergência.

Que seria das cláusulas contratuais se não tivessem essa natureza normativa? A ordem legal é insuficiente para regular a multiplicidade das relações e esta sua insuficiência bem se estampa nos *contratos atípicos*, o mais perfeito instrumento posto à disposição da autonomia privada para atender à celeridade da vida negocial, regulando o que as câmaras legislativas não o fizeram. Ademais, a simples possibilidade de *arbitragem* escancara que, até mesmo para dirimir conflitos interprivados, eles, os particulares, traçam suas normas.

Acaso no negócio jurídico não contivesse norma jurídica, o regramento que surge pela vontade e nele se expressa não teria como ser efetivado. Com efeito, no negócio jurídico, os interessados definem o seu regramento e estipulam normas,

²⁴¹ *Das obrigações em geral...*, cit., p. 220.

assim juridicamente qualificadas, tal como as normas decorrentes da lei. O que as afasta é meramente a incidência.

Enquanto a lei, no âmbito de validade pessoal, envolve um contingente maior de destinatários – *até mesmo as leis especiais que regulam determinado grupo de relações* –, as normas negociais se restringem às partes e às pessoas que estão representadas, como nos contratos e convenções coletivas. Por tal motivo, Kelsen as denominou de *normas individuais*. Acresça-se, em abono à sua característica de norma jurídica, que deveres secundários ou conexos dela decorrentes se projetam também para terceiros.

Nesses contornos, não nos assolam dúvidas em afirmar que o negócio jurídico integra o ordenamento. Como não poderia deixar de ser, vão acomodar-se no rés do chão da pirâmide normativa, o que nos autoriza a afirmar que haverá de encontrar seu fundamento de validade nas demais normas do ordenamento que lhe são superiores.

Um esclarecimento urge. Defender a normatividade do negócio e tê-lo como fonte do direito não contradiz a assertiva pela qual a vontade é *fonte primária*, porque, da vontade livre e livremente manifestada, surge o negócio que vai para o ordenamento e é quando ali recepcionado que se concretiza como fonte do direito. Mas só se concretiza porque, antes, primariamente, no nascedouro, esteve a vontade a ditar aquele corpo normativo de autorregulação dos interesses.

De todos os negócios, inegavelmente, o contrato é a figura mais proeminente, circunstância que nos encoraja a dedicar-lhe um capítulo específico, a seguir.

7 O CONTRATO: DO PRETÉRITO PARA O PRESENTE

7.1 O CONTRATO: O QUE É?

Vivemos no *mundo dos contratos*. Eles nos acompanham quiçá diariamente, de certo modo, diuturnamente. Ingressa em nossas vidas, por vezes, de maneira imperceptível e, se tomarmos consciência de que a energia e a água que consumimos resultam de contrato, até mesmo quando Hipnos nos acolhe e nos entrega nos braços de seu filho Morfeu²⁴², ele, o contrato, estará nos servindo.

Para sabermos *o que ele é*, impõe-se dissecá-lo, para que aflorem seus caracteres.

Em primeiro lugar, forçoso é determinar se o que se busca é um conceito da figura jurídica do *contrato* – em sua acepção mais ampla – ou se cinge ao contrato que celebram os privados entre si. Isto assume relevo porque a Administração Pública tanto celebra contratos de direito privado cuja regência, seja quanto ao conteúdo seja quanto aos efeitos, obedece aos cânones privados, exemplificativamente, na compra e venda e na locação (arrendamento), como também celebra os intitulados *contratos administrativos*. Estes formam:

[...] um tipo de avença travada entre a Administração e o terceiro na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis manifestações de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.²⁴³

Nesta senda, se a Administração pode impor modificações nas prestações devidas pelo contratante, aplicar sanções e rescindir o contrato *sponte propria*, quando o reclama o interesse público, isto não representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua previsão contratual. Há, assim, duas ordens de interesses que se deve compor nesta relação. Um interesse público, que reclama flexibilidade para o atendimento de vicissitudes

²⁴² Socorremo-nos aqui da mitologia grega. Hipnos é o pai de Morfeu, considerado o deus do sono.

²⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 573-574.

administrativas, e o interesse particular, que postula uma legítima pretensão ao lucro. A cada parte se defere o que se busca no negócio jurídico.²⁴⁴

Dessa digressão até o contrato administrativo, seus ingredientes aparecem: (i) é um negócio jurídico; (ii) de conteúdo patrimonial; (iii) no qual há partes; (iv) cada qual com respectivos interesses preservados; e (v) é submetida a avença à superioridade das normas legais. Confirmam-se, assim, as palavras expostas em capítulos anteriores: um negócio jurídico surge por vontades cujo núcleo forma uma “parte”, cada “parte” encerra um interesse objetivamente homogêneo, constitui uma regulamentação (ou normatização) daquele interesse, ingressa no ordenamento e, como tal, se subordina às normas que o precedem.

Em uma frase decisiva: um negócio jurídico é sempre um negócio jurídico e quando o acolhemos pelos seus caracteres, nada o transfigura. Ora, se um contrato é um negócio jurídico, estando nele os caracteres próprios de contrato, para delineá-lo como contrato não importam as variáveis de sua disciplina porque elas não interferem na sua qualificação jurídica. Se assim não fosse, não poderíamos falar da existência de *contrato*, mas de “contratos”, em razão do ordenamento jurídico que os regulam. Teríamos o contrato germânico, o contrato lusitano, o contrato russo, etc. E se a moda pega, restariam “nacionalizados” todos os institutos jurídicos.

Em segundo lugar, ainda com os elementos supra fixados, imprescindível se torna acrescer-se que, espécie de negócio jurídico, o contrato assombrosamente lhe ocupa amplo espaço, sendo o instrumento, por excelência, da regulação patrimonial dos interesses. É a veste jurídico-formal de operações econômicas e, por consectário, canal jurídico para a circulação da riqueza – apesar de não exclusivo –, seja ele contrato administrativo, civil ou comercial. Na patrimonialidade reside, assim, o que o diferencia de outros negócios.

Recaindo no Direito Civil, diferentemente do CCP e do CCB que não lhe dedica um conceito, o CC da Itália o define como “o acordo de duas ou mais partes para constituírem, regularem ou extinguírem entre si uma relação jurídica patrimonial”²⁴⁵. Esta noção influencia a doutrina que, praticamente reproduzindo estas palavras, tem o contrato como:

²⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 577.

²⁴⁵ No original, art. 1.321: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimonial*”.

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.²⁴⁶

Quando se destaca a “regulamentação dos interesses” como negócio jurídico que é – e o é, incontestavelmente – do contrato não se poderá falar sem que se o tenha como manifestação do exercício da autonomia privada revelada pela vontade. Sua pedra de toque é a “manifestação da vontade”, pois, sem o “querer humano não há negócio jurídico”.²⁴⁷

Se há “interesses” e “vontades” em “relação de natureza patrimonial”, o intérprete há de indicar como são, na sua origem, estes interesses, estas vontades. Em Joaquim de Sousa Ribeiro, encontramos a referência que habitualmente se há conjugado no singular, o discurso do negócio jurídico, associando apenas ao declarante o princípio voluntarístico quando, em verdade, as partes figuram, ambas, como polos ativos.²⁴⁸ Com toda pertinência, para o ilustre Mestre lusitano, a autodeterminação é, no contrato, “determinação conjunta” de efeitos vinculativos que movimenta sempre a simétrica e paritária competência reguladora do outro sujeito em relação, daí provir a expressão de Bernd Rebe que qualifica o contrato como “esfera de conformação bilateral-interactiva”²⁴⁹.

Não se pode imaginar que interesses iguais deságuem no contrato. Ele é instrumento de autocomposição, do que deriva que estes interesses são originariamente contrapostos, servindo o contrato para conciliá-los e, assim, seguir seu curso para a realização dos efeitos, vale dizer – apesar da redundância –, para a satisfação daqueles interesses que se conformizaram.

²⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p. 32. De acordo com a autora, na nota de rodapé nº 6, o conceito é baseado em Antunes Varela, W. de Barros Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira, Colin e Capitant e R. Limongi França. Vale mencionar que, em certa medida, este conceito se entrelaça com o de *ato jurídico* ofertado pelo art. 81, do CCB/16: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Apenas foram retirados o “resguardar” e o “transferir” e agregada a natureza patrimonial – aliás, natureza unissonamente reconhecida.

²⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

²⁴⁸ *Ibid*, p. 36.

²⁴⁹ *Ibid*, p. 38.

Acompanhando Antunes Varela, o contrato é essencialmente um acordo vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si.²⁵⁰ Quando as vontades são concordantes,

[...] mas caminham no mesmo sentido, reflectindo interesses paralelos, não há contrato, mas acto colectivo ou acordo, como sucede com várias pessoas que se reúnem para formar uma associação ou para constituir uma fundação, com os cônjuges que escolhem o nome e os apelidos que devem compor o nome do filho. Quando as declarações se fundem, não para formar um acordo de interesses contrapostos, mas para apurar, por sufrágio, a vontade de um órgão colegial, também não há contrato, mas deliberação.²⁵¹

Problematizam-se situações: um grupo de pessoas celebra um negócio jurídico constitutivo de uma empresa onde regulam os seus interesses. Consagrou-se chamá-lo de “contrato de sociedade”. Há interesses contrapostos? Talvez pelo arrebatamento exercido pelo *Code*, que se utiliza da locução *contracter mariage* (art. 144), não falta quem tenha sustentado a existência de “contrato de casamento”. E assim vem, no vigente CCP, em seu art. 1.577^{o252}. Seria, efetivamente, o matrimônio esta espécie de negócio?

No vernáculo, contraposto significa contrário, antítese, adverso. Interesses contrapostos são, portanto, antagônicos. Disto não se pode fugir. Trasladados os interesses para o “verbo”, avultam os antônimos: comprar de um lado, vender de outro; dar em comodato, receber em comodato, etc. E, sob o enfoque dos personagens, comprador e vendedor, comodante e comodatário e assim por diante.

No chamado *contrato de sociedade*, não conseguimos detectar esta antinomia. O nome, mesmo quando repetido, não muda a essência. Todos os atores estão com os mesmos propósitos: constituir a pessoa coletiva e perseguir os objetivos que os estimularam. Confessamos não vislumbrar um único traço de vontades e interesses contrapostos. Não há “verbos” distintos a serem conjugados pelas pessoas que celebram a avença. Só há o “instituir” (a sociedade). Tem-se sim e verdadeiramente, no “contrato de sociedade”, um negócio jurídico, um exercício do

²⁵⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral...*, cit., p. 216.

²⁵¹ *Ibid*, p. 217-218.

²⁵² Na sua dicção, o casamento é “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma comunhão de vida”.

poder jurídico de autorregulamentação dos interesses. No entanto, não podemos esmagar o gênero negócio nem devemos transformar a espécie em gênero, salvo se a opção for alavancar novos paradigmas para uma nova teoria o que, de imediato, implicaria em se retirar da feição contratual os interesses contrapostos.

Por este trânsito, já há quem entenda não mais justificar a manutenção do negócio enquanto gênero, apenas permanecendo com pleno vigor, como causa da dinâmica jurídica, o *ato jurídico* como gênero e, unicamente, o *contrato* como espécie²⁵³.

Com essa ideia não comungamos.

Sem desmerecer os fundamentos que a animam, o destino é embaraçoso. Coloque-se em mente o *testamento*: se ficar agasalhado como “ato jurídico”, este não mais poderá ser definido como fato jurídico produzido pela ação humana ou pela vontade cujos efeitos estão previstos em lei. Se o deslocar para o âmbito do *contrato*, este deixará de ser oriundo de vontades das partes, permitindo-se-lhe, até mesmo, uma unilateralidade.

Aliás, seja dito que renegamos a existência do “negócio consigo mesmo” ou “autocontrato”, ou “contrato consigo mesmo” que estariam alojados no art. 261º do CCP e no art. 117 do CCB.²⁵⁴ São denominações sem correspondência com o conteúdo que expressam, em uma injustificada confusão entre o significado de pessoa e o de “parte”. Nestes erroneamente denominados “negócios” (ou “contratos”) *consigo mesmo*, o que ocorre é a presença de uma única pessoa no ato de sua celebração, só que age em nome próprio – *sendo, pois, uma parte* – e como *representante* da outra parte. Logo, há a emissão de duas vontades distintas de duas partes também distintas. Supondo-se a compra e venda, aquela pessoa atua como compradora e *representante* da parte vendedora. Se, no negócio, toma-se a noção de parte, como as partes são diversas não há negócio consigo mesmo. Na sua formação ter-se-ia, unilateralidade, incompatível com os contratos, portanto.

²⁵³ AMARAL, *Direito Civil. Introdução...*, cit., p. 371.

²⁵⁴ CCP, art. 261º: “(Negócio consigo mesmo) 1 – É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesse”. CCB, art. 117: “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

Na outra vertente, igualmente, o casamento nasce de vontades concordantes e seus efeitos estão regulados na lei.²⁵⁵ Se for perguntado o querer de cada qual, naquele ato, a resposta se concentrará em um só verbo: *casar*. Mais uma vez lembrando Joaquim de Sousa Ribeiro, há que não esquecer que, no contrato, há duas partes e “dentro da estrutura de contraposição de interesses típica das relações contratuais, o que dá a uma tira-se à outra”.²⁵⁶ Ademais disto, ainda não galgamos um patamar de liberdade de ajuste do casamento com a estipulação de normas de regência para vigorar entre as partes. Seu conteúdo está determinado, ao passo que só há contrato quando a vontade for determinante dos efeitos produzidos pelo ato.²⁵⁷ Reafirmamos que, aos cônjuges, é dado disciplinarem sua conduta intersubjetiva, dispensando até o cumprimento de deveres previstos na lei; no entanto, esta faculdade se insere na “autonomia existencial”. Contrato é negócio jurídico. Caso o casamento seja reconhecido como contrato, negócio jurídico o será e, em o sendo, ser-lhe-ão aplicadas as normas negociais. Por mais avançada que seja uma opinião, ainda não se arriscou a defender o casamento “a termo” ou “sob condição” e, fazendo-lhe incidentes as repercussões indenizatórias, substituir-se-á a personalização de sua relação pelo patrimonialismo. O ter ressurgirá sobre o ser. Também não nos parece apropriado apoiar-se no *pacto antenupcial* para a compreensão do casamento como “negócio”, dado terem os interessados disciplinado o regime patrimonial de bens. Por um ângulo, o pacto é anterior ao casamento, não é o casamento. Por outro, o pacto não é a disciplina do vínculo; só e só da sociedade conjugal.²⁵⁸

Na ânsia de se enquadrar o casamento como *contrato*, ainda há quem argua se tratar de um “contrato específico de Direito de Família”, não atrelado, assim, aos princípios e cânones do Direito das Obrigações. Seria, então, *um contrato que, em si, não é contrato*, situação esdrúxula facilmente superada com a utilização de uma expressão mais condizente e por sua inserção na categoria que corresponda a

²⁵⁵ Temos aqui em mente o casamento, nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, onde a vontade não é apta para estipular consequências.

²⁵⁶ RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., p. 22.

²⁵⁷ FERNANDES, Luis A. C. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica, v. II.

²⁵⁸ Quando o CCB dispõe, em seu art. 1.581 que “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”, albergando a Súmula 197, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fornece sólidos subsídios para alicerçar o entendimento pelo qual o regime de bens não confere ao “vínculo casamento” o substrato para caracterizá-lo como contrato.

seus caracteres – ao invés de se utilizar uma palavra que tem natureza e contornos jurídicos definidos. Compete-nos admitir, com Judith Martins-Costa, que as palavras são instrumentos de precisão. Se manejadas deficientemente, estes nossos bisturis produzem danos, pelo menos, danos da incompreensão e da qualificação, porque qualificar é compreender.²⁵⁹

Noutra direção, sustentar-se que o casamento é contrato porque “está na lei”, faz-nos enaltecer a advertência de Orlando de Carvalho para quem “*la néfaste influence de ce positivisme légaliste, dans les pays, inclusivement, de tradition napoléonique, est encore aujhourd’hui très loins d’être épuissé*”.²⁶⁰

Por fim, o contrato é fonte do direito. Tem função normativa. Dele resultam, pois, normas jurídicas – aplicando-se aqui tudo o que a este respeito dissemos quanto ao negócio jurídico.

7.2 O CONTRATO E SUA HISTORICIDADE

“O que é o contrato” não poucas vezes se mistura com a sua “disciplina”. O “direito dos contratos”, como conjunto de regras e princípios, é, historicamente, mutável. A “disciplina legal” é destinada a satisfazer interesses, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento conformes aqueles interesses que, de quando em quando, se quer tutelar.²⁶¹

Na Antiguidade e na Idade Média, em que o modo de produção era baseado no trabalho escravo ou por um vínculo onde despontava um trabalho artesanal e com tendência ao autoconsumo, o contrato não tinha a ressonância que viria a demonstrar a partir da revolução industrial. Não por outra razão, é no *Code* que reside a primeira e grande sistematização do direito contratual como fruto político da revolução francesa e da vitória da burguesia à qual o capitalismo entregou a direção e o domínio da sociedade.

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis...*, cit., p. 622.

²⁶⁰ CARVALHO, *Le droit de l’homme dans le droit portugais...*, cit., p. 9. Em tradução livre: “a nefasta influência do positivismo legalista, dentro dos países inclusive de tradição napoleônica está, ainda hoje, muito longe de se esgotar”.

²⁶¹ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 22.

A ordem econômica passou a ter no contrato a sua espinha dorsal²⁶² e, dentro da codificação napoleônica, ele surge dotado da função de possibilitar a circulação de riquezas, dentro do Estado, esta mola propulsora de todo arquétipo burguês.²⁶³ Com Stefano Rodotà:

[...] à antiga tese de uma substancial passagem da propriedade fundiária para a burguesia francesa já no período anterior à revolução, surge cada vez mais claramente que o verdadeiro instituto revolucionário foi justamente o contrato. Por outras palavras, a real inovação introduzida pelo Code Civil não foi tanto a de permitir à classe burguesa o acesso à propriedade, como a de inserir plenamente os bens no fenômeno da produção e da troca.²⁶⁴

Nesta fotografia, vemos que a disciplina jurídica do contrato é reflexo do modelo de organização econômica correspondendo à realização de objetivos e de interesses valorados consoante as opções políticas. Não só. Sendo – como é – um instrumento de circulação de riquezas, que conduz a perspectivar os contraentes não apenas como sujeitos, mas como agentes de negócios no mercado, necessariamente nele se projeta a ideologia da organização político-social adotada naquele momento, e naquele local.

É oportuno anotar que a ideologia nacional-socialista, na Alemanha, batera de frente com os princípios do direito contratual de inspiração liberal. Hans Frank, em 1933, afirmava que a loucura do individualismo e do liberalismo, de ora em diante, não tem mais espaço no direito alemão e que a esta deve-se substituir a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autônoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional e aos seus desígnios de potência e de domínio.²⁶⁵

Assim, o contrato, ali, deixara de ser manifestação da liberdade individual e meio para a realização dos interesses da pessoa e a tal exagero se conduziu o “bem comum da nação”, que o contrato havia de se submeter ao

²⁶² FRANÇA, A (*des*)construção do direito privado..., cit., p. 95.

²⁶³ PESSÔA, Fernando José B. Contratos, autonomia da vontade e perspectiva comunitária. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. A autonomia privada na legalidade constitucional, p. 103.

²⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *Poteri dei privati e disciplina dela proprietà*. In: _____. *Il diritto privato nella società moderna*, 1971, p. 337 (apud PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada...*, cit., p. 10).

²⁶⁵ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 55.

Fuherprinzip – a valoração jurídica tinha por critério a vontade do líder supremo, o *Fuhrer*. Restavam aniquilados os princípios da autonomia, da liberdade, da igualdade, da legalidade e da certeza do direito, valores tão caros ao liberalismo.

A disciplina do contrato é, portanto, histórica e geograficamente variável. O contrato, sob os influxos do liberalismo, não pode ter o mesmo regramento e a mesma compreensão que vem do Estado Social. Ainda quando eventualmente vetustas regras subsistam, elas não de ser interpretadas consoante os fundamentos da ordem socioeconômica que se instalou.

7.3 O ESTADO SOCIAL, O CONTRATO, O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E O CAPITALISMO

O Estado Social, podendo ser entendido como aquele que intervém nas relações privadas, no modelo liberal interdito à ação pública²⁶⁶ se caracteriza tanto pelo objetivo de promoção da justiça social como pela elevação ao plano constitucional dos sistemas de controle dos poderes privados, em prol do equilíbrio entre interesses individuais e interesses sociais e da proteção das partes e dos sistemas vulneráveis, a exemplo do consumidor e do meio ambiente.²⁶⁷

Antes, já nos referimos aos direitos fundamentais e à sua eficácia direta e imediata nas relações privadas; agora, é procedente acrescentar, sob as luzes de Joaquim de Sousa Ribeiro, que a incidência dos direitos fundamentais sobre os atos privados encontra na esfera contratual uma área de incidência particularmente relevante.²⁶⁸

E assim não poderia deixar de ser. Naquele passado, por nós já constantemente revisitado, a igualdade formal e uma suposta liberdade aprisionavam os contratualmente débeis e deles faziam peça da engrenagem dos interesses da classe dominante. Quando o absolutismo político se encolheu, o despotismo econômico tomou-lhe o lugar.

²⁶⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 101.

²⁶⁷ LOBO, *Contratos...*, cit., p.41.

²⁶⁸ *O problema do contrato...*, cit., p. 5, em “Nota do Autor”.

O que se propugna, com o Estado Social, é o enlace da justiça comutativa, da justiça distributiva e da justiça social. A comutatividade deixa de ser aparente para abraçar as desigualdades entre as partes e, também, para se manter por toda a execução do contrato e até para além de sua extinção. Não basta que os contratantes sejam reputados formalmente iguais; é necessário que a ideia de comutatividade se projete no plano material da igualdade.²⁶⁹ A paridade contratual não há de se fincar apenas na constituição do vínculo, mas se há de lançar na hermenêutica de sua aplicação, porque é no momento da eficácia que a desproporção fica mais saliente.²⁷⁰

No tocante à justiça social, com John Rawls, é às desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar.²⁷¹ A sociedade de bem-estar se maximiza em função de quem está na pior posição, garantindo que a extensão dos direitos de cada um seja mais amplamente assegurada, desde que compatível com a liberdade do outro. Em 1931, o Papa Pio XI denunciava que a sociedade estava cada vez mais dividida em duas classes,

[...] uma, pequena em número, gozava de todas as comodidades que as invenções modernas fornecem em abundância, ao passo que a outra, composta de uma multidão imensa de operários, a gemer na mais calamitosa miséria, debalde se esforçava para sair da penúria em que se debatia.²⁷²

Ingenuidade será acreditar-se que essas concepções se distanciam do contrato. Jorge Mosset Iturraspe se encarrega de provar o contrário, ao reconhecer que o contrato é meio posto pelo Direito para que a pessoa satisfaça suas necessidades humanas, quaisquer que sejam elas. Diz o jurista portenho:

Y si reparáramos que entre esas necesidades se encuentran las denominadas primarias o vitales, sin cuya satisfacción el hombre no puede vivir – alimento, vestido, techo – o puede hacerlo en detrimento de su dignidad – educación, cultura – o de calidad de su vida – goce estético, entretenimientos, distracciones – o de la tranquilidad o seguridad de la misma – prevención de riesgos, rentas en la vejez etcétera

²⁶⁹ FACCHIN, *Teoria Crítica do Direito...*, cit., p. 228.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 324.

²⁷¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

²⁷² Encíclica *Quadragesimo Anno*.

– caemos en la cuenta acerca da transcendencia social y económica de la contratación. También el dinero, común denominador de los valores, instrumento de cambio por medio del cual se adquieren bienes o servicios vitales, llega a mano de los hombres, las más de las veces, como resultado de la contratación del cambio del esfuerzo o energía vital por ese medio económico.²⁷³

Por força dessa transcendência, o contrato pode ser adotado como suporte para o livre desenvolvimento da existência da pessoa humana que se insere na sociedade com uma diretriz de solidariedade na qual “estar para o outro” se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.²⁷⁴ No contrato, não pode imperar o puro interesse individual, antítese do bem comum e da paz social.

Mas é necessária muita prudência na apreciação do contrato porque ele é, por si, uma realidade jurídica de conteúdo econômico. Quixotesicamente, não podemos alardear que interesses desta natureza sempre perfeitamente se acomodam e que as pessoas estão libertas do egoísmo. É desconhecer a essência do ser humano. O exercício para fins pessoais de um direito de finalidade egoísta está dentro do previsível, ou “*dans la ligne normal*”, explicita Jean Dabin.²⁷⁵

Doutra banda, o capitalismo tomou vulto; afirmou-se e reafirmou-se. Antes, a queda da Bastilha, depois, a queda do muro de Berlim. Expandiu-se, portanto. Os poderes privados se robusteceram; as grandes corporações se potencializaram na dinâmica econômica. Como o capitalismo tem por lógica o lucro, não se pode imaginar que – *nas suas relações negociais, frise-se*²⁷⁶ – ele se mova com espírito de solidariedade. A palavra *caritas*, ele não a transporta para seus contratos. Antes e acima de tudo, os seus anseios. Para obtê-los, o tráfico econômico tem que ser célere, impondo a celeridade no tráfico contratual.

O ajuste de interesses contrapostos não atende a essa dinâmica. Ao revés, retarda-a ou trava-a.

²⁷³ ITURRASPE, Jorge M. *La interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994, p. 122.

²⁷⁴ FARIAS; ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: contratos...*, cit., p. 140.

²⁷⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz. 1952, p. 296 (apud NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais...*, cit., p. 148). Em tradução livre: “dentro da linha normal”.

²⁷⁶ Tratamos das *relações negociais* porque não se pode esconder que, em verdade, empresas há que têm compromisso social e desenvolvem ações concretas seja em relação a seus empregados seja em um contexto mais amplo, a exemplo do meio-ambiente, promoções culturais, etc.

Surge o *contrato de adesão*, que se caracteriza pelo fato de seu conteúdo ser definido unilateralmente por um dos contraentes, subtraindo à outra parte a possibilidade de sua modificação substancial e, até mesmo, de discussão sobre suas cláusulas, restando-lhe aceitar em bloco a proposta que lhe é apresentada ou rejeitá-la – prescindindo a celebração da avença.²⁷⁷ Por força de sua característica, melhor seria denominá-lo de “contrato por adesão”: em um polo, há um “aderente” que veio a contratar “por adesão”.

Falecendo-lhe a livre estipulação por ambos os contratantes, assim suprimida a regulação dos interesses por uma das partes que à outra se submete, questiona-se a sua natureza: ora se o absorve como “contrato degenerado”²⁷⁸ ora se o rejeita como contrato, precisamente porque não se revela a autonomia negocial de um dos contraentes.

É evidente que há uma severa restrição.

Duas ordens de valores, porém, não de ser captadas. Em um primeiro plano, descabe satanizar o “contrato por adesão”. Impossível discutir-se cada contrato de massa com cada um dos cocontratantes. Fazemos também nosso o testemunho de que as razões que o explicam e o legitimam são manifestas, tornando esta modalidade de contrato irreversível e ineliminável, sendo impensável, na moderna estrutura econômica, uma negociação caso a caso, ou seja, com cada um dos milhares de utentes.²⁷⁹ De outro lado, se o “contrato por adesão” estaria a espelhar a restauração do desequilíbrio, vindo a serviço dos interesses daquele economicamente mais forte, é nesta tela que se desenham os postulados do Estado Social e das constituições democráticas. E do direito civil-constitucional. É com a intervenção da lei ou da exegese, segundo os ditames constitucionais, que se retempera a relação negocial e se reprime a abusividade.

Reluzente é o art. 51, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁸⁰: (i) fulmina com nulidade absoluta as cláusulas contratuais abusivas; (ii) em dezesseis

²⁷⁷ O conceito se apoia em Ana Prata e na dicção do art. 54, do CDC. (PRATA, Ana. *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17).

²⁷⁸ MONTEIRO, António Joaquim de M. P. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 749.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ CDC, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]”.

incisos, elenca hipóteses da abusividade²⁸¹; (iii) pelo seu *caput*, o elenco é meramente exemplificativo nele não se esgotando, pois, as possibilidades de vir a ser lesado o consumidor e, por consequência, ser inquinado do vício insanável qualquer outro dispositivo contratual

Encômios igualmente merecem os seus §§1º e 2º.

Pelo §1º, institui presunção de vantagem exagerada quando:

- I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Para a caracterização do abuso, atrelando o contrato aos “princípios fundamentais do sistema jurídico” e reportando-se aos “direitos ou obrigações fundamentais” ao contrato inerentes, eis que o CDC impõe a devida integração normativa, em tutela do consumidor. Instala ou restaura o equilíbrio, vindo pelo eco a voz de Laccordaire.

Já pelo §2º, “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Tem relevância assentar-se a consagração do “princípio da conservação do contrato”. Se há um foco doentio retira-se-o, sem comprometer o corpo. E, no plano da compreensão da autonomia negocial, preserva-se a vontade como fonte do contrato. O que se sonegou a uma das partes foi a discussão do conteúdo clausular, mas, mesmo assim, ela *quis contratar*. Se sua vontade foi de contratar e a emitiu nesta direção, seria desrespeitar sua vontade nulificar o negócio. Ao invés de se lhe proteger, o aderente estaria penalizado porque impedido de satisfazer até suas necessidades básicas, quando se percebe que elas, de ordinário, são atendidas por *contratos de consumo* cujo campo é inundado pelos *contratos por adesão*.

De seu turno, o CCB, apesar de muito acanhado no enfrentamento dessa figura, determina a adoção da interpretação mais favorável ao aderente quando

²⁸¹ É revelador o inciso IV: [são nulas as cláusulas que] “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé e com a equidade”.

houver no contrato cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 423) e também a nulidade de cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424).

Nesse contexto, sem pretendermos extremar posições, a ausência da possibilidade de interferir no regramento da relação, quando o sistema jurídico acolhe valores da dignidade da pessoa e, por desdobramento, da igualdade substancial, da justiça comutativa e da justiça social, muito provavelmente pode provocar mais proteção ao aderente do que se ele fosse discutir as cláusulas, como indivíduo isolado.

Esse o desenrolar do contrato, do pretérito, para o presente.

7.4 O CONTRATO E O DIREITO BRASILEIRO

O sistema jurídico-civilista brasileiro anda no vagão desgarrado do comboio da evolução do direito positivo. Tem chegado a destempo, sendo flagrante seu descompasso histórico. As Ordenações Filipinas entraram em vigor no distante ano de 1602, e suas normas tinham aplicação em Portugal e nas suas colônias. No tocante a seu Livro IV, que regulava as relações civis, desde 1867 desaparecera do ordenamento da pátria-mãe, com o advento do seu pioneiro Código Civil.²⁸² No Brasil, porém, apesar da Proclamação da Independência, em 1822, e da República, em 1889, só veio a ser revogado com o início da vigência do nosso primeiro Código, em 1917²⁸³, de inspiração liberal, quando o liberalismo já agonizava. Enquanto isto, contrariando uma tendência, o Código Comercial (CCom) brasileiro precedeu o CC/16, e em nada menos que sessenta e seis anos. Data de 1850.

Cuidando do atual CCB, seu anteprojeto foi apresentado em 1972, tornando-se projeto de lei em 1975. Estávamos em plena ditadura. Pelo sopro da redemocratização, em 1988, tardiamente embora, engajamo-nos nos postulados do Estado Social e sob o comando de uma nova Constituição.²⁸⁴ De sua força e de seus

²⁸² Conhecido como *Código Seabra*, como referência ao jurista Antônio Luis de Seabra e Sousa, que esteve à frente de seu projeto.

²⁸³ Conhecido como *Código Bevilacqua*, como referência ao jurista Clóvis Bevilacqua, autor do seu projeto.

²⁸⁴ Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães a denominou de “Constituição cidadã”.

preceitos vieram, já em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90 – e o CDC (Lei nº 8.078/90). E o projeto do CCB adormecia no Congresso. Enfim, despertado, torna-se a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para começar a vigir em idêntico dia do ano seguinte.

Aqui cabe atentar-se: um projeto de 1975 se torna lei vinte e sete anos depois, surgindo, entre um momento e outro, uma nova Constituição. Isto significa que o intérprete não pode superficializar a análise do CCB. Há de entendê-lo pelos valores que consagra e compatibilizá-lo com a axiologia constitucional.

O descompasso, obviamente, apresenta fissuras que mais graves não são porque à frente da comissão que elaborara o anteprojeto esteve Miguel Reale²⁸⁵ que para lá transportou concepções carregadas de seu culturalismo. Com suas palavras, os princípios que presidiram a feitura do novo Código foram a *eticidade* e a *socialidade*²⁸⁶, dando, assim, novos rumos aos negócios jurídicos, em geral, e aos contratos, em particular.

A *eticidade* se reflete no art. 113, que determina sejam os negócios jurídicos interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração; no art. 187, ao prescrever que comete ato ilícito quem, ao exercer um direito, excede os limites impostos pelo “seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes”; e no art. 422, que obriga os contratantes a guardar, na celebração do contrato e na sua execução, os princípios de *probidade e boa fé*. Também neste rol pode-se incluir a “rescisão contratual” por lesão (art. 157)²⁸⁷, que recupera um mecanismo ético, além dos antes citados arts. 423 e 424 que tratam do *contrato por adesão* e servem de engrenagem de correção da supremacia do predisponente.

A *socialidade* vem marcante nos arts. 421 e 1.228 – com maior relevo em seus §§1º e 2º, dispositivos que impõem uma função social aos contratos e à propriedade.²⁸⁸ Em resumo, e com Reale, “se não houve a vitória do socialismo,

²⁸⁵ Integraram também a Comissão José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

²⁸⁶ REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

²⁸⁷ Art. 157: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

²⁸⁸ Pertinente que sejam transcritos: Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Art. 1228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

houve o triunfo da socialidade”²⁸⁹; a prevalência de valores coletivos não fez esvaírem-se os valores da pessoa.

Agregue-se a tais valores a *concretude* que, provocando o abandono do indivíduo abstrato para se centrar na pessoa real, no direito das obrigações vai se revelar em conceitos flexíveis como “circunstâncias do caso”, “natureza da situação”, usos do lugar,²⁹⁰ etc.

É notável constatar que esses avanços estavam no anteprojeto em uma época de mordanças na vida brasileira, regulada por uma legislação de exceção.

Mais notável, ainda, é verificar-se que não se teve a pretensão hermética de uma regulação meramente atual; nem a presunção de adivinhar o futuro. Para abarcar o presente e o futuro, foram utilizadas *cláusulas gerais*, com modelos abertos, sem apego a formas e abstrações e como convite para uma atividade judicial e doutrinal criadora e complementar. Dotadas de plasticidade, fornecem um início de significação a ser complementada pelo intérprete que, ao lidar com locuções como *ordem pública, interesse social e boa fé*, entre outras, precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos, presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.²⁹¹ Estas cláusulas se desvinculam do legislador, de seus motivos iniciais, para que possam atender, prospectivamente, a fatos e valores supervenientes. Esta opção estimulou Josaphat Marinho²⁹² a asseverar que um projeto do Código Civil em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve se traduzir em fórmulas genéricas e flexíveis, em condições de resistir aos embates de novas ideias.²⁹³

E assim foi feito.

§1º “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. §2º. “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

²⁸⁹ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

²⁹⁰ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 73.

²⁹¹ BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro...*, cit., p. 198.

²⁹² Constitucionalista, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Senador da República pelo Estado da Bahia e Relator-Geral no Senado do projeto do CCB/02.

²⁹³ Parecer final ao projeto do Código Civil, in *O Projeto do Código Civil no Senado Federal*, v. I, Brasília, p. 302.

Apesar desses méritos que podem torná-lo atual, o CC despertou envelhecido, carente de um rejuvenescimento em muitas de suas normas. Arranha e fere concepções atuais, retarda soluções e, por vezes, serve de suporte aos *legalistas* que, nele não encontrando a resposta direta às questões, ficam à espera da atuação legislativa – enquanto a vida passa. Quando o Judiciário vem suprir essas brechas de quem nasceu a destempe e que lhe causa o descompasso com a realidade, investem contra o *ativismo* – como se a vida pudesse esperar.

7.5 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE CHEGARAM

Não só no direito brasileiro, mas um fenômeno sensível em diversos ordenamentos, os negócios jurídicos recebem o ingresso dos princípios da “boa-fé” e da “função social”, que se coadunam com a axiologia aqui já explorada. Com eles, os contratos dão uma guinada porque também se prestam a dignificar a pessoa, a assegurar a lisura e a retidão em uma relação de conteúdo patrimonial e a trazê-la para a concretude da vida.

Estão a merecer que nos embrenhemos no seu âmago.

7.5.1 Do Princípio da Boa-Fé

Vestibularmente ressalte-se que a “boa-fé” comporta uma feição “subjéctiva” e outra “objéctiva”.

A *boa-fé subjéctiva* diz respeito a dados internos, atinentes ao sujeito, que ignora a real situação jurídica; trata-se de um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem.²⁹⁴ Encontramos seu suporte no estado de confiança subjéctiva quando se acredita ser titular de um direito, sem o ser. Por isto, a *boa-fé subjéctiva* não é um princípio, é um “estado psicológico”²⁹⁵. Como exemplos, o pagamento a credor putativo e o desconhecimento de revogação ou extinção do mandato.

²⁹⁴ NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais...*, cit., p. 132.

²⁹⁵ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 78

Já a *boa-fé objetiva* se mostra como regra de conduta a impor a lealdade e uma expectativa de confiança, tanto que, na Alemanha, se emprega a expressão *treu und glauben* – palavras que significam, respectivamente, lealdade e confiança –, reservando-se a expressão “boa-fé” apenas à sua conotação subjetiva. Dela se pode dizer que é um modelo de eticização da conduta através do qual ela se há de pautar nos padrões de comportamento de lisura, honestidade e correção e, também, de cooperação.

Por consectário, ela se endereça aos negócios jurídicos – e os molda – encontrando no contrato seu principal campo de aplicação – embora não somente nele, o que autoriza chamar-lhe de “boa fé obrigacional” ou, mais precisamente, “boa-fé negocial”.

Traduz-se no dever de cada parte agir de modo a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, servindo como norte e padrão a ser seguido.²⁹⁶

Como valor que o é, igualmente flutua pelo tempo e pelo espaço. Princípio geneticamente ligado ao direito romano, e que encontrou formulação na Alemanha da Idade Média, ele se fez presente no *Code* (1804), cujo art. 1134, após dizer que os contratos fazem lei entre as partes, estatui que eles devem ser executados de boa-fé.²⁹⁷ Despropositado não é lembrar, contudo, que, na França do liberalismo e do legalismo, a interpretação do texto era insignificante, impedindo que a boa-fé fosse semeada.

No Código Civil Alemão (BGB)²⁹⁸, que entrou em vigor em 1900, veio a ganhar seu atual significado, valendo aqui incorporar o seu §242, e em seus precisos termos: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

No CC da Itália, de 1942, a boa-fé vai receber um tratamento que lhe dá maior dimensão porque a ela foram dedicados vários dispositivos, convindo sejam anotados: inicialmente, o art. 1.337, que determina devam as partes se comportar segundo a boa fé no desenvolvimento das negociações e na formulação do contrato;

²⁹⁶ LOTUFO, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 315.

²⁹⁷ Code, art. 1134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

²⁹⁸ O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) foi aprovado em 1886.

em seguida, o art. 1.775, que põe a correção e a seriedade dos contratantes como regra de conduta da avença e, enfim, o art. 1.336, ao consignar que o contrato há de ser interpretado segundo a boa-fé. Note-se que estas normas são de imensa valia na medida em que embutem a *boa-fé* desde o início do *iter* contratual até sua concretude, elevando-a a parâmetro interpretativo. Pode-se acrescer o art. 1.176, dirigido à pessoa do devedor, que deve se utilizar da diligência do “bom pai de família” ao adimplir a obrigação.

No CCP, seu art. 762º/2 prescreve que, “no cumprimento da obrigação, assim como no direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”. E, no art. 334, tipifica como ilegítimo o exercício de um direito quando o titular excede, manifestamente, os limites impostos por ela, a boa-fé.²⁹⁹

No direito brasileiro, outra vez mais curiosamente, a boa-fé teve assento no art. 131, do vetusto CCom, de 1850, como cânone hermenêutico, porém foi de quase total inutilidade, tal como no *Code*. No CC/16, ele foi incorporado apenas com o caráter subjetivo.³⁰⁰ Em mais este episódio, chegamos tardiamente: o regramento específico da boa-fé objetiva veio no CDC, em 1990. Diante da eticidade que o compõe, o CC/02 a incluiu no art. 422, deliberando que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Não nos podemos esquivar de registrar a visão restritiva do CCB, ao se dedicar ao contrato, ao invés de se referir à autonomia negocial. Também não nos é dado ocultar que o legislador restringiu o alcance da norma ao momento da celebração do vínculo e à sua execução, quando mais proveitoso seria explicitar como linde o começo das negociações e extrapolando até mesmo o momento do desaparecimento do vínculo – *post pactum finitum*.

Nada obstante, a deficiência veio a ser superada no nascedouro: a 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Conselho de Justiça Federal (CJF), na sua conclusão de nº 25, expressou que o art.

²⁹⁹ O dispositivo citado adiciona os limites dos bons costumes e do fim social ou econômico do direito.

³⁰⁰ Faça-se a ressalva da presença da boa-fé objetiva em seu art. 1.443, na disciplina do contrato de seguro: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. Incompreensivelmente, o art. 765, do CC/02, reproduz integralmente o dispositivo, de todo dispensável, face a cláusula geral do art. 422, aplicável a todos os contratos.

422, do CCB, “não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais”.

A fase *pré-contratual* é quando se desenvolvem os entendimentos que conduzem ao consenso. Enlameada por deslealdades, maculado resultará o vínculo. Ali não se deve imperar os deveres de informação e clareza. Quanto à fase *pós-contratual*, se é certo que extinta a obrigação, as partes recuperam o “estatuto da liberdade”, cessando as antigas adstrições, a existência de uma culpa *post factum finitum* representa uma situação particular, onde jogam experiências profundas do sistema, veiculadas, normativamente, pela regra de atuação da boa-fé.³⁰¹ Os deveres de sigilo bem assinalam a projeção para além da vigência da relação.

É salutar assimilar-se que a fundamentação do princípio *da boa-fé* se localiza na cláusula geral da tutela da pessoa humana³⁰², constitucionalmente definida, e de onde germina, igualmente, o respeito à alteridade. A *boa-fé* impõe um dever de conduta conectado com os interesses do “outro”, visto como membro de um conjunto social que é juridicamente tutelado. Opera como “mandamento de consideração”, porque contribui para determinar “o que” e o “como” da prestação e, ao relacionar os figurantes do negócio, fixa também os limites da prestação. Nos negócios bilaterais, o interesse conferido a cada participante da relação encontra sua fronteira no outro figurante, ambos dignos de serem protegidos.³⁰³

Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, designadamente no outro polo da relação obrigacional.³⁰⁴ Agir com deslealdade implica ferir a dignidade da outra parte.³⁰⁵

Em uma preciosa síntese, da boa-fé emana o exercício idôneo da autonomia privada.³⁰⁶ Repetimos: não se dispensa a cooperação entre os partícipes de uma relação negocial. Mirando o contrato, as vontades contrapostas da origem se compõem para que os interesses de cada parte sejam realizados. Os contraentes não

³⁰¹ CORDEIRO, António Manuel R. M. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 630.

³⁰² NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 140.

³⁰³ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo...*, cit. p. 34.

³⁰⁴ RIZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. v. I, p. 45.

³⁰⁵ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 106.

³⁰⁶ CORDEIRO, Antonio M.; COSTA, Mario Júlio de A. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 25.

guerreiam, completam-se. Se alguém quer vender um bem e se alguém quer comprá-lo, ao ajustarem o contrato, satisfazem-se reciprocamente seus interesses. Têm, assim, de exercitar o poder da autonomia com fulcro no *solidarismo* e cada qual há de se imbuir da noção de que o “outro”, ao surgir para celebrar a relação jurídica, possibilitou-lhe alcançar seu intuito. Sem o “outro”, o negócio não afloraria; o interesse não seria satisfeito. Por isto, a conduta há de ser leal, de modo a inspirar confiança e tudo se deve fazer para deixar fluir o contrato sem embaraços, removendo os obstáculos, rumo à sua plena realização, facilitando-se o adimplemento das obrigações e, assim, vencendo todas as etapas deste processo. A um só tempo, um *non facere* e um *facere*. Enfim: *lealdade contratual*, ingrediente da “boa-fé objetiva”.

Imperioso assinalar que a boa-fé, valoração ética do comportamento, gera deveres secundários, a exemplo dos “atos de proteção”, que se situam exatamente na conduta voltada para afastar possíveis danos, implicando em “atos de vigilância”, de *guarda*, de *assistência*. Com Manuel A. Carneiro da Frada, a violação dos *deveres de proteção* representa, em uma opinião muito generalizada, um ilícito contratual.³⁰⁷

Em linhas genéricas, pode-se afirmar que a boa-fé tem tríplice função: *interpretativa*, *integrativa* e *de controle*. Acompanhando estas mesmas linhas, veio a lume a conclusão de nº 26, da já referida 1ª Jornada de Direito Civil, ao admitir que “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência do comportamento leal dos contratantes”.

Em um primeiro ponto, a boa-fé é regra de hermenêutica ou, ao menos, critério de interpretação, dada sua íntima correlação com a ética e entre esta e o comportamento jurídico. Cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta, porque o contrato não se constitui de duas volições isoladamente, na sua oferta e na sua aceitação, mas da fusão destes elementos e, se o interesse de ambas as partes não for devidamente apurado, cai-se no subjetivismo e no psicologismo.³⁰⁸

Retoma-se o debate entre a vontade real e a vontade declarada. Retomamos nossa opinião de que não se lhes pode afastar uma, da outra; deve-se

³⁰⁷ FRADA, Manuel A. C. da. *Contratos e deveres de proteção*. Coimbra: Separata de: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XXXVIII, 1994, p. 43.

³⁰⁸ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo...*, cit., p. 35-36.

buscar a essência do querer, entrosando-a com seu continente. Há de se buscar a “justa medida da vontade”, pois ela é a nascente da efetivação do poder representado pela autonomia privada. Ressonância reside no art. 113, do CCB, ao indicar que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Há quem sustente que a noção de *boa-fé* assume, agora, o papel antes ocupado pela vontade dos contratantes possibilitando a realização dos princípios solidaristas constantes na Constituição Federal e protegendo, de forma objetiva, a parte mais vulnerável da relação.³⁰⁹

Permitimo-nos discordar, porque a boa-fé não é expressão de um querer capaz de realizar um negócio; é conteúdo ético de conduta. Doutro lado, a boa-fé é uma exigência que se dirige aos integrantes da relação, não unicamente a uma das partes, tanto podendo violentá-lo economicamente forte quanto contratualmente débil. De resto, ela está para não comprometer a lisura no relacionamento, não podendo ser aceita como forma de proteção da parte mais vulnerável.

A *função integrativa*, apesar de não ser qualitativamente diversa da *função interpretativa*, leva a apuração de deveres que decorrem da própria relação, dispensando-se sua previsão no contrato ou no ordenamento: são deveres de conduta. A vontade impulsiona a criação de relações obrigacionais onde desponta a prestação exigível, seja de dar, fazer ou não fazer. Reconhecendo que se pode levar para o plural – pois situações há de mais de uma prestação principal –, o que se quer ora enfatizar é que o ajustado pela vontade não esgota os deveres das partes, que vêm à tona com a análise da relação, através de uma perspectiva sistêmica.

A *função de controle*, a contrário senso, serve de balizamento aos direitos que o credor tem diante do devedor. O exercício *irregular* de um direito já o ilegítima. A boa-fé expurga os abusos.

Igualmente se credite ao princípio da boa-fé a superação da intangibilidade do contrato, porquanto, atuando como suporte ao reequilíbrio contratual, não só tem as funções de temperar uma interpretação e um desempenho estritos ou abusivos da relação obrigacional. Para além disto, “essa diretriz pode ter

³⁰⁹ TORRES, Andreza Cristina B. Direito Civil-Constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II: A autonomia privada na legalidade constitucional, p. 78.

por consequência que se modifique, amplie ou restrinja o conteúdo atribuído à prestação pela letra do negócio jurídico e da lei”.³¹⁰

Em complemento, a boa-fé não nega a autonomia; traça-lhe fronteiras e a ajusta nos delineamentos axiológicos do Direito. Não é remédio a ser prescrito para todos os males, no entanto, é, solidamente, o alicerce da justiça contratual, impedindo que pútridos ardis venham a desbaratar a relação jurídica e que as conjunturas da vida estrangulem a dignidade.

7.5.2 Do Princípio da Função Social

O contrato é instrumento de circulação econômica; também é de satisfação de anseios pessoais. Sob um enfoque ou outro, insere-se na vida e a vida pulsa na artéria social. Já não se pode apartar o Direito da concretude da existência; já não se pode rachar o ciclo do contrato, que desabrocha na vontade das partes, mas se precipita no mundo real onde habitam as pessoas humanas, os demais seres, as coisas. Estas considerações remetem à sensata observação de que é a concretude da vida que revela o perfil que a função social deve adquirir em cada relação efetiva.³¹¹

Com a pessoa concreta, na concretude de sua existência, associamo-nos ao entendimento de que o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato para atender à axiologia do ordenamento onde despontam a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e a dignidade da pessoa humana.³¹²

O princípio da *função social* é a base do mandamento constitucional da justiça social, o que o eleva a preceito de ordem pública.

Com Paulo Lobo, tal princípio, por integrar o contrato, não se coaduna com uma aplicação supletiva ou excepcional: impõe que os interesses das partes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, estes, sempre prevaletentes.³¹³

³¹⁰ COSTA, Mario Júlio de A. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 97.

³¹¹ RUZYK, Carlos Eduardo P. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2001, p. 260-262.

³¹² FARIAS; ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: contratos...*, cit., p. 206.

³¹³ LOBO, *Contratos...*, cit., p. 69.

Sob um prisma, atender à função social é não sacrificar, comprometer ou lesar interesses metaindividuais, difusos ou coletivos.³¹⁴

Vamos para além disso. Sem lutarmos por palavras e semântica, em deferência à dignidade da pessoa, princípio que sobrepassa a todos os demais, adotamos a *função social* com dois significados. Um, largamente aceito, é inerente a todos os contratos aos quais nos dedicamos anteriormente; o outro é peculiar ao contrato em concreto que, para muitos, soa como a sua causa. Contratos há que não abandonam sua economicidade, mas neles está nítido o seu cunho social. Prestam-se à satisfação de aspectos essenciais para a existência digna da pessoa, revestindo-se, não raro, do caráter de um direito fundamental. A tutela e a interpretação destes negócios não de ser distintos, portanto. No mesmo prato de uma mesma balança não cabem todos os negócios jurídicos. Uma coisa é a compra e venda de um produto em uma pastelaria, outra, a aquisição de um imóvel habitacional. “Todos têm direito, para si e para a sua família a uma habitação de dimensão adequada” – proclama o art. 65º, da CRP. “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia [...]” – assegura o art. 6º, da CF.

O contrato que realiza um direito social ou que é meio para realizá-lo, concretamente, tem *função social*.

Descendo da arquibancada, e andando onde a realidade da vida se desenvolve, uma crise econômica invadiu países da Europa e foi incisiva em Portugal. Seus efeitos dissolventes se introjetaram nos contratos de financiamento habitacional. De imediato, o Tribunal da Cidade de Portoalegre, na Região do Alentejo, decidira obrigar o banco a aceitar a *dação em cumprimento* para solver a dívida. Segundo o Jornal I³¹⁵, um partido político iria apresentar ao Parlamento um projeto de lei demarcando condições para o enfrentamento do problema que iam desde a obrigação de os bancos aceitarem a dação, sempre que o valor pago por uma família somado ao valor atual da habitação cubra o empréstimo, até um regime extraordinário de renegociação dos contratos ou mesmo o perdão da dívida.

Arregalam-se os olhos do intérprete diante de uma dação impositiva, pois estaria a despedaçar a sua natureza jurídica. Trata-se de negócio jurídico que só nasce pela vontade das partes, conforme deriva do art. 837º do CCP e do art. 356, do CCB.

³¹⁴ COELHO, *Curso de Direito Civil...*, cit., p. 36.

³¹⁵ Edição de 25 de maio de 2012.

A resolução do contrato, com apelo à alteração anormal das circunstâncias, não parece procedente porque nenhuma das partes se beneficiou da situação para que se invoque “juízos de equidade” (art. 437, do CCP) ou a “onerosidade excessiva” que se caracteriza com a ocorrência de “extrema vantagem” para a outra parte (art. 478, CCB).

Interessa-nos acentuar que não apropriamos um contrato de financiamento para a casa própria nos confinamentos de um mero contrato financeiro. Apesar da operação econômica que nele se embute, ele é um instrumento para a realização de um direito social.

Voltando a aquietarmo-nos na platéia, vendo a situação com as lentes da idealidade, incita-nos promover o entrelaçamento da dignidade da pessoa humana e da boa-fé com a função social de um contrato que é dirigido à satisfação de um direito também social, para conceber a sua revisão, ajustando-se os encargos ao princípio da razoabilidade e o alongamento da dívida, tudo com respeito ao *limite do sacrificio* dae cada qual. Sem desfigurar os institutos jurídicos, o Banco continua banco, reavendo sua mercadoria em um prazo mais longo; o ser humano concreto não amarga o pesadelo de se privar de seu *direito de ter para si e sua família uma habitação*.

No Brasil, assentou-se que atrofia a função social o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares celebrado com um idoso no qual foi incluída cláusula que exclui tratamento de doenças crônicas, terminais ou geriátricas.³¹⁶ Nesta situação, não se poderia invocar o “estado de perigo” ou a “lesão”, na medida em que, pelo CCB, caracterizam-se, respectivamente, quando uma parte assume obrigação excessivamente onerosa (art. 156) ou prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157). Relembre-se: a saúde é um direito social. Um contrato de prestação de serviços médico-hospitalar retirar do idoso a cobertura de tratamento de doença geriátrica é frustrar a *função* do contrato, uma *função social, umbilicalmente ligada aos contratos que são instrumento para a realização de direitos essenciais à dignidade da pessoa*.

³¹⁶ OLIVEIRA, *Código Civil anotado e comentado...*, cit., p. 343.

7.6 OS PRINCÍPIOS QUE VIERAM: POR UMA ATUAL COMPREENSÃO

Vieram-nos do direito contratual clássico os princípios do consensualismo, da liberdade de contratar, da liberdade contratual, da relatividade dos efeitos e o da força obrigatória.

Na atualidade, investiga-se que compreensão se lhes ajusta às alterações ocorridas, a partir da tábua axiológica constitucional, que se refletiram na disciplina normativa do Direito Civil assim como se ainda podemos tê-los a reger principiologicamente os contratos.

O *consensualismo*, de ordinário, é identificado com a *forma* do contrato ou, até mesmo, com a *autonomia da vontade*. Assim não entendemos. Vincula-se, isto sim, com a noção de que vontades contrapostas estão no início do processo que culmina na celebração do vínculo. Como já enfatizado anteriormente, esta antítese, uma vez harmonizada e assim ajustados os interesses, faz surgir o contrato. O consenso vem a ser esta confluência de vontades; o entendimento, enfim. Lugar comum entre leigos é assimilar o *consenso* como maioria. Grave equívoco. Em uma deliberação colegiada, dizer-se que resultara de um consenso implica em transmitir que os interessados chegaram a um acordo. Não se pode confundi-la com uma decisão de uma maioria.

Se é certo que predomina a *liberdade de forma* nos negócios jurídicos, incorreto será apontarem-se as exceções à regra como se fossem exceções ao *consensualismo*. A forma, di-lo o art. 166, do CCB, e o afirma o art. 220º, do CCP, é requisito de validade negocial: sua inobservância gera a nulidade. Ainda assim, ressalva o art. 170, do CCB, que, na hipótese de o negócio jurídico nulo conter os requisitos do outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a sua nulidade. Prioridade evidente do interesse das partes, consubstanciado nas vontades que consensualmente ajustaram.

Reiterando o que em outras passagens já foi dito, a *autonomia contratual*, como espécie da autonomia negocial, é o poder conferido pela ordem jurídica para que os interessados celebrem seus contratos, ajustando seus interesses, de conformidade com a ordem jurídica. A *autonomia da vontade* é a face subjetiva da

autonomia privada. *É o querer utilizar-se do poder que é concedido à pessoa humana na sua autodeterminação e na realização de sua personalidade. É o âmbito da liberdade de querer ou não atuar, como e quando fazê-lo.* Enfim, *liberdade contratual* revela-se no estipular o conteúdo da regulamentação dos interesses.

Liberdade de contratar é o espaço de a pessoa, ditada pelas suas circunstâncias e seus interesses, celebrar ou não a relação contratual. Liberdade contratual amolda-se no interior da avença, na sua estipulação.

Alardeia-se, com imagem apocalíptica, o fim do contrato ou que abalos sísmicos em sua estrutura o compromete, designadamente, porque as exigências da vida impelem a pessoa humana a contratar e o *dirigismo contratual* e *os contratos de adesão* invadem a área reservada à liberdade da estipulação.

Apesar de não ser correto raciocinar-se com as exceções, o episódio Rosa Parks, antes relatado, mesmo na excepcionalidade, desnuda que nem mesmo as necessidades existenciais suplantam o querer. A negativa de uma comunidade a se servir dos ônibus é a negativa de celebrar o contrato de transporte. Mais assim não fosse, já que não advogamos as privações, é pueril imaginar-se uma liberdade plena. Ilimitada. Ela não há. Circula um ditado popular difundindo que a pessoa absolutamente sem ética é inteiramente livre. Afora os monopólios, a liberdade de contratar – ainda que condicionada às necessidades e às nossas inevitáveis circunstâncias – se exerce na escolha de com quem contratar, também na escolha do tipo do contrato.

Na outra direção, a interferência do Estado nas relações privadas é a conformação do contrato às opções políticas e ideológicas. Como alhures já afirmávamos, as normas imperativas, preservando um núcleo básico de proteção ao contratualmente débil, reforça a sua posição. A igualdade substancial é inerente à justiça contratual. É pressuposto à efetiva liberdade.

A *relatividade dos efeitos*, que nomeia a eficácia dos contratos restritivamente às partes do negócio, também tem sofrido embates. Recrutam-se institutos como *estipulação em favor de terceiros*, *o contrato com pessoa a nomear* e também a *função social* e a hipótese de quando terceiros são titularizados como credores e devedores de deveres de conduta.

A “estipulação” – que, no CCP, é denominada de “contrato” – é um arcaico instituto; já estava disciplinado no CC/16. Nada nele se inovou. Os seus arts. 1098, 1099 e 1020 foram copiados nos arts. 436, 437 e 438, do CC/02. Nenhuma obrigação decorrente da prestação principal lhe é exigida; ao revés, tem o direito de exigir e só fica sujeito ao contrato, se a ele anuir (CCB, art. 436). Pelo direito português, ele pode rejeitar ou aderir (art. 437º/1). Logo, não há abalos na relatividade dos efeitos.

O “contrato com pessoa a nomear” tem mecanismo similar: nele, uma das partes se reserva a faculdade de indicar outrem que adquira os direitos e assuma obrigações dele provenientes. (art. 467, CCB, e art. 452º, do CCP), no entanto é necessária a aceitação (ou ratificação) da pessoa nomeada (art. 468, § único e art. 470, I, do CCB; e art. 447º do CCP). Por conseguinte, os efeitos só o atingem com a manifestação de sua vontade.

A *função social* é princípio que leva à satisfação de interesses da coletividade, a exemplo dos metajurídicos, assim como “para possibilitar que terceiros que não sejam propriamente partes do contrato possam neles influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos”³¹⁷, do que resulta que estes terceiros têm interesse jurídico. E este interesse se revela, também, nos deveres de conduta.

Com Teresa Negreiros, a “relatividade” há de ser interpretada considerando-se, no conceito de “partes”, as pessoas que não manifestaram a sua vontade na formação do contrato, mas estão sujeitas a ser por ele afetados, pela *função social*. Uma questão de paradigmas; uma questão de trazer a compreensão para a atualidade; uma questão de respeito à historicidade. Sinceramente, estas situações não abalam a *relatividade dos efeitos*.³¹⁸

A *força obrigatória dos contratos* ou o *pacta sunt servanda* atrai especial atenção, mercê de vir sendo atacada por todos os lados, tanto pela arma do preconceito como pela munição explosiva da ideologia utilizadas sem qualquer

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. rev. atual. por Regis Fichtner, 2010. Vol. III: Contratos, p. 12.

³¹⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.

compromisso com a historicidade. Combatê-la é o deleite de uma contemporaneidade preocupada em estrangular o passado.

Abordar o princípio da *força obrigatória* impõe um rito de passagem e concatená-lo com os fundamentos contratuais. No liberalismo, proliferou o absolutismo da vontade, seu “dogma”, em cujo rastro pontificou o *pacta sunt servanda*, para manter presas na relação contratual as suas partes, prestando-se, no entanto, como manto protetor da florescente burguesia. Era imprescindível manter-se a igualdade formal assim como era indispensável a segurança jurídica. Dispensava-se-lhe um entendimento totalitário de intangibilidade do contrato, quer no respeitante ao vínculo em si quer nas suas normas. Era o modelo do Estado e da economia que implantou o modelo do contrato, essencialmente instrumento da operação econômica. Com Roppo, um princípio que, além de uma indiscutível substância ética, possui relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é condição para que as trocas e outras operações de circulação de riqueza se desenvolvam corretas e eficientemente, segundo a lógica que lhes é própria.³¹⁹

Ainda assim, por ocasiões, minimizava-se-lhe seu rigor, como é exemplo o art. 924, do CC/16 que, ao tratar da cláusula penal, estatuiu: “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento”³²⁰.

No aspecto hermenêutico, a Lei de Introdução ao Código Civil³²¹, de 1942, com antevisão da socialidade e da eticidade, dispunha – e ainda dispõe – que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais da norma e à exigência do bem comum”. Unindo-se à interpretação teleológica e determinando a aplicação da lei consoante seus “fins sociais” e dirigida ao “bem comum”, em certa medida, já invadia a seara “inalcançável” dos atores do contrato, porque o poder da autonomia é derivado da lei e sendo a lei interpretada na perspectiva dos “fins sociais”, as

³¹⁹ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 37-38.

³²⁰ No CC/02, deu-se outra redação, no seu art. 413. Na essência, relevante anotar-se a substituição do verbo: saiu o “poderá”, cedendo lugar a “deverá”, criando, assim, um dever para o juiz, não mera faculdade. Também foi adicionada a hipótese de quando o “montante da penalidade for manifestamente excessivo”.

³²¹ Sua denominação é alvo de críticas procedentes, porque disciplina matérias diversas, desde vigência das leis a direito internacional privado, não sendo adstrita ao Código Civil.

cláusulas contratuais também a eles se submetem – naquela época, ao menos, no plano da interpretação.

Nos passos de Heráclito³²², tudo flui. O movimento traz novos componentes. A *Teoria da Imprevisão* ganhou vulto e, no seu sulco, escorrem a resolução e a revisão dos contratos. Pelo CCP, art. 437:

[...] se as circunstâncias que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo os juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Pelo CCB, art. 478, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Seu art. 479 prevê que a resolução pode ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Averbamos nosso inconformismo com a redação daqueles dispositivos, designadamente por apontarem, em primeiro lugar, a resolução do contrato para, só em seguida, aventar a hipótese da modificação das cláusulas. A ordem há de ser inversa e assim vem sendo interpretada tanto pelo princípio da conservação dos negócios quanto por não ser juridicamente aceitável que se dissolva o vínculo, a pedido de uma das partes, quando a outra não dera causa para a alteração das circunstâncias nem para os eventos extraordinários e imprevisíveis.

Melhor está o CDC, em seu art. 6º/ V, que assegura como “direito básico do consumidor” a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Descabe aqui averiguarmos as diversas teorias que se apresentam para fundamentar a mutabilidade dos contratos.³²³ Conste, porém, que há quem se agarre

³²² Referimo-nos ao filósofo Heráclito de Éfeso, por muitos considerado o pai da dialética: “tudo flui enquanto resultado da tensão contínua dos opostos”.

³²³ Extensiva e profundamente, a matéria é desenvolvida na obra de onde retiramos as informações das diversas teorias a que nos referimos: FERNANDES, Luis A. C. *A teoria de imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

na *ideia moral da equivalência das prestações* (Voirin); outros na noção de *boa fé* (Wendt, Nasquet e Vaz Serra); e ainda há os que se baseiam na *equidade* (Ruggiero) e, até mesmo, no *estado de necessidade* (Lehman e Giorgi). Trazendo fundamento de ordem psicológica, Windscheid construiu a *teoria da pressuposição* que se vincula a uma *condição não desenvolvida*, assim entendida como a inocorrência de acontecimentos que teriam sido previstos pelas partes. Oertmann elabora a *teoria da base objetiva*, situando-se na realidade do tempo quando as partes manifestaram a vontade. Larenz pondera haver uma *base subjetiva*, que é a representação mental, e uma *base objetiva*, que se traduz nas circunstâncias factuais existentes no momento da celebração do negócio.

O tema ainda está aberto à discussão doutrinal.

Enaltecendo a análise daqueles ilustres pensadores do Direito, sustentamos que ela se desdobra na força obrigatória do vínculo e na força obrigatória de suas normas, atingindo-se a resposta tomando-se por premissas todos os componentes que formam a compreensão do negócio.

Quanto ao vínculo, aceitando-se que o contrato integra o ordenamento, juridicamente insustentável dizer-se que ele não carrega consigo uma força obrigatória. Se dela não dispusesse, juridicamente exigível não o seria. O fato de, eventualmente, algum contrato ser expulso do ordenamento, por acontecimentos excepcionais, não tem o condão de retirar a força obrigatória inerente à “figura do contrato”. Se assim não fora, os demais restariam comprometidos e as partes não lhes poderiam exigir o cumprimento. Tonifica-se o raciocínio de quem entende ser o contrato *lei entre as partes*.

A força obrigatória das cláusulas investiga-se com a gênese do contrato e com os critérios de sua interpretação, associando-se à concepção que se nutre em relação ao Direito. Ao se reconhecer que a vontade é o elemento propulsor do negócio jurídico e que o negócio jurídico se interpreta unindo a declaração da vontade à intenção das partes; ao se destacar que é a igualdade substancial que preside a relação contratual; e ao se defender que nos contratos sinalagmáticos o equilíbrio lhe é inerente podemos anunciar que o princípio da força obrigatória há de se conformar com a vontade, com a igualdade e com o equilíbrio.

Respeitar-se o contrato é respeitar-se a vontade das partes. Não se está no círculo da insanidade, porque ela gera a incapacidade absoluta. Ninguém é insano para contratar imaginando que estaria a se utilizar do poder de sua autonomia para sentenciar seu insucesso. Ninguém é insano para contratar e, desde logo, naufragar no prejuízo incalculável. Nesta senda, se a balança desequilibra – qualquer que seja a teoria abraçada – o desequilíbrio anormal distorce a vontade emitida. Ela foi declarada diante de uma realidade; a alteração profunda da realidade, que altera, também profundamente, o contrato, está a refletir que a vontade não fora dirigida para aquela realidade posterior e imprevisível. Se formos seguir Roppo, para quem o contrato sempre remete a uma ideia de operação econômica³²⁴, com clareza veremos que não foi aquela operação distorcida pelas circunstâncias anormais que as partes celebraram.

De mais a mais, como entendemos que o Direito só se realiza na concretude da vida e que ele está em razão da pessoa concreta, supor-se abalado o *princípio da força obrigatória* é uma recaída na abstração de outrora; é retornar-se ao sujeito codificado.

Ilustrando, o Brasil vivenciou uma assombrosa inflação. Nas dívidas em dinheiro, aceitou-se a sua atualização monetária, para assegurar, quanto possível, o valor real da prestação, mesmo sem previsão contratual, ao suposto de não constituir um *plus*, senão apenas uma recomposição do valor originário.³²⁵ Chama-nos a atenção o fato de que quando o objeto é *dinheiro*, dá-se uma precisa compreensão: como a inflação corrói o seu valor nominal, se há de modificar a expressão para restaurar o valor originário. Não há porque ser diferente nas demais situações.

Restaurar a vontade, como divulgado na sua origem, é o papel da revisão dos contratos. Diversamente do que se há posto, assumimos que perdem o contrato e suas cláusulas a sua *força obrigatória* se não se adequá-lo às circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis que se sucederam ao momento de sua conclusão, porque as partes não quiseram aqueles efeitos, sequer os podiam prever. Será obrigá-las ao que elas não se obrigaram.

³²⁴ ROPPO, *O contrato...*, cit., p. 8-9.

³²⁵ Nesse sentido, o art. 317, do CCB. Lembre-se que seu anteprojeto foi do ano de 1972, época em que a inflação já atormentava a economia do país.

Por essas razões, não nos apraz a avaliação segundo a qual o princípio da força obrigatória está mitigado³²⁶ ou mesmo flexibilizado. Tudo se resume à sua leitura. Antes, uma leitura pela ideologia do passado. A leitura que defendemos se embasa nos próprios delineamentos do contrato e na concepção do Direito comprometido com a vida. E este comprometimento faz do contrato meio de realização da dignidade humana e nele se insere a justa conformação de interesses. Alcançar a dignidade e manter a justiça contratual é resgatar a vontade, assumindo-a diante da realidade de quando ela foi proferida. Foi assim o exercício da liberdade. Seja assim ao longo da vida do contrato.

³²⁶ LOBO, *Contratos...*, cit., p. 63. No mesmo sentido, GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1993, p. 146.

8 DA AUTONOMIA PRIVADA: A AUTONOMIA EXISTENCIAL

8.1 AUTONOMIA EXISTENCIAL E SEU SIGNIFICADO NA SISTEMATIZAÇÃO PROPOSTA

A autonomia privada é expressão da liberdade. É instrumento indissociável da materialização da dignidade da pessoa humana: para atingir seu desiderato, tanto pode compor seus interesses com o semelhante, regulamentando-os como pode realizar o seu projeto de vida, dispondo do seu eu para gerir sua existência.

Essas duas vertentes espelham a “autonomia negocial” e a “autonomia existencial”. Anteriormente, evidenciamos que a doutrina, ao longo do tempo, vem preferindo abordá-las pelo viés patrimonial, tratando daquelas relações como sendo *patrimoniais* ou *não patrimoniais*.

O valor intrínseco da dignidade está na origem dos direitos fundamentais, assinala Barroso.³²⁷ Ora, se é verdade que a autonomia a reflete, não devemos subestimá-la, recolhendo-a como não sendo a outra face – o “não patrimonial”. É preciso mostrar a sua face própria, afirmativa, porque ela é a vida da pessoa, o exercício de sua existência.

Trata-se do livre exercício da vida privada, de privacidade e intimidade, que vai permitir à pessoa humana realizar suas próprias escolhas individuais, configurando-as como melhor lhe convier. No sentir de Rodotá, ressurge a virtude do direito privado de oferecer grande espaço para as escolhas e a autonomia individual.³²⁸ Localiza-se sempre onde se manifestam situações de sua personalidade, a concretizar os seus projetos.

Assim, se temos, de um lado, a autonomia negocial, do outro, se posiciona a “autonomia existencial” que se afirma como conteúdo da liberdade individual no que se refere às livres opções do indivíduo para a concretização do que reputar compatível para se realizar como pessoa.

³²⁷ BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro...*, cit., p. 44.

³²⁸ MORAES, *Liberdade individual...*, cit., p. 331.

8.2 AUTONOMIA EXISTENCIAL E SUA TUTELA

Como afirmado, “autonomia existencial” é uma espécie da autonomia privada. A tutela desta, daquela será. O que se disse com referência a esta, àquela se aplica.

Sua proteção tem sede constitucional, porque a autonomia privada que goza dessa proteção e naquele nível é a “capacidade do sujeito de determinar seu próprio comportamento individual”³²⁹, donde se concluir que ela está tanto no plano negocial quanto nas relações existenciais.

Entretanto, é de todo relevante sublinhar-se que a tutela da autonomia existencial é – e há de ser – muito mais intensa do que a destinada à autonomia negocial. De acordo com Daniel Sarmiento, o peso da autonomia privada em uma ponderação de valores varia. Quando envolver decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância será menor; quando se ligar a alguma escolha que envolva a dimensão afetiva ou ingresse na esfera da privacidade, aí o peso terá de ser maior.³³⁰

Por consequência, o princípio da “dignidade da pessoa humana” prontamente lhe dá arrimo, porque a vida, para ser digna, não prescinde de ampla liberdade, no que concerne às relações da vida.

Aí, porém, não acaba sua tutela. Ela também provém dos direitos fundamentais. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada há de ser captada como o direito de que ninguém – seja sujeito público ou privado – possa determinar os destinos e as opções da pessoa. Diz Perlinghieri que as situações subjetivas e, assim, de natureza existencial, coadunam-se com o princípio geral da tutela da pessoa humana, fazendo com que os atos de autonomia tenham fundamentos diversificados em função dos valores e dos interesses a realizar.³³¹

A não se esquecer que a autonomia privada é valor essencial, “*aspecto activo y positivo de la personalidad, el ámbito en el que la persona puede actuar*

³²⁹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas...*, cit., p. 174.

³³⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2006, p. 279.

³³¹ PERLINGHIERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 347-349.

*como ser autónomo y responsable, en el cual no es lícito convertirla en simple medio para fines sociales*³³².

Ademais, os direitos da personalidade – projeção na esfera privada dos direitos fundamentais – também asseguram à pessoa humana o livre viver tendencialmente à sua afirmação como ser.

8.3 A AUTONOMIA EXISTENCIAL FACE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em outros momentos, já registramos que não nos deteríamos no estudo dos direitos da personalidade por não ser este o objeto central destas reflexões. Para não cairmos na tentação do pecado da omissão, somos conduzidos a, pelo menos, exprimir a interface entre a autonomia existencial e os direitos da personalidade.

Impossível fazê-lo, porém, sem a argúcia de Orlando de Carvalho ao, lapidarmente, exprimir que:

*[...] la question de la tutelle de la personnalité est une question de l'ampleur de la protection juridique indispensable, dans notre civilisation, pour que chaque individu soit vraiment une personne. Pour que chacun soit vraiment une personne, il faut qu'on lui assure des conditions essentielles à son être et devenir – ce qu'on appelle les droits de la personnalité.*³³³

Como se pode deduzir, aqui nos voltamos para insistir que a *autonomia existencial* – verdadeiramente expressão da liberdade individual – é o canal para que a personalidade se concretize. Com este poder, germina a vida e, como preambularmente enfatizado, o Direito se assenta na vida, tratar do Direito é tratar da vida; tratar da vida e das pessoas humanas é tratar de sua liberdade e de suas relações.

³³² HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado...*, cit., p. 75.

³³³ CARVALHO, *Le droit de l'homme dans le droit portugais...*, cit., p. 11. Em tradução livre: “A questão da tutela da personalidade é uma questão de extensão da proteção jurídica indispensável, dentro de nossa civilização, de modo que cada indivíduo seja verdadeiramente uma pessoa. Para que cada um seja verdadeiramente uma pessoa, é preciso assegurar as condições essenciais de ser e devir – é o que se chama direitos da personalidade”.

Neste ponto, brilha o discernimento de Borges ao enfatizar que:

[...] nessa concepção do direito ao respeito à vida privada, que se aproxima de uma idéia de liberdade privada ou de liberdade de condução da própria vida, percebe-se que os direitos da personalidade são um instrumento de sua garantia. Assim, em sentido amplo, o direito ao respeito à vida privada não é uma espécie dos direitos da personalidade, mas a finalidade destes, já que é, na sua esfera de liberdade privada que cada pessoa, escolhendo como conduzir sua própria vida, terá oportunidade de desenvolver livremente sua personalidade.³³⁴

Em complemento, a *autonomia existencial* é vasta e não se sujeita a tipicidade. Podemos encontrá-la no direito à intimidade, ao corpo, à imagem ou em qualquer outra manifestação da integridade moral, física e psíquica da pessoa.

Assim o determina o princípio da dignidade. Assim também se pronunciam (i) o princípio pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei; (ii) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança; (iii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem; (iv) a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; (v) a liberdade de consciência e de crença. Ou, simplesmente, e resumidamente, a liberdade de ser.

8.4 DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E SUAS MANIFESTAÇÕES

São inesgotáveis as manifestações da autonomia existencial, por mais que vivamos sob a coerção dos preconceitos de uma sociedade hipócrita.

Leila Diniz, atriz brasileira, escandalizou a sociedade ao exibir sua gravidez, com um biquini, na praia de Ipanema, no Rio de Janeiro. Em 1969, deu uma entrevista na qual ousou falar de sexualidade: “nem de amores eu morreria porque eu gosto mesmo de viver deles”. Defensora do amor livre, personificou as transformações da condição feminina no Brasil.³³⁵ Uma emissora de TV não renovou seu contrato sob o argumento de que não haveria nenhum papel de prostituta nas

³³⁴ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 112.

³³⁵ A sua vida e a sua personalidade são alvo de estudos de diversos matizes. A doutora em Antropologia, Miriam Goldenberg, dissecou estes aspectos na obra *Toda mulher é meio Leila Diniz* (Best Seller, Grupo Ed. Record) e registra que ser Leila é procurar sempre fazer as coisas pela vontade – ser honesta no que faz e fala. Da coletânea *Perfis Brasileiros*, Companhia das Letras, consta a obra de Joaquim Ferreira dos Santos: *Leila Diniz: uma revolução na praia*.

novelas que se seguiriam. Quanto a seus rumos existenciais, afirmara: “sobre minha vida e meu modo de viver, não faço o menor segredo. Sou livre. A liberdade é uma opção de vida”. Alçou esses vãos de liberdade e, em 1972, aos 27 anos de idade, sua vida foi abatida em Nova Dehli, enquanto voava em um avião da Japan Air Lines. Aos seus algozes, o repúdio da história; para ela, que foi vista como uma depravada, uma homenagem onde a vida desponta para a vida: Maternidade Leila Diniz, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Sobre ela escreveu Carlos Drummond de Andrade: “sem discurso ou requerimento, Leila Diniz soltou as mulheres de 20 anos presas no tronco da escravidão”.

A sexualidade feminina era efetivamente enjaulada. Pelo art. 219, do CC/16, era causa de anulação do casamento, por *erro essencial*, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, considerado pela lei *cônjuge enganado*. Ao menos a regra vigorou até a CF/88, sucumbindo diante do art. 5º, I, que assegurou aos homens e mulheres a igualdade em direitos e obrigações.

Acentuara Carlos Ayres de Britto³³⁶ que o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia das pessoas naturais e nos planos da intimidade e da privacidade encontra-se constitucionalmente tutelado. Ampliando a sua dimensão para as uniões homoafetivas, firmou que o sexo não se presta como fator de desigualação jurídica e, com a interpretação do CCB conforme a CF, não se pode impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”.

A autonomia existencial também está nas cirurgias de redesignação sexual (*sex reassignment surgery*) porque representam a afirmação de uma personalidade que sofre de transtorno de identidade; uma inversão psicosssexual. Correlato a esse aspecto, enfrenta-se a alteração do nome que não deveria suscitar questionamentos. O nome é a etiqueta da pessoa; identifica-a no mundo de suas relações. Ora, se a pessoa muda de sexo, é incompreensível se defenda não possa vir a mudar o nome. É uma mera consequência a dispensar uma regra legal específica a autorizá-la.

As cirurgias estéticas se multiplicam e, em constante ebulição, estão a surgir novas modalidades. Realizá-las ou não é opção da pessoa. Desde que

³³⁶ À época, Ministro do STF (apud BARROSO, *A nova interpretação constitucional...*, cit.. p. 444).

regulamentadas, cientificamente aceites, não se há como negar à pessoa o direito de adequar seu corpo a seus desejos.

Esse apanhado é propositadamente ilustrativo e genérico, porque jamais se esgota a autonomia existencial. Em uma ordem pós-positiva, afirma-se como exercício da liberdade e instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.³³⁷ Onde houver o círculo da realização da dignidade da pessoa e de seus direitos fundamentais ela está assegurada, porque nela o *poder positivo* de a pessoa gerir sua vida. Ao fazê-lo, repousa no livre arbítrio de cada qual até mesmo decidir patrimonializar ou não o seu corpo, desde que não atinja direitos de terceiros.³³⁸

Por isso mesmo, são inumeráveis as suas possibilidades e assim devem ser sempre realçadas.

³³⁷ FARIAS; ROSENVALD, *Curso de Direito Civil...*, cit., p. 148.

³³⁸ CUNHA, *Dignidade da pessoa humana...*, cit., p. 259-260.

9 AUTONOMIA PRIVADA E SEUS LIMITES

9.1 QUE SÃO E ONDE ESTÃO OS LIMITES?

De início, as lições Calmon de Passos:

No mundo dos desejos cada homem é seu próprio limite. (...) Somente nós próprios podemos determinar as fronteiras do país de nossos desejos. Nesse campo, portanto, as limitações são sempre resultado de deliberações do homem, frutos de sua autodisciplina ou da imposição forçada de sua regulação por parte de outros sujeitos, dotados de poder para isso.³³⁹

Perscrutar os limites da autonomia privada demanda encará-los na autonomia negocial e na autonomia existencial. À tarefa encarregar-nos-emos de cumpri-la em conjunto, apartando-as, no entanto, quando as peculiaridades inerentes a uma e à outra face, assim o exigir.

Ponha-se uma primeira premissa: a autonomia privada é um poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares, para determinar sua própria existência e para disciplina de seus interesses. De um lado, a liberdade jurídica privada; doutro a liberdade de ajuste de seus interesses. Com essa premissa, vê-se que aquele poder derivado não é ilimitado pois se há de conformar com o ordenamento.

Coerentemente, quando se fala de limite, não se muda a essência da autonomia, porque sua ideia coexiste com a ideia de um limite. Esta em verdade exprime uma relação entre a pessoa que goza de certa liberdade e o ordenamento jurídico que a concedeu.³⁴⁰

A conformidade com o ordenamento jurídico impõe os quadrantes da autonomia privada e essa conformidade significa que não se esbarra com norma

³³⁹ *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo...*, cit., p. 113.

³⁴⁰ PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1990, p. 134. No original: “*Quando si parla di limite, invero, non si muta l’essenza dell’autonomia privata, perché all’idea di autonomia è coessenziale l’idea di un limite. Essa infatti esprime, solto questo profilo, una relazione tra il privato che gode di una certa libertà, e l’ordinamento giuridico que questa libertà ha concessa*”.

posta ou pressuposta pelo ordenamento, sendo essa impossibilidade de confronto o primeiro limite da autonomia privada³⁴¹.

Focando a autonomia negocial, tem-se de manter na linha de raciocínio que ela se reflete no negócio jurídico que ocupa o rés do chão do ordenamento. Logo, encontra seu fundamento nas normas que lhe são superiores.

Com isso, se há de associar os limites da autonomia com a ideologia do Estado pois, a partir dela, se descrevem princípios irradiantes e o grau de intervenção na vida (*autonomia existencial*) e nas relações privadas (*autonomia negocial*). Mais apropriadamente, à autonomia negocial impende acrescentar que as normas interventoras não de assumir direta repercussão jurídica na esfera do domínio da vontade privada, incidindo ou no âmbito de atividades permitidas ou dentro delas – na formação ou no conteúdo do negócio.³⁴² A intervenção tem uma função que lhe é assinada por lei e, prioritariamente, pela Constituição.³⁴³

Na medida em que o Estado legislador atribui maior dimensão social às relações privadas, por óbvio, reduz-se o espaço da autonomia negocial.³⁴⁴ Se os particulares, pelo exercício da sua autonomia, são senhores de procurar atingir os escopos que melhor correspondam a seus interesses, a ordem jurídica continua sendo o árbitro para valorar tais escopos.³⁴⁵

De toda pertinência atinar-se que se há difundido que nas relações privadas tudo é permitido até os limites legais.

Mas, a legalidade não é só o respeito à lei. No sistema constitucional, é exigência de reconstrução de nexos entre as diversas fontes operantes em um mesmo território, fontes legitimadas pela Constituição e que encontram composição na sua unidade axiológica.

Isso significa que cada forma de poder que se exprima por meio de regras ou princípios – e, portanto, cada espécie de poder normativo lato senso privado – não poderá ser exercido senão dentro da unidade construída pela Constituição e mantida por um método hermenêutico que dela se faça instrumento consciente [...].³⁴⁶

³⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Editora da PUC, *Scientia e Labor*, 1988, p. 56-57.

³⁴² PRATA, *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais...*, cit., p. 40.

³⁴³ *Ibid*, p. 41.

³⁴⁴ LOBO, *Contratos...*, cit., p. 61.

³⁴⁵ BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico...*, cit., v. 2, p. 104.

³⁴⁶ PERLINGHERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 308-309.

Qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional.³⁴⁷ Também qualquer conduta.

Neste ponto, na autonomia privada lato senso, retoma seu lugar a dignidade da pessoa humana como norma-princípio.

Nesta mesma linha amoldam-se os direitos fundamentais porquanto tutelam a liberdade pessoal e podem ser invocados em direção contrária, como fonte de restrições à liberdade negocial dos privados.³⁴⁸ Também na autonomia existencial. A ordem jurídica se nega a conferir vinculatividade aos negócios que os afetem, porque tais preceitos fazem parte da *ordem pública*, simultaneamente constitucional e de direito civil.

Ainda situados no mais elevado grau da hierarquia, a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária* traz consigo a inclusão nas relações negociais da justiça contratual e dos ditames da solidariedade fazendo com que os negócios tenham em si a *função social*, como parte de sua própria estrutura. Daí porque a CRP e a CF acobertam a função social do contrato e da propriedade.

Nesse desenho, os limites derivam dos valores consagrados no ordenamento e, por vezes, mas não necessariamente, nas suas regras.

Borges admite, contudo, que as principais limitações da autonomia negocial são relacionadas ao conteúdo ou ao objeto, uma vez que ele tem que ser lícito, possível e determinável, ressaltando que autores há que incluem no conceito de ilicitude também a contrariedade à moral, à ordem pública e aos bons costumes – que podem, assim, ser tratados autonomamente como fatores limitantes do bem, assim como podem ser incluídos na ilicitude.³⁴⁹

Em igual medida, não é uniforme a indicação desses fatores, havendo quem aponte apenas a ordem pública e os bons costumes³⁵⁰ enquanto outros acrescentam a função social e a boa-fé.

³⁴⁷ TEPEDINO, *A caminho de um direito-civil constitucional...*, cit., p. 112.

³⁴⁸ RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., p. 21.

³⁴⁹ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 134.

³⁵⁰ Nesse sentido: AMARAL, *Direito Civil: introdução...*, cit., p. 339; BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico...*, cit., p. 58.

9.2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA

O princípio da dignidade da pessoa humana a um só tempo protege e limita. Protege a pessoa contra as iniquidades; limita o raio de ação de sua autonomia porque esta há de ser concebida em face de outrem, como atividade relacional que é. O limite pela “alteridade”, portanto.

O respeito pelo semelhante não pode ser exaltado apenas pelo seu conteúdo moral. No âmbito do Direito, interessa a observância efetiva da norma jurídica, com conteúdo e sentido de não violar o “outro” na sua pessoa e na sua dignidade, cuja fundamentação positiva se radica no direito originário de ser respeitado.³⁵¹ Mas, nesta mesma senda, não se pode tolerar que pessoas venham impor a terceiros sua concepção de dignidade, posto que elas levam consigo a carga da individualidade, das noções morais, das frustrações, dos complexos e preconceitos. Sendo imposição, representa a própria negação da dignidade, trazendo no seu rastro a negação da alteridade. Os direitos individuais esbarram em limites quando ameaçam a liberdade e a integridade alheia ou sua dignidade. É o respeito à pessoa do outro tomado como sujeito concreto, que o baliza.

Insere-se na ordem do dia a questão de saber se o princípio sob comento acoberta a proteção da pessoa em face de si mesmo. Há divergências. Em um reduto, Barroso, outorgando-lhe o conteúdo de valor comunitário que lhe proporciona albergar um elemento social, defende que, nestes contornos, a dignidade molda a essência e o limite da liberdade e se destina a promover objetivos, dentre os quais (i) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; (ii) a proteção de direitos de terceiros; e (iii) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.³⁵² Isto não impede o indivíduo, porém, na sua autodeterminação, fazer valorações morais e existenciais sem imposições externas indevidas, porque suas opções personalíssimas não lhes podem ser subtraídas sem violar sua dignidade. Borges alerta que a ideia de o Estado proteger a pessoa contra seus próprios atos visa a imputar-lhe uma série de deveres ou proibições que a ninguém interessa, que pode encontrar sentido em fundamentalismos religiosos ou morais ou em debates movidos pelo preconceito ou

³⁵¹ HORSTER, Heinrich E. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 155.

³⁵² BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro...*, cit., p. 313.

pelo autoritarismo, que não têm espaço no terreno jurídico, sob pena de utilizar-se o direito, mais do que nunca, como instrumento de opressão.³⁵³ Acrescenta que, se a dignidade leva às ideias de essência própria e de própria identidade, só mesmo a própria pessoa poderá definir-lhe o conteúdo e apontar as circunstâncias que a agridem, donde não ser crível restringir direitos em nome de uma moral oficial ou de uma moral objetiva.³⁵⁴

O tema é recidivante por decorrência de dois emblemáticos casos: o “arremesso do anão” e o chamado *peep show*.

Em França, um entretenimento consistia em arremessar um anão, através de um canhão de pressão, sagrando-se vencedor quem lograsse arremessá-lo em uma distância maior. O Prefeito da Cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a atividade ao suposto de que atentava contra a dignidade do anão. O tribunal administrativo acatou recurso formulado conjuntamente pela casa noturna e pelo anão. O Conselho de Estado, enfim, reformou a decisão insistindo que o respeito à dignidade é um dos componentes da ordem pública podendo a autoridade municipal interditar uma atração atentatória à dignidade.

O curioso é que o *decisum* foi contra a própria postulação do anão: foi o exercício da proteção da pessoa contra si mesmo.

No que se circunscreve à ponderação, o desemprego é mais agressivo à dignidade de uma pessoa do que ela ser móvel de um jogo.

A prática de esportes, *prima facie*, pode parecer trivial. Tanto há jogo de tênis quanto luta de boxe que leva ao delírio seus aficcionados. A leveza daquele contrasta com a violência deste que, muitas vezes, pode causar lesões incuráveis. Ninguém diz que é atentatório à dignidade. E apostas milionárias dinamizam aquele ambiente e animam os empresários, os promotores e os apostadores.

No *peep show*, diante de espectadores que não podem tocá-las, mulheres aparecem engaioladas e se exibem em performance de excitação sexual. A Corte Constitucional Alemã decidiu proibi-lo ao fundamento de que nele a mulher é colocada em posição degradante, sendo tratada como objeto para estímulo do interesse sexual do espectador. Digna de nota é a ponderação de valores realizada no

³⁵³ BORGES, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 105.

³⁵⁴ *Ibid*, p. 143.

juízo que, traçando um paralelo, consignou não haver objeção ao *strip-tease* porque neste há uma exibição artística, diversamente do que ocorre no *peep show*.

Sempre atentos que o Direito atende à vida onde a vida se desenvolve, dando a devida consideração à concepção dos valores que lhe destina determinada sociedade, não podemos nos alhear de fazer uma comparação com as “vitrines de Amsterdam”. Provocam repulsa em uns e encantamento em outros, mas uns e outros, sabendo o que lá encontrarão, não resistem a essa “atração turística”.

Em 2012, a jovem brasileira de 20 anos, Ingrid Migliorini, também foi atraída por um apelo: submeteu-se a um “leilão da virgindade” realizado via internet, pelo documentarista Justin Sisely. A castidade fora arrematada por um japonês que oferecera o lance final de setecentos e oitenta mil dólares. Para evitar a incidência de normas impeditivas à consumação, decidiu-se que ocorreria à bordo de um jato sobre águas internacionais, em viagem da Indonésia ou Austrália até os Estados Unidos. O assunto varreu o mundo; a mídia nele se debruçou.

Porque ao fato nos reportamos, pode causar perplexidade. De plano, nele encontramos respaldo para comentar a relevância que se deu a um desvalor jurídico. Virgindade nada representa senão para aqueles que, no exercício da autonomia privada, decidiram participar do leilão. Nesta decisão, a ninguém é dado interferir. Sob outra ótica, talvez para aumentar o apetite dos que saboreavam a notícia, cumpre reter o suporte da informação que indicava a consumação do defloramento em local onde não se poderiam aplicar restrições de qualquer ordenamento jurídico. A liberdade de ser necessitando das alturas do céu.

Mais profunda é a reflexão sobre até onde penetra a autonomia da vontade na mercantilização da pessoa e de seu corpo para daí se retirar uma conclusão acerca da proteção contra si mesmo impulsionada pelo princípio da dignidade.

Consoante Marie-Angèle Hermitte, constituímos uma sociedade que organiza de maneira racional o comércio do corpo humano.³⁵⁵ Michael Sandel³⁵⁶, Professor da Universidade de Harvard, enxerga degradação nos valores da vida

³⁵⁵ Les corps hors du commerce, hors d'un arché. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 33, 1988, p. 323 (apud CUNHA, *Dignidade da pessoa humana...*, cit., p. 257).

³⁵⁶ *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

quando tudo pode ser comprado ou vendido e desafia a pretensão de o mercado querer dominar todas as relações das pessoas. Sinaliza que a “economia de mercado” está mudando para uma “sociedade de mercado” na qual tudo passa a ter um preço – vale dizer, derrete-se a dignidade da pessoa.

Assim não pensam Richard Posner,³⁵⁷ que só vê o direito perspectivado quando promove a maximização da atividade econômica, e Gary Becker³⁵⁸, que analisa os fenômenos na lógica do custo-benefício, inclusive, a ela se obedece até cometimento de um crime. Pela teoria que abraçam, um mercado de órgãos do corpo humano é plenamente correto porque: (i) indutor de renda para as camadas pobres da população; (ii) reduz o tempo de espera de transplantes; (iii) atende os mais necessitados, e (iv) evitam-se mortes, porque disponível maior quantidade de órgãos. Igualmente neste caminhar, a venda de bebês cumpriria uma função social por possibilitar às crianças “adquiridas” um meio mais saudável à sua criação.

Uma coisa é a materialização da pessoa; outra a hipocrisia. A dignidade da pessoa humana é um princípio que embute os valores da personalidade; ele não pode rechaçá-las. No entanto, estes valores têm de ser ponderados à luz da realização dos anseios do ser, não na obscuridão de uma moral artificial e artificialmente imposta. Uma coisa é o Estado agir para produzir reparação e justiça; outra é legislar a consciência ou a vontade do indivíduo, pois o juízo ético não é subordinado a qualquer heteronomia.³⁵⁹

Uma sociedade que dá elevados índices de audiência ao *reality show*, onde critérios de avaliação do participante pela própria torcida é o grau de malícia e de dissimulações, não pode se mostrar indignada com leilão de um algo que nada representa no mundo dos valores – a virgindade. Procede citar que também foi realizado leilão de virgindade masculina e o russo Alexander Stepanov angariou irrisórios dois mil e seiscentos dólares. Resquícios de um passado, quando a castidade feminina era a sua virtude; seu defloramento atiçava os desejos dos homens de uma sociedade machista.

³⁵⁷ Jurista e economista, Professor da Universidade de Chicago.

³⁵⁸ Prêmio Nobel de Economia, em 1992.

³⁵⁹ HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002.

Enquanto isso, no cotidiano, jornais divulgam anúncios pagos de oferta de sexo, com ou sem fotos verdadeiras ou ilustrativas, com ou sem seminudez de anunciantes travestis, prostitutas e homossexuais e não se assiste qualquer reação de seu público leitor ou de autoridades incumbidas de zelar pela “moralidade pública”. Pelo silêncio, uma aceitação deste mercado. E muitos dos que silenciam diante deste comércio ou dele se aproveitam, denigrem os homossexuais e as prostitutas, condenam as cirurgias de redesignação sexual, o reconhecimento das uniões homoafetivas, o *peep show*, o leilão da virgindade. Apresentam-se como paladinos do pudor. O pêndulo das conveniências não pode ser a batuta a reger os acordes da sinfonia dos valores da pessoa e da coletividade.

Creemos, assim, que não se trata de “defender a pessoa contra si”; trata-se – e assim deve ser tratado – de preservar a pessoa, imunizando-a contra agressões à sua plena realização e impedindo-a de agredir o semelhante e de assassinar a personalização e a eticidade que ornaram as relações da vida e que não devem sobrepor as equações econômicas.

Essas equações – como já dito – se enraizaram em institutos jurídicos. Elas ainda não foram retiradas de onde não mais haveriam de estar. A regra do art. 1720º, alínea b, CCP, e do inciso II, art. 1641, CCB, impondo o regime obrigatório da separação dos bens no casamento por força da idade, é uma gritante e indevida intromissão na autonomia privada. É uma tutela desarrazoada que faz supor que estaria a proteger uma pessoa idosa diante do cônjuge. Ora, bem. Quando a repersonalização se posiciona nas relações civis, é um contrassenso tornar eficaz a vontade para constituir o vínculo matrimonial e não a reconhecer apta para decidir sobre o regime de bens. É o patrimonialismo vencendo o ser.

Esta exclusão da capacidade jurídica relativa à escolha do regime de uma pessoa que não sofre qualquer restrição no seu discernimento se revela como inconstitucional nos filtros do laboratório dos valores da dignidade. Para não muito se caminhar, a esta mesma pessoa – que não pode deliberar sobre o regime de bens – nada impede que ocupe os mais elevados cargos públicos. Presidente de República (notadamente no sistema presidencialista), Primeiro Ministro ou Ministro de Estado, dirigente de Empresa Pública, estes vão gerir o interesse e as finanças públicas, criar

obrigações para os Entes que dirigem, mas estão interditados de decidir sobre seu regime de bens. Com ênfase: flagra a inconstitucionalidade.

Através da tábua axiomática do direito civil-constitucional, é de se por em dúvida a “legítima”, porque ela consagra um patrimonialismo nas relações da família. Com o ritmo da redundância, permitimo-nos indagar: o que dá legitimidade à legítima?

Sabemos que estamos a mexer em um vespeiro. Atavicamente, está insculpido nas consciências que a lei há de interferir para resguardar um patrimônio para os herdeiros. Poucos se arriscam a defender seja riscado este privilégio como se a proteção especial do Estado à família, constitucionalmente prevista, deva resvalar na proibição de a pessoa dispor de seu patrimônio para doação em vida ou por meio de testamento.

Ressalvando-se a prodigalidade, que gera incapacidade relativa, mas que deve ser judicialmente promovida e reconhecida, é precioso observar que nada obsta à pessoa se desfazer de todo seu patrimônio mediante contrato de compra e venda. E aí ninguém está preocupado com a família, isto é, com a visão de uma família patrimonializada. Quando é doação; quando é herança, desperta o fulgor da proteção aos herdeiros necessários.

A *legítima* encerra uma concepção de resguardo do patrimônio na mesma família, aliás, uma concepção ideológica que lhe atribuía uma função econômico-política-religiosa-procracional.³⁶⁰ A família hodierna tem o lastro do afeto, da ética, da solidariedade recíproca entre seus membros e na preservação da dignidade deles.³⁶¹ Nela, o espaço fértil da repersonalização do direito.

Mais esta vez, atrelados à dignidade da pessoa e não amalgamando afeto e patrimônio, seguimos a vereda de Gagliano³⁶² na qual só se legitima o resguardo de bens na razão direta da necessidade dos dependentes, por serem menores ou incapacitados. Estender a proteção patrimonial para pessoas maiores e capazes é, nas suas palavras que fazemos nossas, “a subversão do razoável”.

³⁶⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

³⁶¹ FARIAS, Cristiano C; ROSENVALD, Néilson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

³⁶² GAGLIANO, *O contrato de doação...*, cit., p. 38. O autor registra que a posição também é defendida pelo Prof. Dr. Francisco José Cahali.

Querendo deixar patrimônio para seus herdeiros, que se exercite o poder de sua autonomia, expressando a vontade no testamento.

Nessas configurações, encontramos a dignidade da pessoa como fronteira da autonomia privada.

9.3 A ORDEM PÚBLICA

Ressaltando que é difícil individuar a sua noção, inegável que a locução *ordem pública* encerra uma variável histórica e nela se incluem componentes de natureza política e econômica.

Chamamos as lições que a veem como norma de aplicação imperativa que visa, direta e essencialmente, tutelar os interesses primordiais da coletividade.³⁶³ Nelas, a regência de situações a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo, mercê de sua especial tutela jurídica e finalidade social³⁶⁴ a permitir que se nela se descortinem princípios que constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média.³⁶⁵

Neste aspecto e diante dos contratos, no Direito Civil a *ordem pública econômica* passou a se construir como (i) ordem pública de proteção para amparar o hipossuficiente e como (ii) ordem pública de direção no sentido de guiar a economia, eliminando dos contratos privados tudo que a ela for contrário.³⁶⁶

Quando se está diante da ordem de proteção, as normas de ordem pública são inderrogáveis pela vontade das partes e seus efeitos são insuscetíveis de renúncia.

Por outro lado, a ordem pública não se esgota no discurso negativo, que dirige cada pessoa humana a respeitar a convivência civil. Há de comportar também um compromisso positivo do Estado na realização dos princípios fundamentais, possibilitando a colocação de um limite positivo de regulamentação ou de autorregulamentação. Por conseguinte, o ato de autonomia lesivo das diretrizes constitucionais, contrastando com a noção mesma de ordem pública, não é merecedor de tutela; o ato tanto não deve contrastar com o conceito negativo de

³⁶³ COSTA, Mario Júlio de A. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 473.

³⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I, p. 14.

³⁶⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 157.

³⁶⁶ CARBONNIER, J. *Droit civil. Les obligations*. 21. ed. Paris: PUF, 1998. t. 4, p. 137.

ordem pública quanto deve se harmonizar com as escolhas e os valores do fundo do ordenamento.³⁶⁷

Confira-se que, além das normas cogentes, o Estado se utiliza de mecanismos de intervenção na atividade econômica, quando interesses sociais se alevantam, impondo vedações ou restrições.

Garimpamos o exemplo da proibição do ato de fumar em determinados ambientes. A se observar que o Estado e a sociedade não repelem o fumo de cigarro e similares; o vício é ato de livre arbítrio, exercício da *autonomia existencial*. A livre iniciativa está assegurada. Pode-se pensar que aquela restrição atingiria o poder de *autorregulamentação privada* porque é um comando a ser observado pelos estabelecimentos, invadindo, portanto, aquele espaço particular, assim como violaria a *autonomia existencial* de pessoa praticar um ato (fumar) que não é ilícito, discriminando-o frente aos *não fumantes*. Fernando Savater chega a frisar que

os inquisidores que caridosamente impunham a salvação da alma foram substituídos por outros inquisidores que zelam pela saúde pública dos corpos, sobretudo quando sua reparação representa um custo para a previdência. A cruzada contra o cigarro, causa dos piores atentados contra a liberdade individual, é um exemplo do puritanismo em nome da vida – entendida esta como duração produtiva³⁶⁸.

Andando pelas ruas, porém, se perguntarmos aos transeuntes como avaliam aquela proibição, certamente ouviremos uma majoritária concordância. Em seguida, se indagarmos o motivo da resposta, virá, também certamente, em uníssono o discurso do respeito ao *fumante passivo*. É o fundamento da alteridade, portanto. Sem dúvida, louvável em si mesmo até como efeito educativo: a autonomia privada tendo por limite a pessoa do “outro”. Se a pergunta for dirigida a um agente do Estado, ele dirá *questão de saúde pública*.

Não nos contentamos, porém, com essa facilidade de apreensão da questão suscitada, porque ela envolve outros aspectos. De um lado, tem-se que delimitar o grau de interferência do Estado. Doutra, tem-se que dar tratamento distinto a situações distintas. Impossível não será encontrar-se quem sustente que as respostas antes mencionadas estão corretas apenas na hipótese de o ambiente ao qual

³⁶⁷ PERLINGHIERI, *O Direito Civil na legalidade ...*, cit., p. 442-443.

³⁶⁸ SAVATER, Fernando. *El valor de elegir*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 107 (apud MORAES, *Liberdade individual...*, cit., p. 351).

se dirige a restrição não possibilitar a preservação do “outro” e da segurança coletiva. As áreas comuns de *shoppings*, os cinemas e os aviões seriam exemplos. No reverso, há os bares e restaurantes. Perante eles, não se poderia socorrer da “alteridade” ou da “saúde pública” se o Estado, pelo seu poder de polícia administrativa, impusesse àqueles estabelecimentos a obrigação de reservar salas para fumantes dotadas de equipamentos despoluidores. E em extremada defesa da *autonomia* não faltará quem se ponha a favor de *estabelecimentos para fumantes*, assim devidamente sinalizados. *Vai quem quer*. Em contestação, há os empregados que passariam a ser *fumantes passivos*. Em réplica, dir-se-ia que a insalubridade está em muitas fábricas.

A matéria é essencialmente de *ordem pública* e retrata que a auréola da *ordem pública* não pode ofuscar a liberdade. Em todas as ocasiões, o equilíbrio se há de persegui-lo, buscando conceber qual o grau de relevância pública de cada situação daí retirando os limites da convivência civil e do compromisso do Estado na realização dos princípios fundamentais.

9.4 OS BONS COSTUMES

Se o Direito está prenhe de historicidade, de cultura e de ideologia, esta carga que ele carrega é muito mais densa quando a ordem jurídica se enlaça com os chamados “bons costumes”.

Por um lado, o costume de hoje, de ontem não era. O seu qualificativo não tem significado unívoco já que o que é bom para uns para outros não é. E invocá-lo, difundi-lo, preservá-lo serve de biombo para esconder muitas condutas ou para conservar privilégios e o *status quo*. Serve de justificação para a criação de normas legais. Acoberta hipocrisias. Em seu nome, desgraças foram – ou são – cometidas; em seu nome, cerceia-se a “autonomia existencial” da pessoa humana ou esmaga-se sua dignidade de ser, propor e agir.

Capelo de Souza explica que os “bons costumes” têm base sociológica e “constituem-se nos usos e costumes (*mores*) que são valorados como bons (*boni*) pelo conjunto de regras morais aceites pela consciência social”.³⁶⁹

³⁶⁹ *O direito geral da personalidade...*, cit., p. 531.

Mota Pinto sublinha que os “bons costumes” formam o “conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, corretas, de boa-fé, num dado ambiente e num certo momento”³⁷⁰, com o que expulsa a possibilidade de ética ideal de caráter eterno. No mesmo diapasão, e afastando de sua compreensão as convicções religiosas ou suscetibilidades moralizantes, Orlando Gomes as considera como “o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem o comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”.³⁷¹

Os bons costumes se cultivam como condições de moralidade social assim sujeitos a variações, de época a época, de país a país, e até mesmo dentro de um país e na mesma época.³⁷²Procede frisar que, apesar de limitativos à autonomia privada, não prescrevem comportamentos; proscvem condutas ofensivas. Remetem a algo exterior ao Direito e limitativo à autonomia privada.³⁷³

A dificuldade se encontra em traçar o recinto por onde os bons possam transitar. Formam uma barragem a conter comportamentos, mas não é admissível que seja hermética a impedir a evolução da vida. Suas comportas têm de abrir frestas para que por elas tenha vazão a liberdade da pessoa humana de criar seus próprios padrões. Pelos bons costumes não se pode engessar a criação e a criatura. Por eles, Leila Diniz seria crucificada. Foi por não atentar para eles que ela abriu o caminho para a identidade da mulher. Por decorrência deles, *fontes de amores* se tornaram *fontes de lágrimas*. Em nome deles, escondiam-se emoções e opções. Por decorrência deles, garroteava-se a realização da personalidade. Também por causa deles, filhos eram *escondidos* em algum lugar ermo, ao lado da mãe – porque fruto de uma relação *moral e juridicamente espúria*.

Com Capelo de Souza, em uma sociedade de fundamentos personalistas em que o direito à liberdade é fundamental, a cautela há de presidir, na determinação do excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes. Para que o excesso possa ser considerado manifesto ou clamoroso, a conduta do titular do direito geral da personalidade deve ser reprovável em termos de moral social e ofensiva a muitos importantes bons costumes.³⁷⁴

³⁷⁰ *Teoria Geral do Direito Civil...*, cit., p. 435.

³⁷¹ *Contratos...*, cit., p. 157

³⁷² PEREIRA, *Instituições de Direito Civil...*, cit., p. 23.

³⁷³ ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 82.

³⁷⁴ *O direito geral da personalidade...*, cit., p. 355.

10 EPÍLOGO: AUTONOMIA PRIVADA HOJE E AMANHÃ

10.1 AUTONOMIA PRIVADA E OS CONTRATOS: CRISE?

A inserção da dignidade da pessoa humana como norma-princípio a se irradiar por todo o Direito; a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais sobre todas as relações interprivadas; a elevação da solidariedade social a valor fundamental; as leis protetivas do contratualmente débil; o dirigismo contratual; a intensificação dos contratos por adesão; a instalação da boa-fé objetiva e da função social nos contratos; a possibilidade de revisão dos contratos e até de sua resolução unilateral; os preceitos de ordem pública; a própria repersonalização do Direito Civil; as novas formas de contratação, dentre outros fenômenos, têm conduzido à percepção de que a autonomia privada e sua feição contratual entraram em crise, encontra-se em declínio e até mesmo fazem profecias de sua morte.

Em verdade, o diagnóstico e o atestado se prendem, de certa maneira, a dois fatores: (i) à falta de distinção entre o poder que a autonomia representa e as demais manifestações que a circundam, como a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a liberdade contratual; (ii) à insistência de se perspectivar tomando como parâmetro absoluto um certo momento histórico e ideológico.

Recolha-se que Paulo Nalin afirma que a “chamada crise da autonomia privada se revela sutil, mas indiscutível” ao se identificar uma anterior prevalência subjetivista nas relações contratuais, que cede espaço à superioridade do perfil objetivista do contrato, a deslocar, portanto, o eixo da relação.³⁷⁵

J. Miguel Lobato Gómez afirma que o princípio da autonomia da vontade está “desprestigiado e em franco declínio” e, depois, o eminente Professor da Universidade de León, na Espanha, destaca que as disposições legais, à exemplo das que compõem o CDC, não negam, senão pressupõem a autonomia privada, reinstaurada com novos perfis pelo CCB/02.³⁷⁶

³⁷⁵ NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. A autonomia privada na legalidade constitucional, p. 25.

³⁷⁶ NALIN, *A autonomia privada na legalidade constitucional...*, cit., p. 250.

Noutra banda, advoga-se que, na superação do dogma da vontade, o contrato é um conceito em crise³⁷⁷ ou, também, que a crise não é do contrato e sim de “um modelo de contrato” que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea, ante o falecimento de sua concepção individualista.³⁷⁸

Essas opiniões não as endossa Roppo que atribui à objetivação do contrato uma erosão no papel da vontade, porém entendida em sentido psicológico, porque não atingira o núcleo essencial das prerrogativas da autonomia privada, limitando-se a adequar as suas formas de exercício para torná-las mais funcionais às novas condições do mercado capitalista.³⁷⁹ O mestre italiano entende como posição nostálgica e acrítica a afirmação de que a vontade dos contraentes já não conta e, uma vez que esta vontade se identifica com a essência do contrato, retiram-se conclusões em termos de crise, de declínio e de morte do contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada.³⁸⁰ Admite, outrossim, que, em alguns aspectos, o contrato se mostra em declínio, noutros conhece uma expansão e relançamento, que não o faz morto; simplesmente diferente. Dizê-lo morto, afirmar – quase subentendendo a ideia de retrocesso histórico – que o seu papel tende a ser reocupado pelo status, só tem sentido se se postula sua essência imputável e indiferente à história.³⁸¹

Farias e Rosenvald também refutam o declínio do contrato, sublinhando que se trata de sua conformação com uma dimensão social hábil a lhe conferir uma função ordenadora da tutela de todos os interesses relevantes.³⁸²

Comungando com as lições de Pietro Perlinghieri que apontam a perenidade do contrato³⁸³ e estendendo-as à autonomia privada, entendemos que, *na realidade, enquanto os homens estiverem sobre esta terra e tiverem de determinar os rumos de sua existência ou pactuar condições para realizar seus interesses, a autonomia privada jamais poderá morrer. Ela não morreu nem com o cerceamento das liberdades nos regimes totalitários, senão mesmo com a determinação de reagir*

³⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico...*, cit., p. 217, NR 377.

³⁷⁸ LOBO, *Contratos...*, cit., p. 22.

³⁷⁹ *O contrato...*, cit., p. 311.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 296.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 347.

³⁸² *Direito das Famílias...*, cit., p. 43.

³⁸³ *Nuovi profili del contratto*, p. 436 (apud PERLINGHERI, *O Direito Civil na legalidade...*, cit., p. 397, NR 351).

contra a ignomínia do totalitarismo, nem na planificação do socialismo real que negava a liberdade econômica e de empresa. É melhor avaliar a autonomia privada – existencial e negocial – por aquilo que é e adequar o seu conceito às exigências de hoje.

E neste hoje, a autonomia existencial se robustece sob o abrigo do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. E neste hoje, a autonomia negocial mais se acentua com novas figuras negociais e sucessivos contratos atípicos e mais plenamente se realiza porque tem por suporte a pessoa concreta, a igualdade substancial, a eticidade e a socialidade.

10.2 AUTONOMIA PRIVADA: UM OLHAR PARA O FUTURO

As conquistas não podem ser negligenciadas nem podem ser consideradas como o fim de linha do percurso.

Em junho de 2012, dizíamos:

no passado quiseram impor a completude dos Códigos, como se tudo se estagnasse; como se a perfeição pudesse ser atingida. Esta pretensão deixou Eça de Queiroz estupefato, ao ponto de desabafar com sua reconhecida lucidez: *o homem moderno é um pobre Adão achatado entre as folhas de um Código*. Este equívoco não pode se repetir. A pessoa tem, em si, sua liberdade. A liberdade de ser e propor o seu agir. A liberdade de criar. A pessoa é, portanto, em tudo e por tudo, imprevisível e ilimitada na sua capacidade de realizar. Não se pode imaginar a possibilidade de acorrentá-la. Eis a verdade: apesar de o Direito Civil nos circundar, ele não escreve a nossa biografia. Fazemo-nos nós.³⁸⁴

E prosseguíamos:

Os desafios aí estão. De um lado, assistimos ao desenvolvimento da biotecnologia e as suas consequências sobre a esfera psicofísica do ser humano, a exigirem uma tutela jurídica. De outro, como disciplinar a conduta da alteridade e definir a convivência humana, sem sufocar a liberdade, as liberdades e a autonomia, mormente diante dos ‘poderes privados’ que a cada dia se fortalecem?³⁸⁵

³⁸⁴ HUPSEL, Francisco Fontes. Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na disciplina Direito Civil I, ministrada pelo Prof. Dr. Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos.

³⁸⁵ No mesmo trabalho, avocamos as explicações de Torcuato Fernandes-Miranda y Hevia: “*En consecuencia, con el término Derecho, debe expresar-se: el sistema de normas imperativas dotadas de vigencia inexorable que regulan la conducta humana de alteridad, definiendo situaciones sociales mediante las que se realiza un tipo concreto de convivencia humana*”. (El

Apenas para ilustrar, como exemplo portanto, há “aspiradores da vida”, hospedando informações, sugando e divulgando, com elasticidade inesgotável, os fatos – *e os nossos fatos*. Também nossas fotos. De longe, *satélites* veem de perto; igualmente *nos veem de perto*. Engrenagens de gravação captam, progressivamente, de maior distância, as nossas *conversas*; câmaras fotográficas de largo alcance registram nosso viver. Forma-se, portanto, um *arsenal* não só utilizável institucionalmente em proveito da sociedade. Transmuda-se em *munição de particulares* que a ela podem ter acesso: neles se internaliza um *poder – calcado na informação* – que mais se potencializa se agregado a uma supremacia econômica em face das demais pessoas. Imagine, a tal propósito, a captação de conversas negociais e profissionais. Walter Leisner, afirmando que tanto o direito privado quando o direito público têm de lidar com o ‘poder’, ressalta que, por vezes, este é mais perigoso no âmbito do primeiro do que no segundo.³⁸⁶ Novas indumentárias em problemas antigos, não nos restam dúvidas.

Continuávamos, alertando:

A inovação tecnológica avança e avança sem parar e o Direito não pode vir a reboque senão se abrirá um hiato que deixa a pessoa à mercê de uma nova modalidade de submissão, de dominação, de controle de sua liberdade e de invasão dos seus círculos de privacidade.³⁸⁷

Menos de um ano depois, é triste constatar que nossas previsões aconteceram. O episódio Edward Snowden não se exaure em uma desavergonhada espionagem. Desnuda, também, a fragilidade da intimidade da vida privada porque se um país ficou apto a ingressar nos intramuros secretos de outros países, onde há mecanismos de proteção, muito mais vulnerável está a pessoa humana diante dos *poderes de informação* de setores públicos e também privados.

Salienta Rodotà que a tecnologia ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças: daí deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica do direito à privacidade³⁸⁸, identificada esta com a “tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle

concepto de lo social y otros ensayos: estudios de teoría de la sociedad. Oviedo: IDAG. 1951, p. 409).

³⁸⁶ Apud BRITO, Miguel M. de. *Sobre a distinção entre Direito Público e Privado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra. 2010, v. I, p. 62.

³⁸⁷ HUPSEL, Francisco Fontes. No mesmo trabalho antes referido.

³⁸⁸ *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 95.

público e de estigmatização social”³⁸⁹, em um quadro caracterizado justamente pela “liberdade de escolhas existenciais”.³⁹⁰

No rumo para o futuro, conscientizemo-nos de que a lei nada cria de novo: impulsionada pelos fatos, com base em valores, determina como deve ser o comportamento humano para o fim de realizar valores.³⁹¹

A pós-modernidade não pode ser uma era de incertezas em que a lógica empresarial e as inovações tecnológicas oprimam a pessoa, “convertendo-a em meio para a satisfação de interesses patrimoniais, esquecendo-se de que o homem só ocupa a condição humana enquanto for um fim em si mesmo”.³⁹² Com o mesmo pensamento de Néelson Rosenvald, mais do que nunca releva o papel a ser exercitado pelo princípio da dignidade como cláusula geral de tutela da pessoa, modo de submeter as situações patrimoniais às situações existenciais bem como a ordem econômica a padrões de legitimidade e conferir necessária ponderação da autonomia privada ao princípio da solidariedade.³⁹³

A ciência jurídica – ensina Orlando de Carvalho – é acima de tudo uma ciência humana, ciente de seus deveres e limitações, do que lhe compete em atividade interpretativa, construtiva e, até, por vezes, corretiva das normas, sabendo que não pode vingar regra alguma que teime em desconhecer as realidades humanas.³⁹⁴

Ao encarar o direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro, Castanheira Neves sublinha que:

são nossas e abertas as possibilidades históricas, já que a história somos nós que a fazemos e não devemos esperar por ela já feita, e que neste nosso tempo presente o que se nos impõe, decerto o esforço de renovação com vistas para o futuro, futuro que seja um mundo mais humano e belo, e sem que nesse esforço se tema, se necessário ir ‘contra a corrente’ – não o tememos nós na nossa tentativa.³⁹⁵

³⁸⁹ FRIDEMAN, L. M. *The Republic of choice law, authority and culture*. Cambridge, Mass. 1990, p. 184 (apud RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância...*, cit., p. 92).

³⁹⁰ RIGAUX, F. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelles-Paris, 1990, p. 167 (apud RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância...*, cit., p. 93).

³⁹¹ BRANCO, *O culturalismo de Miguel Reale...*, cit., p. 27.

³⁹² ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil...*, cit., p. 41.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ CARVALHO, Orlando de. *Páginas de Direito*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 35.

³⁹⁵ O direito interrogado pelo tempo presente e na perspectiva do futuro. In: NUNES, J. A. (Org.). *O Direito e o futuro*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 82.

Temos a certeza de que no fim tudo dá certo e se ainda não deu certo é porque ainda não se chegou ao fim.³⁹⁶ Temos, porém, a mais absoluta convicção de que ao fim nunca chegaremos: o mundo de uma plenitude existencial é nosso horizonte; para ele temos que singrar sem hesitações mesmo sabendo que ele sempre vai estar um pouco mais adiante...

³⁹⁶ A frase é do escritor brasileiro Fernando Sabino, na sua obra *No fim dá certo*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1998.

CONCLUSÕES

Dos múltiplos aspectos analisados, releva alinhar as seguintes conclusões.

1 – O Direito nasce da vida e para a vida se dirige; incorpora um complexo sistema de valores tendo em seu centro a pessoa humana, que se identifica no atributo da liberdade de ser, propor seu agir e autorregulamentar seus interesses. Esta liberdade recebe a denominação de “autonomia privada”, que concebemos como o poder que é outorgado à pessoa humana pela ordem jurídica de dirigir sua vida, determinando-se a si mesma ou regulando as suas relações, consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito.

2 – A historicidade e a ideologia são indissociáveis do direito positivado; compreendê-lo e interpretá-lo impõe tê-lo no momento em que é produzido e adequá-lo ao instante de sua aplicação assim como detectar seus componentes ideológicos.

3 – A partir do advento do Estado Social, as Constituições se fincam como ordem objetiva de valores normativamente postos em princípios e regras, avocam direitos de natureza privada e instituem comandos incidentes sobre institutos privados.

4 – Os direitos fundamentais se projetam em todos os ramos de Direito, com incidência direta e imediata nas relações privadas. Não apenas se alojam na Constituição; encontram-se, também, em outras disposições garantidoras de direitos, garantias e liberdades.

5 – Sem fazer desaparecer a divisão do Direito em público e privado, que permanece válida, no plano sistemático, operou-se a desmontagem da rigidez dicotômica, de um lado, intensificando-se a busca pelo Estado de modelos e institutos privados e, de outro, alçando-se o Direito Civil a um patamar constitucional.

6 – O direito civil-constitucional cristalizou-se. O enquadramento constitucional do Direito Civil não o minimiza nem o amesquinha, pelo contrário, determina sua expansão e revigoração e fornece bases para que ele não acolha situações contrastantes com os valores da pessoa.

7 – A dignidade da pessoa humana comparece como valor fundamental que ingressa no mundo jurídico como princípio também fundamental que, ao ser adotado na Constituição, se faz norma, tornando-se valor-guia vinculante de toda a ordem jurídica. Não retira, porém, a patrimonialidade do Direito Civil. O processo de repersonalização do Direito Civil, que segue seu curso, não rivaliza o ter com o ser. Põe o ter a serviço do ser e da coletividade.

8 – Com a repersonalização, abandona-se a pessoa abstrata e entra em cena a pessoa concreta, na concretude de sua existência e de suas relações. Deixa de ser uma embalagem confeccionada pelo Direito.

9 – Os direitos da personalidade são direitos fundamentais do direito privado e encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, por isto, não podem se submeter a uma tipicidade e se resumem no direito da pessoa ser em devir.

10 – A autonomia privada recebe a tutela constitucional posto ser dimensão da própria liberdade e instrumento para a realização da dignidade da pessoa alcançando todas as suas expressões e adentra onde quer que a pessoa esteja. De acordo com a sistematização ofertada neste trabalho, a autonomia privada se revela em duplo aspecto: a *autonomia negocial*, que é o poder conferido à pessoa de regular seus interesses, celebrando negócios jurídicos, e a *autonomia existencial*, que é a liberdade de a pessoa traçar seus rumos, determinando-se a si mesma.

11 – A autonomia da vontade é a face subjetiva da autonomia privada. É o âmbito de querer ou não atuar, como e quando fazê-lo.

12 – A vontade continua a carregar consigo uma força jurígena apta a determinar efeitos jurídicos desejados pela pessoa. Ela é a nascente da autonomia privada, seja negocial ou existencial. Não cabe confundir-se a onipotência da vontade que, no passado, lhe fez dogma, com ela em si. A invalidação dos negócios por vício do consentimento demonstra toda a sua robustez, tanto porque foi a vontade que sofreu o vício quanto, ou sobretudo, porque a invalidez há de ser provocada por quem teve a sua vontade distorcida: vai depender de uma decisão e de um ato de vontade, pois.

13 – A vontade é o elemento propulsor do negócio jurídico; sua declaração, o elemento realizador. Na interpretação, há de se apreciar a vontade

declarada e perquirir a essência da vontade, para se dar à linguagem a mais fidedigna compreensão.

14 – A liberdade já se engajara no Estado Liberal. No entanto, em uma sociedade de dominação, esta liberdade é um mero símbolo a mascarar as desigualdades. A transformação que acolhemos está no objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

14 – A liberdade de iniciativa não se desgarra da autonomia privada e é meio para o desenvolvimento da personalidade. É a efetivação, no campo econômico, da dignidade da pessoa.

15 – A autonomia privada requisita a igualdade substancial. Defendemos que ela se manifesta na percepção e respeito às diferenças; no tratamento desigual para situações desiguais; na não discriminação; e na preservação de um limite de sacrifício.

16 – Liberdade e igualdade se realizam, no âmbito da vida, com a liberdade real da pessoa e a igualdade substancial entre os protagonistas jurídicos. O desnível é a negação da igualdade; a negação da igualdade é o jazigo da liberdade. A igualdade substancial sugere o reconhecimento das desigualdades.

17 – A autonomia privada e a autonomia da vontade não legitimam tratamento discriminatório. A discriminação é a contraface da igualdade e um atentado à dignidade. Sem embargo, situações há em que a discriminação tem base ética-jurídica e esta se encontra na preservação, na valorização e na expansão de determinada cultura e quando necessária ao resgate da dignidade da pessoa e do grupo social.

18 – O apelo à autonomia privada não serve de argumento para justificar imposições no seio das comunidades intermediárias ao suposto de deliberação de uma maioria. Sempre se há de atentar para as carências da pessoa concreta posto que dignidade e alteridade se entrelaçam.

19 – O negócio jurídico integra o ordenamento e é fonte do direito. O contrato, sua figura mais fecunda, é veste jurídico-fomal de operações econômicas e nasce de vontades contrapostas. Não havendo vontades contrapostas, contrato não será. Descabe a pretensão, pois, de esmagamento do gênero negócio para se

considerar contrato toda manifestação de vontade, a exemplo do casamento, da constituição de uma associação ou de uma fundação.

20 – No contrato, há a esfera de conformação bilateral-interativa. Carece de juridicidade falar-se em contrato consigo mesmo.

21 – A eticidade e a sociabilidade do Direito Civil trouxeram os princípios da boa-fé objetiva e da função social para o âmbito dos negócios jurídicos. A boa fé implica em dever de conduta com base na alteridade e seu fundamento é a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Defendemos que a função social tem duas vertentes: uma, não se agredir interesses metaindividuais, difusos ou coletivos; a outra, se refere aos contratos que realizam um direito social ou são meio para realizá-lo que têm, concretamente, uma função social, sendo merecedores de uma tutela especial.

22 – Continuam a vigorar os princípios clássicos do Direito contratual: o consensualismo; a liberdade de contratar; a liberdade contratual; a relatividade dos efeitos; e a força obrigatória.

23 – O contrato em favor de terceiros e o contrato com pessoa a nomear não destróem a concepção de que o contrato só obriga às partes que o integram, até porque, nestas figuras, para os efeitos pretendidos, se requer a manifestação da vontade do terceiro. Os deveres de conduta que titularizam terceiros são reflexos e não se reportam às obrigações contraídas pelas partes no contrato.

24 – A possibilidade de revisão ou mesmo resolução do contrato em razão de alteração anormal das circunstâncias não deixa mitigado ou flexibilizado o princípio da força obrigatória. Ao contrário. Tonifica o princípio. O contrato perde a força obrigatória se não se adequá-lo a estas circunstâncias porque as partes, quando emitiram a vontade e se obrigaram, não quiseram aqueles efeitos que nem sequer podiam prever. É o respeito à vontade e à pessoa concreta na concretude da relação jurídica que arrima a revisão ou a resolução.

25 – Nos contratos por adesão, a intervenção da lei e a exegese, segundo os ditames constitucionais, retemperam a relação negocial e se reprime a abusividade. Quando o Direito acolhe valores como a dignidade da pessoa, a igualdade substancial, a justiça comutativa e a justiça social, o aderente está muito mais protegido do que se fosse ele mesmo, indefeso, discutir as cláusulas contratuais.

26 – A autonomia existencial é vasta e não se sujeita à tipicidade. Também recebe a tutela constitucional, que provém do princípio da dignidade e dos direitos fundamentais. Sua tutela há de ser muito mais intensa do que aquela destinada à autonomia negocial. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada há de ser captada como o direito de que ninguém possa determinar o destino e as opções da pessoa.

27 – As limitações da autonomia privada são resultado de deliberações da pessoa seja pela sua autodisciplina seja pela regulação de outros sujeitos dotados de poder para tal. Nesta situação específica, os limites se associam à ideologia do Estado. Qualquer conduta ou regramento dos interesses deve se coadunar e se exprimir dentro da unidade constitucional.

28 – O princípio da dignidade protege a pessoa contra iniquidades e também limita seu raio de ação estando este limite na alteridade. O outro há de ser assumido como pessoa concreta.

29 – São intoleráveis e devem ser repugnadas pelo Direito as hipocrisias que se apresentam em nome da proteção da pessoa contra seus próprios atos ou pelo apelo à moralidade pública. Também intelorável e repugnante é a mercantilização, que passa a dar um preço à pessoa e até a crianças – negação do próprio conceito da dignidade.

30 – É inconstitucional a regra que impõe o regime obrigatório de bens no casamento em razão da idade que, para além de representar um patrimonialismo suplantando o ser, retira da pessoa a capacidade de regular sua relação, sem fundamento algum que a sustente.

31 – A legitima é reflexo de uma ultrapassada concepção de família. Agride a autonomia privada. Com a repersonalização do Direito, a legitima só há de contemplar situações concretas para proteção de menores e incapacitados.

32 – A ordem pública limita a autonomia existencial e negocial. Sua noção não se esgota no respeito à convivência civil; também engloba o compromisso de o Estado realizar os princípios fundamentais, possibilitando a colocação de limite de regulamentação e autorregulamentação. Esta chamada à ordem pública, porém, não pode ofuscar a liberdade dos privados, impondo-se a busca de uma harmonização.

33 – Os bons costumes formam uma barreira à autonomia quando e enquanto consagram valores de comportamento cultuados pela sociedade. Suas comportas, porém, têm de possuir frestas, para que não se fossilizem as criaturas e suas criações, interrompendo-se a própria evolução da vida e a transformação da sociedade. Igualmente, se há de enxergar para além de uma moralidade média aceita pela consciência social para que os bons costumes não sirvam hipocritamente à uma ideologia massacrante da liberdade, ou para a sedimentação de preconceitos e privilégios.

34 – A autonomia privada, o negócio jurídico e o contrato não vivenciam crise nem declínio nem há prenúncios de uma morte anunciada. A autonomia existencial se robustece sob o abrigo do princípio da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais. A autonomia negocial mais se acentua com novas figuras contratuais e mais plenamente se realiza porque tem por suporte a pessoa concreta, a igualdade substancial, a eticidade e a socialidade.

35 – A intimidade da vida privada está fragilizada. Invadem nossa privacidade. Formata-se um poder pela informação que compromete nosso livre viver e pode ser instrumento de destruição da igualdade substancial. É o desafio que nos aponta o presente em direção do futuro.

36 – Enquanto as pessoas tiverem de determinar os rumos de sua existência ou pactuar seus interesses, a autonomia privada jamais morrerá. A autonomia deve ser avaliada por aquilo que é e adequar sua compreensão às exigências do momento. A sua plenitude é um horizonte para o qual havemos de singrar mesmo sabendo que ele sempre vai estar um pouco mais adiante.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- AGUIAR, Monica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALARCÃO, Ruy de. *Direito das Obrigações: síntese das lições ao 2º ano jurídico, copigrafadas*. Coimbra, 1977-78.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVES, Gláucia Correa Rematozo Barcelos. *Sobre a dignidade da pessoa*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.
- AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* Separata do número especial do – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra, 1988.
- AMIGO, Manoel Garcia. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1979, p. 207. I, Parte General.
- ANDRADE, Manoel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998. 8. reimp. v. II.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. 2000. v. I. 2. reimp.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do direito civil. In: _____. *Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 499-531.
- ANTUNES VARELA, João de Matos; PIRES DE LIMA. *Código Civil anotado*, I, artº 217, anot. 3. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- ARRUDA ALVIM, J. M. A função social dos Contratos no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 815, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Mario de Figueiredo. *Tributo a Orlando Gomes*. Salvador: Quarteto, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Discurso de paranínia da turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, em 1920*. In: _____. *Oração aos moços*. Edição anotada por Adriano Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. 2. ed. São Paulo: Aguillar, 1966.

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: UNB, 1982.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 3. ed. Paz e Terra, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Augustinho Alvim).

BRANCA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto privato*. 6. ed. Bolonha: Editore S.p.A., 1975.

BRANCO, Gérson. O culturalismo de Miguel Reale e a sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA Judith; BRANCO, Gérson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRITO, Miguel Moreira de. *Sobre a distinção entre Direito Público e Privado*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra. 2010. V. I.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 7. reimpr.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPELLARI, Récio Eduardo. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CAPELO DE SOUZA, Rabindanath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARBONNIER, J. *Droit civil. Les obligations*. 21. ed. Paris: PUF, 1998. t. 4.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. [Nota prévia]. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. I: Para uma teoria geral da relação jurídica civil.

CARVALHO, Orlando de. Le droit de l'homme dans le droit portugais. Conferência proferida em França, em janeiro de 1972, a convite do Comitê Franco-Português do Rotary Internacional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 49, 1983.

CARVALHO, Orlando de. *Páginas de Direito*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1981.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CASILO, João. *O erro e o vício da vontade*. São Paulo: RT, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I. Parte Geral, t. I.

CORDEIRO, Antonio M.; COSTA, Mario Júlio de A. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro. FGV, 2012. 6. reimpr.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e Sucessões*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione del Diritto*. Roma: Studium Urbis, 1945.

DESCARTES, René. *Meditações*. Tradução Bento Prado Junior e Jaime Ginsburg. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Os Pensadores, v. II).

DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Marcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Editora da PUC, *Sciencia e Labor*, 1988.

FACHIN, Luiz Edson et al. Princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Civil. In: TORRES, Ricardo Lobo et al. (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2013. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nélon. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A teoria de imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica. v. II.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução Luís Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contratos e deveres de proteção*. Coimbra: Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

FRAIN, Irène. *Beauvoir apaixonada*. Tradução Marisa Rossetto. São Paulo: Verus, 2013.

FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional: aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II, A autonomia privada na legalidade constitucional.

- GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. *Novo Curso de Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I. Parte Geral.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil: les obligations; le contrat, formation*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. Sans adieu – 50 anos de cátedra: conferência. *Encontro Nacional de Mestres do Direito Civil*, realizado em homenagem ao Prof. Orlando Gomes.
- GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. Vol. II. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. 2. reimpr.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.
- GOUNOT, E. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualism*. Tese. Dijon, 1912.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GROSSI, Paolo. *Discurso por ocasião da investidura no título de doutor honoris causa, conferido pela Universidade Autônoma de Barcelona, no dia 17 de janeiro de 1991*. Barcelona: Belaterra, 1991.
- HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HATTENAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Tradução para o espanhol Pablo Salvador Cordech. Barcelona: Ariel, 1987.
- HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Tradução Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Ciudad Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. (Die Normative Kraft Der Verfassung) Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, jul./set.1988.

HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Coleção Os Pensadores.

HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KONDER, Carlos Néelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Org). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. v. II.

LISERRE, Antônio. *Tutele Costituzionali della Autonomia Contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

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

LOBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1995.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MACHADO NETO, A. L. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1.

MANGABEIRA, João. Conferência proferida em maio de 1952, na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro. In: BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. 2. ed. São Paulo: Aguillar, 1966.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no novo Código Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 309-365.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina, 2011.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACCHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. 2. tir.

MENDES, Gilmar. *Discurso proferido em julho de 1978, na Universidade de Brasília, por ocasião da formatura da Turma Aliomar Baleeiro*. 1978. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/Discurso_Gilmar_UNB78.pdf>.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, Direitos Fundamentais.

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990.

MORAES, Maria Celina B. de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: ANCONA LOPEZ, Teresa (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco iminente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife /Curitiba: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina B. de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 108-109.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. A autonomia privada na legalidade constitucional.

NANNI, Giovanni Ettore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal*. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). *Coletânea. Direito civil-constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NANNI, Giovanni E. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e sua transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. LOTUFO, Renan et al. (Coord.). *Cadernos de Direito Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010. v. II.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça social*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: Forense. 2000. 2. tir.

ORWELL, George. *Animal farm*. Londres: Penguin Books, 1951.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. rev. atual. por Regis Fichtner, 2010. v. III: Contratos.

PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. rev. atual. Maria Celina B. de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V.

PERLINGHIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Torino: ESI, 1997.

PERLINGHIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

PERLINGHIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: uma introdução do Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSÔA, Fernando José Breda. Contratos, autonomia da vontade e perspectiva comunitária. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. A autonomia privada na legalidade constitucional.

PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1990.

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

PRATA, Ana. *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2. tiragem.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. v. I.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. Os direitos da personalidade e o novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no novo Código Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 35-58.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1999.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 2. tir.

RUZYK, Carlos Eduardo P. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2001.

SALDANHA, Néelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro Renovar, 1998.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito Privado Romano*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. I. Parte Geral.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 17, 1999.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra, 2011.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Luis Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. v. II.

TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito-civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo I, v. III, p. 45-47.

TORRES, Andreza Cristina B. Direito Civil-Constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo (Coord.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2011. v. II, A autonomia privada na legalidade constitucional.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos e Constitucionales*, Madrid, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado* (La noción de State Action en la jurisprudencia norte americana). *Estudios, Ciencias Jurídicas*, Madrid, 1997. Nota Preliminar, p. XII.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado* (La noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana), p. XIII, Nota Preliminar.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: RT, 1995.