

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CRISTIANO AFONSO NATIVIDADE

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A DELIMITAÇÃO DA AUTONOMIA
DA VONTADE NAS RELAÇÕES CÍVEIS

SÃO PAULO

2010

CRISTIANO AFONSO NATIVIDADE

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A DELIMITAÇÃO DA AUTONOMIA
DA VONTADE NAS RELAÇÕES CÍVEIS

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
parcial para a obtenção do título de mestre.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Carlos Francisco

São Paulo
2010

N278p Natividade, Cristiano Afonso
Princípios constitucionais e a delimitação da autonomia da vontade nas relações cíveis / Cristiano Afonso Natividade. – São Paulo, 2010.
148 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010
Orientador: José Carlos Francisco
Bibliografia: f. 143-147.

1. Direito Civil-constitucional. 2. Autonomia da vontade.
3. Autonomia privada. 4. Princípios constitucionais. I. Título.

341.2

CRISTIANO AFONSO NATIVIDADE

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A DELIMITAÇÃO DA AUTONOMIA
DA VONTADE NAS RELAÇÕES CÍVEIS

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
parcial para a obtenção do título de mestre.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Carlos Francisco – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. José Levi do Amaral Júnior
Universidade de São Paulo

Resumo

A Autonomia da Vontade tem sido alvo de críticas e exaltações ao longo da história, sendo ainda hoje um dos princípios mais importantes e mais controversos.

A sua validade é incontestável, tanto para o contrato quanto para a livre iniciativa, mas os riscos de se valorizar esse princípio sem restrições já se mostrou perigoso e por diversas vezes danoso.

Este trabalho tende a procurar a real situação atual do princípio citado, mas sobretudo tende a relacioná-lo com os Princípios Constitucionais, de forma a verificar como estes princípios foram determinantes para a atual conjuntura da Autonomia da Vontade, bem como qual é a relação destes princípios com a Autonomia da Vontade na atualidade.

Palavras chave: Direito Civil-Constitucional, Autonomia da Vontade, Autonomia Privada, Princípios Constitucionais, Aplicação Direta da Constituição, Eficácia dos Princípios Constitucionais nas Relações Privadas

Abstract

The autonomy of will has been the target of criticism or exaltation throughout the history what is still today one of the most important and controverted principles.

Its validity is incontestable for both the contract and the free initiative, but the risk of giving value to that principle without restrictions has already been dangerous and prejudicial.

This work seeks the real and current situation of the mentioned principle and above all tries to match it with the constitutional rules in order to learn how they were decisive for the autonomy of will conjuncture and also to know the relation of these rules with the autonomy of will at present time.

Furthermore, this work shows some situations to exemplify where the Constitutional Principles act straightly in the civil relations molding the autonomy of will.

Key words: Civil and Constitutional Law, Autonomy of Will, Private Autonomy, Constitutional Principles, Direct application of the constitution, Efficacy of the Constitutional principles in the Private Relations.

Sumário

Introdução	6
1. Autonomia da Vontade e sua delimitação: do Estado Liberal ao Estado Social.....	10
1.1 – O sujeito de direito	10
1.2 – O jusnaturalismo e o positivismo	11
1.3 – O conflito entre o liberal e o social	13
1.4 – A Autonomia da Vontade: um conceito delimitado	19
1.5 – Autonomia da Vontade, Autonomia Privada, Autodeterminação ou Livre- iniciativa? Precisão Terminológica.....	24
2. Hermenêutica civil-constitucional	33
2.1 – A hermenêutica clássica	33
2.2 – A Interpretação Tópica.....	37
3. A aplicação direta dos Princípios Constitucionais e a delimitação da Autonomia da Vontade.....	43
3.1 – Os Princípios Constitucionais e o Código Civil de 1916	45
3.2 – Os Princípios Constitucionais e o Código Civil de 2002	47
3.3 – Os Riscos da aplicação direta dos Princípios Constitucionais.....	49
3.4 – A Ponderação de Princípios e a Proporcionalidade.....	56
3.5 – A peculiaridade das Relações Privadas.....	59
3.6 – Os benefícios de se interpretar o Código Civil e a Constituição de forma harmônica	63
3.7 – O peso da Autonomia da Vontade na Ponderação.....	64
4. Autonomia da Vontade e Cidadania.....	71
5. A Socialização do Direito Civil.....	76
6. Autonomia da Vontade e os outros princípios	91
6.1 – Autonomia da Vontade e o Princípio da Livre Iniciativa.....	94
6.2 – Autonomia da Vontade e o Princípio da Liberdade.....	94
6.3 – A Isonomia e a Autonomia da Vontade.....	98
6.4 – Princípio da Solidariedade e Autonomia da Vontade.....	102
6.5 – Autonomia da Vontade e os outros princípios contratuais	103
7. A Função Social do Contrato como ferramenta para o uso de Princípios Constitucionais	115
8. Casos concretos nos quais a Autonomia da Vontade é delimitada pelos Princípios Constitucionais	120
8.1 – A jurisprudência alemã	120
8.2 – A experiência americana	123
8.3 – O caso francês de arremesso de anão.....	126
8.4 – As Advertências de Canotilho.....	129
8.5 – A Jurisprudência do STF.....	135
Conclusão	139
Referências Bibliográficas:	144

Introdução

Os Princípios Constitucionais são de extrema relevância para sociedade e para os diversos ramos do Direito.

Após a Constituição de 1988 a doutrina passou a utilizar a Constituição de forma maximizada, procurando irradiar a Constituição em todas as áreas do direito, prezando pela manutenção dos ideais contidos na Carta Magna.

No Direito Civil essa idéia de irradiar a Constituição por todas as relações jurídicas sofreu, e vem sofrendo, resistência por parte da doutrina. Contudo esta corrente vem ganhando muita força, as faculdades começam a desenvolver o assunto em cadeiras de pós-graduação e, cada vez mais, a Constituição Federal é usada no Direito Civil para fundamentar entendimentos.

O Princípio da Autonomia da Vontade foi escolhido para ser o objeto do trabalho por ser o ponto mais controverso da temática exposta acima, por ter sido historicamente indicado como o fator que mais prejudica a sociedade, sendo através da acentuação da desigualdade ou por exacerbar o individualismo.

De fato a vontade humana é ilimitada em sua amplitude, podendo atingir coisas benéficas e malélicas. Cabe à legislação e à sociedade suprimir a vontade danosa e incentivar a benéfica.

Por outro lado, há quem não admita a possibilidade de aplicação direta dos Princípios Constitucionais por entender que a Autonomia da Vontade deve ser respeitada, sendo muito danosa à democracia e aos direitos individuais a intervenção estatal na esfera das liberdades individuais.

O que motiva a elaboração deste trabalho é o questionamento de por que a Autonomia da Vontade deve ser tida como benéfica ou maléfica?; por que a convivência deste princípio com os Princípios Constitucionais não pode ser harmônica? e principalmente, por que o Código Civil e a Constituição Federal não podem ser harmônicos, já que o primeiro foi elaborado com base no segundo?

Portanto, este trabalho trará o que é mais relevante na trajetória da Autonomia da Vontade, desde a valorização do sujeito até a valorização do social, até chegar ao patamar alcançado hoje.

Tendo sido ressaltada a importância da Autonomia da Vontade e os riscos, aos quais ela expõe à sociedade, passaremos a tratar sobre a Hermenêutica Civil-Constitucional, ponto de intersecção entre a Autonomia da Vontade e os Princípios Constitucionais. Traremos as diferentes formas de se interpretar o Código Civil e a Constituição, principalmente no que tange ao relacionamento entre os dois.

Não há que se falar em uma forma apenas de se interpretar a Constituição e o Código Civil, motivo pelo qual, além de tratarmos de hermenêutica, traremos a diferença de interpretação da Constituição Federal em relação ao Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002.

Contudo a grande temática referente a essa interpretação diz respeito ao que estávamos tratando no começo desta introdução, a efetividade dos Princípios Constitucionais para delimitar a Autonomia da Vontade. A matéria não é unânime nem mesmo entre os publicistas, muito menos em relação aos doutrinadores de Direito Civil. Não se nega, pelo menos não entre os publicistas, a efetividade dos Princípios Constitucionais e sua aplicabilidade, mas o que se discute é a forma e dimensão que isso deve ser usado. Quanto aos civilistas, alguns ainda resistem a essa efetividade, mas o ponto comum, entre as publicistas e civilistas é que a aplicação direta da Constituição Federal nas relações privadas é diferente desta aplicação em relação ao direito público.

Dizer que algo é peculiar não quer dizer que é vedado. Entender as peculiaridades das relações privadas e as ferramentas do Código Civil faz-se imprescindível para que seja salutar a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Não basta dizermos neste trabalho que os Princípios Constitucionais são legítimos para delimitar a Autonomia da Vontade se não for de antemão advertido que esta aplicação direta da Constituição Federal deve ser feita com cautela e, principalmente, apenas quando for necessário, e nunca a esmo, em uma investida no sentido de contrariar a norma infraconstitucional em razão de uma convicção pessoal do julgador.

Superada a discussão concernente à validade da aplicação, cabe a nós ressaltarmos o caráter de cidadania presente na Autonomia da Vontade, a conquista de direitos que culminou com a efetivação deste princípio e a subjetividade característica dele e curiosamente, ausente em regimes ditatoriais.

Demonstrado o caráter pertinente à cidadania, o que poderia parecer impossível para aqueles que vêem a Autonomia da Vontade como pivô dos males sociais, resta-nos demonstrar o que essa socialização das relações privadas fez com o Direito Civil, dando-lhe novas feições, tornando-o um Direito Civil voltado para a sociedade, desmistificando aquele conceito de relatividade dos efeitos do contrato, reconhecendo que o contrato envolve não só as partes, mas toda a sociedade.

Desta forma podemos ver a convergência, proposta anteriormente, da Autonomia da Vontade com os Princípios Constitucionais, demonstrando que esta delimitação notória é salutar ao próprio Princípio da Autonomia da Vontade, que, dessa maneira, pode ser exercido de forma muito mais eficaz em uma sociedade que preza pela igualdade, dignidade humana e solidariedade.

Ao contrário do que possa parecer, Autonomia da Vontade não é a vontade de um contratante, mas a vontade de todos os contratantes. Quando dizemos que a

Autonomia da Vontade encontra a sua plenitude na igualdade e respeito social, dizemos que o contrato desigual ou injusto foi celebrado com vício da vontade daquele que não podia discutir o contrato de forma ampla, ou seja, prevaleceu uma vontade em detrimento da outra.

Reconhecido então o evento de socialização do Direito Civil, pode-se verificar, no âmbito dos contratos, como os princípios se relacionam e a vontade constitucional presente naqueles princípios.

Ao fim do trabalho, antes de dar-se a conclusão, é de bom tom analisar alguns casos em que a delimitação da Autonomia da Vontade por Princípios Constitucionais é feita de forma direta e como deve ser feito o exercício de ponderação de princípios para que haja harmonia entre eles, sem que um seja suprimido em virtude de outro.

1. Autonomia da Vontade e sua delimitação: do Estado Liberal ao Estado Social

A Relevância do tema deste trabalho é notória. Historicamente a Autonomia da Vontade tem sido usada com louvor ou repulsa, sempre alvo de críticas e elogios, tanto que vêm se modificando muito e passando por transformações, ao longo do tempo, capazes de fazer refletir sobre qual é o estado atual do princípio objeto deste trabalho.

O princípio da Autonomia da Vontade tem sua gênese juntamente com o negócio jurídico, na Antiguidade. Contudo, coincidentemente ou não, o princípio da Autonomia da Vontade ganhou força com a luta pela cidadania na Idade Moderna, com a idéia burguesa de liberdade de contratar, igualdade formal e fraternidade.

1.1 – O sujeito de direito

A idéia de sujeito nasce no fim da Idade Média, surgindo, juntamente com essa idéia um conceito de Autonomia da Vontade mais próximo dos dias atuais do que aqueles constantes nos contratos da Antiguidade.

Francisco Amaral (2006, p. 352) diz que o cristianismo coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas. O contratante é obrigado, por sua própria consciência, a respeitar a palavra dada, o que implica a necessidade de o consentimento dos contratantes não estar viciado, donde a importância dos vícios do consentimento da teoria do negócio jurídico. É importante também que não se configure o enriquecimento injusto, donde as idéias de lesão e de usura consagrada pelos canonistas. É preciso, enfim, que não se tenha dado a palavra por nada ou por uma causa ilícita ou imoral, donde a origem da teoria da causa, tão importante no regime dos contratos. Reconhecendo como pecado a violação da palavra dada, o direito canônico consagra ainda o acordo de vontades como fonte de obrigações morais e religiosas.

Ainda, segundo Francisco Amaral, com os glosadores, principalmente Bartolo de Saxoferrato, firma-se o princípio da Autonomia da Vontade no direito internacional privado, reconhecido aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de solução dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte de direito, o que vem a ser aceito no direito civil, que também reconhece a vontade particular como poder de estabelecer as regras de atuação jurídica, pelo menos no campo das obrigações, como disposto no art. 1134 do Código francês, segundo o qual “as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes”.

1.2 – O jusnaturalismo e o positivismo

É, contudo, na Idade Moderna que a Autonomia da Vontade alcança o seu ápice, tanto com o jusnaturalismo quanto com o positivismo.

O Direito Natural teve como sua versão inicial a filosofia de São Tomás de Aquino, que falava sobre uma categoria de direitos que são de origem divina, mas diz respeito à natureza. É divina porque vem com a criação, mas não trata de assuntos divinos como os cânones, espiritualidade e etc.

A idéia trazida por São Tomás, e usada pelo jusnaturalismo em parte, diz respeito a um direito que rege a humanidade, mas que não é feito pelo homem. No momento da criação Deus fez a humanidade e com ela diversas leis comportamentais e que não dizem respeito à eternidade, mas à vida terrestre. Para São Tomás essas leis são identificadas na Bíblia, no Antigo Testamento e nos ensinamentos do Evangelho.

As leis naturais tomasianas não são exatamente como um Código ou uma Constituição, contêm regras e sanções diferentes daquelas que conhecemos, elaboradas pelo Estado.

Um exemplo de lei, retirada da Bíblia, à qual São Tomás faz referência é: Honra teu pai e tua mãe para que tenhas vida longa sobre a terra e sejas feliz. Note que a regra comportamental é respeitar os genitores, regra incomum nas legislações. A sanção é ainda mais incomum: quem desrespeitar seus genitores morrerá mais cedo e terá uma vida infeliz.

Obviamente que usou-se um trecho que não tem a ver com o tema proposto e muito menos com direito, para demonstrar-se que as leis tomasianas são de origem teológica, mas como na época havia carência de juristas essa teoria foi usada para legitimar um pensamento trazido até hoje nas discussões entre juristas.

As leis naturais tomasianas também traziam coisas pertinentes ao direito, como regras de homicídio e adultério.

Posteriormente a burguesia usará esse conceito de direito natural, mas dessa vez não provida por Deus, mas pela razão. O jusnaturalismo do qual trata a doutrina do Direito é esse jusnaturalismo burguês que embasará a revolução da burguesia contra a nobreza.

O jusnaturalismo, portanto, vem carregado de direitos civis, de Autonomia da Vontade, liberdade negocial e direitos de propriedade e sucessão. Quando a burguesia assumiu o controle político passou a positivizar aqueles direitos reivindicados anteriormente. Por isso podemos dizer que tanto no jusnaturalismo quanto no positivismo a Autonomia da Vontade é forte, é ponto central do direito. Tanto o é que até os dias atuais a Introdução ao Estudo do Direito é dada por professores de direito civil, interpretando a Lei de Introdução ao Código Civil, o que não é tecnicamente correto. A introdução ao Estudo do Direito é uma matéria autônoma, anterior ao direito civil e muito mais abrangente. Capaz de ligar as diversas áreas do direito, como será demonstrado posteriormente.

Segundo Francisco Amaral (2006, p. 353), com a escola do direito natural, a idéia da origem divina do direito substituiu-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. Declara-se que existem leis da natureza descobertas pela

razão que devem dominar as legislações. Essas leis fundamentam e favorecem a sociedade dos homens que é aquela que consiste em dizer que se é obrigado pelo contrato e porque se quis isso. O contrato é a manifestação da vontade humana, e a liberdade contratual, uma das liberdades naturais.

Indica o autor que a teoria do contrato social, de Jean-Jacques Rousseau, contribui, no plano filosófico, para a teoria da Autonomia da Vontade. O homem é naturalmente livre; a vida em sociedade exige, todavia, certo abandono desta liberdade, mas este abandono não se concede senão quando livremente consentido, nos limites e nas condições que este contrato social determinou. Segundo esta teoria, a autoridade pública tem por base a concordância dos sujeitos de direito, que se unem para formar a sociedade, abandonando pelo contrato social, uma parte dos direitos que a natureza lhe tinha dado. A vida em sociedade não seria possível se cada um quisesse exercer ao máximo sua liberdade, sendo preciso renunciar a alguns direitos pelo contrato social. A convenção, o acordo, é a base de toda autoridade entre os homens, sendo que a própria autoridade pública extrai o seu poder de uma convenção.

O direito natural ao qual se referiam os modernos, entre eles Kant, eram a propriedade privada, a igualdade formal, a liberdade de contratar e a forma da família da época. Os modernos, assim como os medievais, acreditavam que o direito era eterno, imutável, e que esses princípios eram intangíveis, tão importantes quanto o direito à vida.

1.3 – O conflito entre o liberal e o social

Segundo a doutrina marxista, no entanto, o conceito de sujeito nasce com o conceito de mercadoria, sendo este reconhecimento da personalidade jurídica, a igualdade formal e a liberdade de contratar, essencial para a prática burguesa.

Assim, Pachukanis pode afirmar que só no modo de produção capitalista é que indivíduos adquirem o estatuto universal dos sujeitos. A forma-sujeito de que se reveste o homem surge como a condição de existência da liberdade e da igualdade que se faz necessária para que se constitua uma esfera geral de

trocas mercantis e, conseqüentemente, para que se constitua a figura do proprietário privado desses bens, objetos da circulação. [...] É a esse ato de vontade, constitutivo da categoria de sujeito de direito, que Marx empresta importância decisiva, pois é ele que, ao possibilitar as trocas mercantis, estabelece as premissas do modo de produção capitalista, ao mesmo tempo em que permite revelar todo o segredo da forma jurídica. Diz Marx, em *O capital*: 'As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar da violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma, As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias'. O homem transforma-se em sujeito por meio de um ato volitivo: é a expressão do seu 'querer' que permite a ele estabelecer com outros homens, portadores de uma vontade igual à sua, uma relação consensual de reciprocidade. Esse elemento de 'equivalência subjetiva' corresponde ao elemento de equivalência material, isto é, à troca das mercadorias na base da lei do valor. [...] Se, portanto, é a troca que constitui a liberdade do homem, podemos dizer que quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, mais livre então pode ele ser, de tal modo que a expressão a mais 'acabada', a mais completa, a mais absoluta de sua liberdade, é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria. [...] 'O direito subjetivo sendo direito da pessoa e não encontrando a sua eficácia a não ser no consentimento, põe a relação vontade-liberdade do seguinte modo: a liberdade do homem é o seu livre consentimento. A liberdade sendo feita vontade – de divulgar ou não minha vida privada, que é minha liberdade – e esta liberdade não sendo outra coisa que aquela de contratar – e, notadamente, sobre mim mesmo –, eu devo, em minhas relações com o outro, aparecer como proprietário de mim mesmo, porque eu sou livre de mim mesmo. (NAVES, 2000, p. 65-67)

Que o reconhecimento da personalidade, do direito subjetivo é importante para o surgimento do capitalismo, isso é inegável. Contudo, mesmo sendo o capitalismo uma forma de exploração, a humanidade conseguiu grandes avanços durante os últimos séculos, reconhecendo não apenas direitos individuais, como esses do início da Idade Moderna, mas os referidos direitos viabilizaram a concepção de novos direitos, inclusive a tentativa de mudança da igualdade formal para a igualdade real.

A análise do pensamento marxista se faz necessária, principalmente é a gênese da crítica à Autonomia da Vontade como um dos marcos do capitalismo. A partir desta

concepção foi possível questionar alguns valores que até então não eram postos em pauta, pelo menos de forma tão ostensiva.

A bandeira levantada pelos liberais (jusnaturalistas ou positivistas) é a liberdade. Em defesa de uma liberdade de contratar postula-se uma liberdade em todos os sentidos, de livre iniciativa, de expressão, de locomoção. Gerando frases como: “o ser humano ou é livre ou não é completamente homem” (POZZO, 1959 apud CAGGIANO, 1995, p. 25).

Não que a liberdade não seja importante e essencial, mas ela foi usada como justificativa para o capitalismo explorador. A liberdade à qual se referiam era exclusivamente negocial. Não tinha a grandeza que a ela hoje se atribui.

A igualdade material era, por outro lado, a bandeira socialista, em sacrifício da liberdade individual. Chegar-se-ia à igualdade material, à eliminação da pobreza, à fraternidade.

Se a liberdade dos chamados liberais é criticada por camuflar um interesse negocial, o socialismo também tem seus defeitos. Até hoje não foi implantado sem ditadura. Busca-se a igualdade material, mas a que preço?

Com efeito, com o advento da revolução industrial, no século XIX, a substituição da mão de obra humana por maquinário, a busca por novos mercados, produção em série, e com a divulgação da teoria marxista ficou insustentável a relação entre “oprimidos e opressores”, surgindo uma nova ideologia, que pregaria a intervenção estatal nas relações jurídicas e a proteção do mais fraco.

Em 15 de maio de 1961 é publicada a Carta Encíclica *Mater et Magister* de João XXIII que, entre outras coisas, lamenta a crescente distância entre as nações pobres e as nações ricas, a corrida aos armamentos e os apuros dos agricultores; defende a participação dos trabalhadores na posse, gestão e lucros das empresas; promove o

auxílio aos países menos desenvolvidos, mas um auxílio isento de intenções dominadoras; torna a doutrina social da Igreja parte integrante da vida cristã: convoca os cristãos a trabalharem por um mundo mais justo.

O professor Carlos Alberto Bittar (2003, p. 117-118) demonstra exatamente esse momento em que no plano do relacionamento extra-estatal e ditado por fatores vários, as tensões existentes levam o globo depois à primeira guerra mundial, exigindo sacrifícios vários aos homens e aos Estados envolvidos. Em conseqüência, geram-se novas preocupações, dentre as quais avulta a de segurança do Estado e a de necessidade de fortalecimento da economia, para que se enfrentem crises desse vulto. Doutrinas exacerbadas – advindas do século anterior – e pressões locais chegaram a fazer emergir, no mundo oriental, nova ideologia: a do socialismo, em que o Estado detinha os meios de produção (intervenção substitutiva) e elaborava planos para a sua atuação, inserindo-se, assim, a noção de planejamento na economia.

No mundo ocidental, indica Bittar, como solução para a nova problemática, surge outra posição doutrinária: a do neoliberalismo. Admite-se a intervenção do Estado para suprir deficiências da iniciativa privada (intervenção supletiva), a qual se inicia no campo social, pela instituição de normas e organismos de defesa dos trabalhadores, aceitando-se, em algumas partes, o planejamento estatal. Nesse sentido, verifica-se melhor instrumentalização do poder central para a condução do Estado e assiste-se à escalada do Executivo na direção da concentração de poderes. E em razão do princípio da funcionalidade, o novo posicionamento do Estado encontra na necessidade de amparo ao economicamente mais fraco e no restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas, a sua justificação.

Esse foi um momento crucial para a nova ótica do princípio da Autonomia da Vontade. Após uma ascensão do princípio na Idade Moderna e a consolidação de conceitos como a intangibilidade dos contratos e a soberania da vontade privada, a sociedade se depara com novos conceitos, como a supremacia do interesse público sobre o privado

com a intervenção do Estado e a minoração daquele conceito de Autonomia da Vontade.

A diferenciação entre o neoliberalismo e o movimento social é clara, o primeiro defende a intervenção estatal de forma mínima e o segundo defende uma forte intervenção estatal. Essa diferenciação parece simples na teoria, mas na prática é de difícil identificação a diferença entre uma política e outra. O que importa é que ambos defendiam a intervenção estatal na Autonomia da Vontade, o que veio a ser praticado no século passado.

O sentimento despertado pelas ideologias neoliberal, social e socialista foi o de aversão ao princípio da Autonomia da Vontade, como se ele fosse o responsável pela desigualdade social e fosse a materialização do egoísmo, ainda que o neoliberalismo defendesse a participação mínima do estado e os outros movimentos a intervenção majorada.

Obviamente que a Autonomia da Vontade é essencial ao capitalismo, eu diria que é praticamente uma cláusula *sine qua non*, já que o capitalismo prevê a subjetividade, a busca dos ganhos pessoais, de uma forma individual.

Isto posto, a desigualdade é própria do capitalismo, sendo que o desejo da sociedade é que seja alcançada a igualdade material, ou seja, os homens terem mesma condição social, formação e condição econômica, diferente daquela igualdade formal, onde as pessoas são iguais apenas no papel, no pressuposto e não na realidade.

Contudo a desigualdade, segundo Marx, é inerente ao capitalismo, como havíamos dito, entendendo ele que a única solução para a desigualdade seria a extinção do capitalismo e, conseqüentemente, do Estado e do Direito.

A relação de exploração capitalista, como lembra Pachukanis, é mediada por uma específica operação jurídica, a forma de um contrato, ao contrário da sociedade feudal, em que a completa sujeição do servo ao senhor feudal, exercida pela coerção direta, não exigia 'uma formulação jurídica particular'.

[...]

Entre esses sujeitos, diz Marx, não há nenhuma diferença, pois cada qual tem com o outro a mesma relação social. Esses sujeitos são sujeitos que trocam, e, portanto, na condição de sujeito da troca 'sua relação é a da igualdade'.

[...]

Para Marx, é a troca que põe a igualdade, ao passo que aquilo que leva à troca põe a liberdade, podendo então concluir que a igualdade e a liberdade 'não são apenas respeitadas na troca que se baseia em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base real, produtiva, de toda igualdade e liberdade'. (NAVES, 2000, p. 69-71)

Mesmo para aqueles que não comungam da doutrina marxista, é necessário se curvar para a sabedoria com que esta corrente filosófica critica a sociedade. De fato, a sociedade atual é egoísta, desigual e exploradora, e a igualdade prevista na Constituição é apenas formal. Embora a Constituição defenda a minoração das desigualdades sociais.

Neste momento do trabalho, não estamos fazendo juízo de valor sobre as correntes filosóficas, mas há de se convir que se um dos grandes críticos do capitalismo reconheceu que a igualdade material é incompatível com o capitalismo, essa busca pela igualdade deve ser feita de forma cautelosa e estudada.

Estamos dando ênfase para essa temática nessa dissertação porque entendemos que no capitalismo sempre quem perde é o pobre, o mais fraco. Todo jurista possui um ideal com a justiça, de tentar proteger aquele que sofre, o fraco, o oprimido.

O que tentamos deixar claro, é que como a desigualdade é inerente ao capitalismo, a igualdade real nunca virá, ela deve ser buscada com cautela porque o ônus imposto ao forte muitas vezes é suportado pelo fraco, em razão da dominação política e econômica presente na sociedade desde a modernidade.

A grande dificuldade enfrentada por este trabalho e pela comunidade científica é como dar vazão ao capitalismo que é adotado mundialmente, sem alimentar a desigualdade?

1.4 – A Autonomia da Vontade: um conceito delimitado

Com a adoção da ideologia social pela Constituição de 1988, foram tomadas medidas para minorar as desigualdades e proteger o mais fraco. Mudou-se a mentalidade individualista, crescendo assim, a proteção ao trabalhador, ao consumidor e ao oprimido de uma forma geral.

Nesse momento, verificando os doutrinadores que a liberdade individual não era mais aquela advinda da Idade Moderna, onde o princípio da Autonomia da Vontade foi elevado ao extremo; que os contratos não eram mais celebrados da mesma forma; que a liberdade de contratar estava sendo restringida pela norma jurídica, chegou-se à conclusão de que não havia mais princípio da Autonomia da Vontade, mas um princípio menor, denominado Autonomia Privada.

Em que pese a posição de boa parte da doutrina, como esses que trazemos de forma esparsa neste trabalho, não nos parece que a Autonomia da Vontade tenha se transformado em outro princípio, como demonstraremos mais tarde, no item que trata da terminologia.

O importante é deixar claro que até este ponto sustentamos a persistência da Autonomia da Vontade contratual no direito brasileiro.

Embora sustentemos esta posição, faz-se necessário agora trazer algumas figuras contratuais que demonstram que realmente a Autonomia da Vontade contratual está muito modificada. Diversas formas de contratar foram positivadas, de forma cogente, tendo em vista preservar algum interesse da coletividade naquele tipo de atividade.

A título de exemplo citar-se-á as figuras mais relevantes nesse sentido, que são os contratos necessários, regulado, autorizado, coletivo e complexo, explicados de maneira clara e objetiva por Carlos Alberto Bittar (2003, p. 128-129).

O contrato necessário (imposto ou forçado ou imperativo, conforme a doutrina) é aquele em que a parte está obrigada a celebrar, aquele a que se não pode recusar (exemplos: concessão de serviços públicos, em que a empresa não pode deixar de fornecer os serviços nem eleger o outro contratante, mas apenas traça certos requisitos e os contornos do contrato, que preenchidos, obrigam-na a contratar; em profissões regulamentadas a impossibilidade de recusa; no seguro que se faz com o contrato de transporte e outros). Algumas dessas figuras já nos códigos existiam (como o depósito necessário).

Contrato regulado (ou regulamentado) é o contrato cujo conteúdo está sujeito à regulamentação legal (exemplo: certos contratos bancários, o leasing, a diferença de know-how); limita-se, então, o contratante a escolher a outra parte, e isso quando não exclusiva a atividade.

Contrato autorizado é o que depende de manifestação da autoridade administrativa, para seu perfazimento (exemplos: a oferta pública de ações, aquisição de controle de empresas, o contrato de transferência de know-how, o contrato de underwriting, o do comércio externo, o de constituição de certas sociedades anônimas etc.). Contrato coletivo é o firmado por determinada categoria profissional, em relações trabalhistas, com as empresas do setor (como o para o reajuste de salário).

Contrato complexo (ou misto) é o que resulta da união de elementos integrantes de tipos diferentes ou da combinação de contratos típicos (exemplos: leasing (arrendamento mercantil, com opção de compra de maquinário), alienação fiduciária, know-how, engineering etc).

Paulo Nalin (2006, p. 116) também faz menção a esses tipos de contrato, dizendo que o contrato paritário ou bilateral, baseado na plena e irrestrita liberdade contratual, nem de longe se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação, dentre as quais destaca:

1. Contrato Coativo ou Obrigatório: a ordem jurídica impõe a contratação, em razão de um outro contrato preexistente ou de uma situação jurídica de propriedade, o seguro obrigatório, a prorrogação contratual na locação a prazo indeterminado, a prorrogação contratual de trabalho determinado (experiência) para indeterminado etc.
2. Contrato Necessário: relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possa recusar a contratação com quem quer que seja, são eles os concessionários de serviços públicos (pedágio, fornecedor de água, luz, telefone etc.), abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os creditícios de um modo geral (bancários inclusive), transporte coletivo etc.
3. Contrato-Tipo: decorre da contratação freqüente entre certa categoria de contratantes, que se propõem, em função de uma padronização de relações, presentes e futuras, como a rapidez e a segurança, para evitar concorrência desleal, a imprimir uniformidade aos futuros contratos etc.
4. Contrato de Adesão: esta modalidade por sua vez, indiscutivelmente, a mais emblemática de todas, realmente põe em cheque o contrato paritário, revelando toda sua crise, pois o contratante não discute os termos contratuais, apenas os aceita.

Nota-se que esses contratos sofrem uma forte regulação por parte do Estado, restringindo em muito a Autonomia da Vontade dos contratantes, sendo a maioria destes pertencentes a outros microssistemas jurídicos, não apenas o direito civil.

Contudo, tratam-se de exceção à regra, casos em que o interesse público é tamanho, e a fragilidade de um dos contratantes é latente, que o Estado se vê obrigado a intervir na relação contratual.

Não é correto afirmar que inexistente a Autonomia da Vontade, tendo em vista que esta é requisito primordial para a validade do contrato, mas trata-se de uma minoração significativa de tal autonomia.

Para Pontes de Miranda (2000, p. 37), se o elemento da vontade é múltiplo, alguma declaração de vontade, ou alguma manifestação de vontade exerce o papel de núcleo, isto é, de elemento definidor do conteúdo específico do negócio jurídico. Noutros termos: sem esse elemento, ou o negócio jurídico não seria, ou seria outro negócio jurídico.

A Autonomia da Vontade, no caso, reside no interesse pelo exercício da atividade e não em cada contrato específico.

As mudanças contratuais são claras e inegáveis, cabendo aos aplicadores do direito civil captar as novas tendências e reler os institutos de direito civil, principalmente a nova face da Autonomia da Vontade.

Para Renan Lotufo (2002 p. 77) a vontade, como requisito indispensável ao ato jurídico, continua intocável merecendo, portanto, toda proteção legal. Entretanto, é necessário rever o conceito deste requisito, no momento da validade – especificamente quanto às limitações impostas pelo interesse social, seja ele individual homogêneo, coletivo ou difuso.

Segundo ele, a proteção ao consumidor trouxe a necessidade de verificar questão já conhecida, como a cláusula abusiva. É verdade que este tema não é novo no Direito Civil; entretanto o que mudou foi o seu enfoque e a sua extensão. Além de que houve um entendimento generalizado da necessidade de proteger bens e direitos coletivos ou difusos, trazendo o velho e conhecido conflito entre o individual e o coletivo.

O ponto central deste trabalho, o que motiva a elaboração desta dissertação, é notar que a Autonomia da Vontade, mesmo com todas as mudanças na história, na doutrina e na legislação, continua mais pura que nunca.

Parece contraditório assumirmos que a Autonomia da Vontade está modificada, minorada muitas vezes, até quase inexistente em algumas situações, mas, contudo está mais pura.

Isso se deve ao fato de termos afastado da Autonomia da Vontade tudo o que seria prejudicado por ela. O Direito Civil não é mais responsável por todas as relações privadas.

O empregado, economicamente dependente de seu empregador, possui uma legislação que o protege, que não os trata como iguais, porque de fato não o são.

O consumidor possui também legislação própria, reconhecendo sua fragilidade por ser este o custeador da atividade econômica, aquele que em última análise sempre paga os ônus impostos aos fornecedores.

O Código Civil também regula diversas situações onde pode haver disparidade entre as partes, restringindo a Autonomia da Vontade onde ela pode ser danosa.

Exatamente por causa disso e dos princípios norteadores do direito a autonomia está mais pura. Explico.

Antes da Constituição Federal e o Código Civil estarem recheados de princípios como o da solidariedade, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, função social do contrato, a Autonomia da Vontade era restringida por regras incapazes de prever todos os abusos que poderiam ser praticados entre os particulares.

Com a introdução de novos princípios, ao Código Civil de 2002, reflexo da Constituição Federal de 1988, os atos praticados sem boa-fé objetiva ou que não atendam a função social podem ser anulados pelo judiciário. Como será analisado posteriormente, os atos que contrariem os Princípios Constitucionais também podem ser anulados.

Portanto, não há mais a necessidade de prever todas as situações onde a Autonomia da Vontade pode ser lesiva, tendo em vista que se o contrato for abusivo basta anulá-lo com base nos Princípios Constitucionais e do Código Civil.

Esta é a versão mais pura da Autonomia da Vontade, trazendo até um aspecto de *commum law*, onde a jurisprudência é utilizada para definir a licitude de ato. Obviamente que é apenas um aspecto da *commum law*, já que os princípios e diversas regras estão positivados no direito brasileiro.

1.5 – Autonomia da Vontade, Autonomia Privada, Autodeterminação ou Livre-iniciativa? Precisão Terminológica

Antes de analisar a diferenciação entre os conceitos Autonomia da Vontade, autonomia privada, autodeterminação e livre-iniciativa, se é que há alguma diferença, se faz necessário analisar o conceito de Autonomia da Vontade.

Com efeito, dos princípios fundamentais na teoria clássica dos contratos, o fundamental é o da Autonomia da Vontade – que repousa sobre os conceitos de liberdade e igualdade –, pelo qual as partes livremente se obrigam ou deixam de vincular-se, fixando as condições que regerão as suas relações, em razão do respectivo interesse. Significa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses. (BITTAR, 2003, p. 122)

Em outras palavras, o princípio da Autonomia da Vontade seria a faculdade concedida ao indivíduo de contratar com quem quiser, sobre o que quiser, se quiser, facultando às partes a disposição das cláusulas contratuais, desde que não contrarie a ordem pública.

À primeira vista, analisando o conceito pragmático trazido por este trabalho parece que a Autonomia da Vontade é um princípio simples, ligado a uma atividade contratual, sem qualquer reflexo nas demais áreas do direito, inclusive do direito civil, tratando-se de uma simples regra de elaboração de um contrato.

Contudo, este conceito é fruto de lutas históricas, não só pelo seu reconhecimento, mas também pela sua regulação.

Qualquer atividade precisa de regulação, profissões, atividades, e assim o princípio da Autonomia da Vontade precisa de sua regulação, para não se tornar maior do que realmente é.

A Autonomia da Vontade, como se pode verificar ao longo deste trabalho, se irradia pelo ordenamento jurídico por ser uma proteção ao cidadão em relação ao Estado. Embora o governo zele pelo interesse público, nunca pode ser suprimido o direito do cidadão de se associar, de celebrar contratos da forma que quiserem, desde que seja feito com bom senso e boa fé.

Contudo, o que se tem alegado é que a ordem pública se tornou tão preponderante que suprimiu as outras faculdades, havendo casos em que o contratante não pode escolher como, com quem ou a forma de contratar, suprimindo-se assim o princípio da Autonomia da Vontade.

O Professor Claudio Godoy (2007, p. 15) diz que o conteúdo e compreensão do princípio foi de tal forma alterado que entende-se que o clássico princípio da Autonomia da Vontade, de fato, tenha dado lugar, hoje, ao que se considera ser mesmo um novo princípio do direito contratual, qual seja, o da assim chamada autonomia privada.

Fundamenta dizendo que sempre se definiu a Autonomia da Vontade como o poder às partes reconhecido de regar suas relações jurídicas, voltadas à satisfação de seus interesses. Isso em um modelo em que a legitimação dos efeitos surgidos estava na

força jurígena da vontade. Para Fernando Noronha, típica dessa noção voluntarista a concepção de que a Autonomia da Vontade, expressão cuja origem atribui a Gounot, deveria ser compreendida como “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seja lei para elas (voluntas facit legem)”.

Acrescenta ainda Godoy que a liberdade de contratar, quanto mais ilimitada possível, atendia, verdadeiramente – e mesmo sem se negar a relevância de, em dado momento, fazer atentar à necessidade de garantia dos direitos individuais em face da atuação do Estado –, a um reclamo do modelo econômico liberal e capitalista que se estabelecia. Com efeito, passando a se desvincular a propriedade dos laços feudais, impedia criar fórmula que permitisse, então, sua circulação. Esse papel quem o desenhou foi o contrato, instrumento de acesso do estamento social ascendente à propriedade. Mais: se se modificava o modelo agrário para o comercial e o industrial, a força de trabalho, antes submetida ao vínculo com o senhor feudal, todavia agora cessado, precisava de um novo meio de se ligar aos titulares dos bens de produção. A ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário destes. Declarando livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente.

Dessa ausência de limites, como existia anteriormente, passando para o estado atual da Autonomia da Vontade, regulada, restrita, cheia de impedimentos, superveio, portanto o que chamamos de caos do contrato, onde os conceitos milenares aplicados a essa prática são relativizados.

Cabe salientar que a Autonomia da Vontade, como já foi amplamente demonstrado, já possui padrões atuais. O debate entre o individualismo e o coletivismo não é novo, muito pelo contrário, é uma discussão já exaustivamente refletida e, hoje, nos países ocidentais, já é adotada uma legislação que favoreça o social, não interessando apenas a vontade das partes.

Concordamos que é inadmissível que uma pessoa mantenha, em pleno século XXI, um discurso individualista da Autonomia da Vontade, porém, também é ultrapassada a discussão de se socializar a Autonomia da Vontade, tendo em vista que esta já está devidamente regulada e restrita.

Faz-se necessário salientar que o Brasil adota uma sociedade capitalista e que o lucro é importante para o desenvolvimento da nação. Ninguém investe em um país onde não seja possível perceber lucros. Por outro lado, trata-se de uma democracia social, onde o bem comum deve ser buscado a cada instante. Há um conflito aparente de interesses, mas apenas aparente, porque a circulação de riquezas é o que possibilita o investimento no social.

Não se defende, aqui, o conceito da mão invisível do mercado, dizer que ele é auto regulado ou coisa do tipo, apenas se diz que a circulação de riquezas gera emprego, o pagamento de tributos para serem investidos na sociedade, e obviamente o lucro.

A liberdade de contratar é tão importante quanto o bem social, como dois remos de um barco, não se pode privilegiar um e se esquecer do outro, a não ser que as estruturas sejam mudadas.

Fala-se muito que a atividade humana não deve apenas visar o lucro, mas a circulação de riquezas é extremamente benéfica para uma sociedade capitalista. Uma terra cumpre sua função social quando produz, quando serve de moradia, quando se estabelece uma atividade comercial. Da mesma forma o contrato, cumpre sua função social quando leva o produto ao seu destinatário e proporciona a circulação de riquezas.

Obviamente que não se faz referência à busca predatória do lucro, o que seria voltar aos ideais burgueses modernos, mas é necessário acabar com a idéia de que apenas o pobre importa; o desenvolvimento, a circulação de riquezas e a livre-iniciativa também

são de grande valia para a sociedade. Trata-se do conceito de justiça particular aristotélico (ARISTÓTELES, 2002) de dar a cada um o que é seu, tratando de forma igual os iguais e desigual os desiguais na medida de suas desigualdades.

Resta-nos, portanto, manter uma postura sóbria sobre a Autonomia da Vontade, sem preconceitos, sem interesses, mas buscar a realidade atual sobre este instituto.

Afinal, a Autonomia da Vontade, autonomia privada, autodeterminação e livre-iniciativa são sinônimos, coisas distintas ou gêneros dos quais os outros são espécies?

Sobre Autonomia da Vontade e autonomia privada não existe uma posição consolidada na doutrina, tratando alguns autores como sinônimos, outros como um substituto do outro e ainda há quem diga que os dois são distintos e os termos são atuais.

Orlando Gomes (2002 p. 5) é um dos defensores da mudança de nomenclatura, segundo o autor o princípio da Autonomia da Vontade foi suprimido e deu espaço ao novo e enxuto princípio da autonomia privada.

A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre tudo, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização. Tais modificações repercutiram no regime legal e na interpretação do contrato.

Mas, como dito anteriormente, a diferenciação não é tão clara quanto parece, como se verifica abaixo:

Esta diferença está consubstanciada, porque a Autonomia da Vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada estabelece o poder da vontade, enquanto direito objetivo, concreto e real.

[...]

Os direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos precisam ser harmonizados com o direito individual, sem a perda da identidade das pessoas, mas preservando o interesse social.

A autonomia privada começa a substituir a Autonomia da Vontade, pois esta tem como característica o subjetivismo e o caráter psicológico – necessitando ter o direito privado uma função social. (RAPOSO, 2002, p. 84-91)

A diferenciação proposta pelo autor é um tanto quanto confusa, dando a entender que a diferenciação entre Autonomia da Vontade e autonomia privada é similar à diferenciação entre a boa-fé objetiva e a subjetiva, como se a autonomia privada fosse um padrão ético. Essa diferenciação faria sentido se a Autonomia da Vontade não devesse obedecer, também, um padrão moral e ético. Como analisado anteriormente, a Autonomia da Vontade sempre foi regulada pela ordem pública e pela moral. Alguns países com um rigor maior, outros com um rigor menor, mas desde a Roma antiga a Autonomia da Vontade não é infinita. A Autonomia da Vontade e a autonomia privada não são um padrão de comportamento, já que o que se verifica atualmente é uma responsabilidade maior do contratante com o bem social, mas isso não quer dizer que a autonomia privada, finalisticamente, não vise o bem pretendido pelo contratante, que a motivação não possa ser meramente egoísta.

A diferenciação, portanto, não tem grande valia prática. Adota-se o termo autonomia privada para diferenciar da Autonomia da Vontade moderna da contemporânea, mas chamá-la de Autonomia da Vontade ou de autonomia privada não alterará seu conteúdo.

Qualquer manual de direito civil, na parte de contratos, dirá que um dos princípios contratuais é a Autonomia da Vontade, e ele estará certo. Academicamente, pela lógica comum dos contratos, a vontade é requisito primordial para a celebração do contrato, sendo irracional a propositura da mudança dessa metodologia.

Mais prudente seria, portanto, tratar Autonomia da Vontade e autonomia privada como sinônimos, representando a liberdade de contratar e regular seus próprios contratos, considerando suas mudanças e limitações.

Para evitar confusões nesse trabalho, falando de Autonomia da Vontade e autonomia privada como sinônimos, se prefere reportar à terminologia primeira, ou seja, da Autonomia da Vontade. Usaremos autonomia privada apenas quando for estritamente necessário. Por exemplo, quando citar-se um autor que fala sobre Autonomia da Vontade, mas o mesmo a classifica como autonomia privada, usar-se-á o segundo termo, para não se correr o risco de corromper o que o autor quis dizer, já que para esse trabalho a diferença entre os dois princípios não existe, mas para outro autor pode ser relevante.

Os conceitos de livre-iniciativa e autodeterminação mantêm uma relação mais harmônica com o princípio da Autonomia da Vontade do que a relação entre esta e o princípio da autonomia privada. Na verdade, discute-se se a autonomia privada ou da vontade seria exclusivamente patrimonial, e, portanto negocial, ou se seria geral, se seria este princípio o da liberdade de agir na sociedade.

O professor Godoy (2007, p. 27-28) reconhece que não se reputa haver motivo suficiente para circunscrever a autonomia privada ao campo dos contratos se, afinal, também fora dele se reconhece ao sujeito o poder de determinar a modificação de situações jurídicas e reger, ele próprio, as relações daí decorrentes, posto que de forma sempre coexistente com a incidência das normas de intervenção, garantia da promoção dos valores constitucionais eleitos como objetivo promocional do Estado. Isso, em compensação, não significa aceder à concepção de que a autonomia privada corresponda, em última análise, ao próprio campo dos direitos subjetivos – ou de qualquer liberdade de fazer ou não fazer o que é lícito ou o que não é proibido. Tal orientação, depois de explanada, inclusive com indicação de grande messe de defensores, encontrou justificada crítica na obra de Joaquim de Souza Ribeiro. Na sua visão, a identificação, a par de favorecer uma anacrônica visualização da autonomia como ligada substancial ou exclusivamente à vontade do sujeito, parte do equivocado pressuposto de que autonomia privada e autodeterminação sejam um mesmo conceito. Mas a verdade é que esta última, mais ampla, confere ao indivíduo a liberdade de agir

ou, frise-se, de não agir e, na primeira hipótese, de externar declarações com ou sem efeito negocial, propriamente, sejam de índole unilateral ou bilateral. Já a outra, de que é veículo qualquer negócio jurídico (não só o bilateral), conota um poder ativo com eficácia reguladora, posto que revelando uma faceta da autodeterminação, da liberdade individual juridicamente tutelada.

Segundo ele, em rigor, a autonomia privada designa apenas um poder com eficácia reguladora (ou o ato por que se exercita, ou a esfera em que é reconhecido). Todas as outras facetas da liberdade individual juridicamente tutelada que não apresentem esse conteúdo não cabem nesse conceito. Isso também se aplica, a seu ver, à liberdade de exercício dos poderes concretamente contidos nas posições ativas de que se é titular e, em especial, nos direitos subjetivos. Para alguns, essa liberdade é ainda manifestação de autonomia privada, em sentido amplo, pelo que o conceito acaba por abranger todos os mecanismos jurídicos que conferem, aos sujeitos, liberdade na tutela dos seus interesses. Sem qualquer vantagem, pois essas manifestações estão suficientemente cobertas pelo conceito de autodeterminação, e com o inconveniente de reforçar a tendência de prendê-la a uma única dimensão valorativa (como a Autonomia da Vontade), o que pode dificultar o necessário atendimento de outras projeções funcionais e de outros interesses, que não os do titular do poder.

Conclui que não se entende haja mesmo de se identificar a autonomia privada com a autodeterminação, ainda que esta lhe componha o conteúdo, mas consubstanciar uma liberdade ampla, juridicamente tutelada, de fazer ou não fazer algo de acordo com a lei, com ou sem efeito negocial. Na autonomia privada está-se diante de um aspecto específico da liberdade de ação humana, que é, na sua concepção, a liberdade negocial, de resto nem só deferida à pessoa natural, mas, igualmente, às pessoas jurídicas.

A Autonomia da Vontade seria, portanto, a vontade negocial, a liberdade de contratar, enquanto a autodeterminação seria a manifestação da vontade em uma forma mais

ampla. Em outras palavras, a autodeterminação é o gênero do qual a Autonomia da Vontade seria espécie.

A livre-iniciativa, contudo, tem um caráter mais econômico, seria a liberdade de empreendimento, de contratar – por quê não? – seria a definição do capitalismo como sistema econômico.

O uso da expressão livre-iniciativa para designar Autonomia da Vontade seria impreciso, mas não seria errôneo, principalmente se o locutor considerar a autonomia privada como sinônimo de autodeterminação, como os autores citados acima.

Com efeito, é muito difícil delimitar os conceitos de cada vernáculo, tendo em vista que eles são usados de diversas formas, em diversas áreas do conhecimento. Restringir esses termos a apenas um aspecto seria como tentar controlar uma língua, coisa que nunca se conseguiu.

O que importa saber é que esses conceitos estão muito próximos, sempre ligados à vontade humana, liberdade contratual e patrimonial, igualdade de condições e respeito do Estado em relação aos atos praticados pelos particulares, desde que não firam a ordem pública.

2. Hermenêutica civil-constitucional

Cientes de que o presente trabalho trata sobre a Autonomia da Vontade e sua delimitação por Princípios Constitucionais, parece imprescindível trazer à baila a discussão sobre a atual hermenêutica jurídica, porque de outra sorte o trabalho se restringiria à constatação legal de que a Autonomia da Vontade sofreu restrições e demonstrar-se-ia os artigos de lei que fundamentassem essa posição.

Contudo, o objeto desse trabalho é a interligação entre os princípios e a forma como eles se relacionam. Dessa forma é de suma importância trazer os elementos hermenêuticos que possibilitarão o diálogo da Autonomia da Vontade com os Princípios Constitucionais.

É importante salientar que a postura tomada por esse trabalho é diferente da convencional, trazendo pontos positivos e negativos da hermenêutica moderna, dificultando em um primeiro momento a identificação da linha adotada, por parecer até contraditório um trabalho reconhecer a validade e oportunidade da aplicação direta dos Princípios Constitucionais, contudo primar pelo diálogo com os princípios setoriais por serem esses mais específicos e conseqüentemente criados para o fato concreto em pauta.

Antes de prosseguir na explanação do posicionamento a respeito da hermenêutica civil-constitucional, se faz necessário introduzir-se o tema ao leitor.

2.1 – A hermenêutica clássica

A grande preocupação dos operadores do Direito é a interpretação da norma jurídica, principalmente no que tange à interpretação civil-constitucional.

Até meados da década de 50 do século passado era muito pacífica a idéia de interpretação e integração da norma, aplicando-se os critérios tradicionais, adotados pelos grandes doutrinadores, como Kelsen, Bobbio, Clóvis Bevilacqua e outros. Com o tempo foi-se adotando outras formas de interpretação.

A orientação da hermenêutica clássica pode ser a da interpretação subjetiva, a da interpretação objetiva e a da livre pesquisa do direito, como ensina o professor Francisco Amaral, (2006, p. 94-95), dizendo que em termos de hermenêutica jurídica domina hoje a tese de que o problema da interpretação reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o contexto cultural em que o direito se situa. Seu objeto (o que se interpreta) é não só o texto de lei, como a doutrina tradicional defendia, e era próprio do positivismo jurídico, mas principalmente a regra que esse texto contém. Seu objetivo (o fim que, com a interpretação, se procura alcançar) suscita três orientações distintas: a da interpretação subjetiva, a da interpretação objetiva e a da livre pesquisa do direito.

Explica o professor que para os adeptos da interpretação subjetiva, historicamente a primeira, o que se pesquisa é a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) expressa na lei. Sendo esta uma obra do poder Legislativo, o sentido é o que o autor pretendeu dar-lhe. Nesse caso, teriam grande importância os trabalhos preliminares à promulgação da lei. Tal concepção tem graves inconvenientes. Quando a norma aplicável é antiga, conservada pela tradição, a vontade do legislador originário está, normalmente superada. Quando o legislador da norma é um colegiado, o Congresso Nacional, por exemplo, a vontade do legislador é uma ficção.

Para os seguidores da interpretação objetiva não é a vontade do legislador que se visa, mas a vontade da lei (*voluntas legis*). Na verdade, não a vontade, pois a lei não tem vontade, mas o sentido da norma. A lei, promulgada, separa-se de seu autor e alcança uma existência objetiva.

Por fim, ainda com base no texto de Francisco Amaral, para outra concepção, a da escola da livre pesquisa do direito (*Freirecht*), o juiz determina a norma, levando em conta as concepções jurídicas, morais e sociais de cada época. A interpretação jurídica é, assim, uma atividade criadora da norma, critério ou diretiva para a solução do caso. O trabalho do jurista, dirigido à solução de problemas concretos, não é uma tarefa mecânica, mas um raciocínio prático vinculado a um marco normativo. A interpretação jurídica não é, portanto, de natureza hermenêutica, mas sim de natureza normativa.

Se não bastasse a escolha por uma das três linhas de interpretação, a atividade hermenêutica possui os seguintes métodos de interpretação: gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

Silvio Rodrigues (2002, p. 24-26) define a interpretação gramatical como sendo proceder a um meticuloso exame do texto, para dele extrair a precisa vontade do legislador; procura-se o sentido exato de cada vocábulo, examina-se a pontuação, tentando estabelecer o que efetivamente a regra determina.

Segundo ele, se tal interpretação não se mostra capaz de extirpar as dúvidas, recorre-se à interpretação lógica. Para admiti-la parte-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um edifício sistematicamente concebido, de sorte que o texto é estudado em confronto com outros, a fim de não ser interpretado de modo a conflitar com regras dadas para casos análogos; examina-se a posição do artigo no corpo da lei, o título a que está submetido, o desenvolvimento do pensamento do legislador, enfim o plano da lei.

Ainda segundo Silvio Rodrigues, a interpretação histórica consiste no exame dos trabalhos que procederam à promulgação da lei; das discussões que rodearam sua elaboração; dos anseios que veio satisfazer; e das necessidades contemporâneas à sua feitura. Por vezes, pelo exame desses elementos, consegue-se descobrir qual a efetiva vontade do legislador.

Note que a interpretação histórica está intimamente ligada à interpretação subjetiva.

Por fim, o autor revela que a lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador. Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que ela se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação teleológica. O intérprete, na procura do sentido da norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca e qual o problema que ela almeja resolver. Com tal preocupação em vista é que se deve proceder à exegese de um texto.

Há ainda a classificação quanto ao resultado, podendo ser a interpretação declarativa, extensiva ou ampliativa e restritiva.

Interpretação declarativa é aquela em que o texto legal corresponde ou coincide com a *mens legis*, o espírito da lei. Interpretação extensiva, ou ampliativa, quando a fórmula legal, a letra da lei, é menos ampla que o espírito, a *mens legis*. Interpretação restritiva, quando a letra da lei é mais ampla que o espírito, o sentido da norma.

Em seus clássicos *Comentários*, escreveu Joseph Story que as palavras de uma Constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, *evitando-se o indevido alargamento ou extensão de seu significado*. Porém, nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade de determinar se, na espécie, deve-se passar além ou ficar aquém do que as palavras parecem indicar. Quando existia congruência plena entre as palavras da norma e o sentido que lhes é atribuído pela razão, quando coincidem o elemento gramatical e o elemento lógico, a interpretação será *declarativa* (*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*).

Todavia, havendo incongruência entre a interpretação lógica e a gramatical, caberá ao intérprete operar uma *retificação* do sentido verbal na conformidade e na medida do sentido lógico. A imperfeição lingüística, expõe Ferrara, pode manifestar-se de duas formas: ou o legislador disse mais do que queria dizer, ou disse menos, quando queria dizer mais. No primeiro caso, impõe-se uma interpretação *restritiva* (ou estrita), onde a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido (*lex plus scripsit, minus voluit*). No segundo caso será necessária uma interpretação *extensiva*, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*Lex minus scripsit quam voluit*).

A doutrina, de forma um tanto casuística, procura catalogar as hipóteses de interpretação restritiva e extensiva. Há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam

interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos. (BARROSO, 2009 p. 121)

Contudo, a grande problemática não reside nessas questões expostas acima, mas trata-se de uma nova forma de se ver o direito, um novo raciocínio jurídico que muda completamente os métodos de interpretação e integração normativa.

2.2 – A Interpretação Tópica

Como sugere Luis Roberto Barroso (2009 p. 4-5), falando sobre a interpretação e aplicação da Constituição, a interpretação constitucional pode ser feita por três óticas distintas. É possível encarar a interpretação constitucional a partir do sistema, do primado da norma e da dogmática jurídica tradicional, à qual se adicionam particularidades exigidas pelo caráter singular da Constituição. A interpretação constitucional, por via de consequência, é uma espécie de interpretação jurídica, enriquecida por princípios e regras próprias. Este método, que se pode identificar como método hermenêutico clássico, trata a Constituição como lei, e procura desenvolver sua força normativa, sem embargo de dificuldades que a peculiar estrutura das normas constitucionais muitas vezes suscita.

Prossegue dizendo que é possível, igualmente, optar por uma metodologia que valorize antes o objeto que motiva a interpretação, isto é, o caso concreto ou o problema a ser resolvido. Nos países onde vigora a tradição do *commum law*, como nos Estados Unidos, a ênfase da argumentação jurídica recai, precisamente, na discussão dos aspectos de fato da causa e na busca do precedente mais adequado, sem que exista normalmente, a rigidez de uma norma taxativa emanada do sistema. Paralelamente ao *case system* norte-americano, desenvolveu-se entre os alemães a *tópica*, o chamado método tópico aplicado aos problemas, pelo qual se sustenta o primado do problema sobre a norma jurídica e sobre o sistema, onde a interpretação se apresenta como um método aberto de argumentação, indutivo e não dedutivo. Nele, a ordem jurídica é

apenas uma referência, um dos argumentos, um dos *topoi* a serem levados em conta na solução das situações concretas.

Por fim revela que é possível, na interpretação constitucional, voltar os olhos para o papel do intérprete, as possibilidades de sua atuação e os limites de sua discricionariedade. Aqui é de grande relevo o aporte trazido pela teoria crítica do direito e seus desdobramentos, notadamente no seu questionamento da onipotência da dogmática jurídica convencional e da função ideológica do direito e do intérprete. Abre-se, assim, um espaço para a discussão da objetividade da norma e da neutralidade de seu aplicador, e do papel do direito como instrumento de conservação e de transformação.

A primeira forma citada pelo autor é a clássica, onde a Constituição e o Código Civil seriam interpretados como leis, com suas hierarquias e especialidades, dando pouca margem de escolha ao intérprete, sendo beneficiada esta interpretação pela uniformidade e nem tanto pela justiça.

A segunda e terceira forma de se interpretar a Constituição começou a ser cogitada pelo surgimento da crise do positivismo. Perceba que já foi falado sobre crise do capitalismo, crise do contrato e agora crise do direito. As crises sempre fizeram parte da história, foram momentos de grande crescimento para a população, contudo, as crises têm sido cada vez mais fortes e as soluções têm sido cada vez menos convincentes e duradouras.

A crise na hermenêutica jurídica nasce, portanto, da constatação que a lei não prevê todas as situações e que o mais importante em uma decisão judicial não é a aplicação da lei que reza a cartilha, mas a aplicação da lei mais justa para o caso concreto.

Contudo, temos o costume de formular métodos de interpretação, como verdadeiras leis para dar sentido a uma interpretação, como se o senso de justiça devesse passar

necessariamente por aquele conceito, é o caso do texto do ilustre ministro Carlos Ayres Brito (2003, p. 188):

Entre duas interpretações possíveis de uma norma constitucional, portanto, deve-se prestigiar aquela que melhor assegure a eficácia do princípio que mais proximamente esteja do ser da Constituição (e tal ser é a Democracia, como tantas vezes dito). É preciso intuir com essa **força de gravidade** do ser da Constituição, porque ele é **uma porta aberta** para a compreensão de cada parte da Lei das Leis e de todo o conjunto normativo-constitucional. Se o visual interligado das partes projeta a imagem do todo, o visual do todo inda mais aclara a visão de cada parte.

Desde a Antiguidade os homens tendem a buscar regras para o exercício do direito e da filosofia, vemos que até nas teorias que defendem a abolição das regras, substituindo-as por princípios, tende-se a torná-las regras, sem preocupar-se com as peculiaridades de cada área do direito e de cada país que irá aplicá-lo.

E por que uma única solução em vez de soluções múltiplas. Por que uma deliberação valorativa heterônima da Constituição em nome do “direito de ser mãe” em detrimento de um esquema processual de negociação corporizador do “direito da mulher a criar o seu papel” no mundo organizacional das *corporations*? Por que a imperatividade da *equal protection clause* em vez da **singularidade** e das diferenças nas relações humanas, justificativas do triunfo da negociação, da flexibilidade, da adaptabilidade e da permissividade? É bem de ver que estas interrogações pressupõem já um outro mundo: o da absolutização das diferenças e da singularidade, o da complexidade, da indeterminação e do relativismo! (CANOTILHO, 2001, p. 114)

Outros, como veremos posteriormente crêem que a coletividade sempre deve ser favorecida em uma decisão, ou que sempre a Constituição é mais justa que as leis ordinárias etc. Como se a confecção de leis interpretativas evitasse a injustiça das leis. Em uma época que se acreditava que a decisão judicial era método justificava-se essa tendência de sistematizar o raciocínio, contudo, a interpretação e integração normativa têm seguido outra tendência, a citada no segundo e terceiro parágrafo do texto de Luis Roberto Barroso (2009 p. 4-5), trazido há pouco, ou seja, a tendência é utilizar cada vez mais a interpretação tópica e aumentar a discricionariedade do julgador.

Como diz Daniel Sarmiento (2009, p. 95), O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionados à emergência de um novo paradigma tanto

na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos e “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o poder judiciário.

Para a doutrina clássica o conflito de normas é resolvido com base nas três regras básicas, a hierarquia, a anterioridade e a especificidade. Esse método é eficaz, muitas dúvidas podem ser dirimidas usando o critério da hierarquia, anterioridade e especificidade.

Contudo os direitos sofreram valoração, o que não ocorria anteriormente. Os direitos em um diploma legal eram uniformes, abarcados ou restringidos simplesmente. A Constituição Federal, porém, elevou alguns direitos ao patamar de fundamentais, dando a idéia de que esses direitos fazem parte da fundação do país, essenciais para o exercício da democracia de forma livre, digna e justa.

Portanto, os direitos passaram a ter primazia em relação ao método, à forma. Um exemplo claro da primazia do direito ante a forma é o direito do Trabalho. Em sede trabalhista a legislação utilizada é a mais favorável ao trabalhador, ainda que o texto usado não seja nem sequer lei, como um acordo coletivo, por exemplo.

Obviamente que essa interpretação é feita no direito do trabalho porque a lei expressamente autoriza, mas nos outros ramos do direito têm-se usado outros diplomas legais, como a própria Constituição para reger relações jurídicas.

Não se trata, porém, de conflito na concepção clássica. A grande transformação que está ocorrendo no direito almeja a liberdade na escolha da norma, ignorando a norma aplicável em função de um princípio constitucional.

Revela Francisco Amaral (2006, p 48-51) que essa revisão metodológica começou com o livro de Theodor Viehweg, em 1953, *Tópica e jurisprudência*, com o qual o autor demonstra ser a ciência do direito marcada por um estilo de pensamento, o pensamento problemático, “uma técnica de raciocínio que se orienta a partir de e em direção a problemas”, o que exigiria um método jurídico diverso do até então usado pelo positivismo jurídico, adequado a outro tipo de pensamento, o pensamento sistemático. O então chamado pensamento tópico levou à compreensão de que o instrumento decisivo do método jurídico não é subsunção, mas sim a retórica e o argumento. A par disso, o direito natural, como referência legitimadora do direito positivo, teria sido substituído pelos valores e princípios das Constituições, sendo notória a importância do texto constitucional para a garantia de direitos fundamentais de natureza privada. Isso teria levado à abertura da ciência jurídica a outras ciências do espírito, como a hermenêutica, a teoria da linguagem e teoria sociológica dos sistemas. Dessas contribuições surge uma ciência jurídica marcada pelo pluralismo temático e metodológico, ciência jurídica simultaneamente hermenêutica e analítico-sistemático. Hermenêutica no sentido de buscar a compreensão do mundo histórico-cultural em que se desenvolve o direito, compreensão que só é possível por meio da comunicação e, por isso, uma teoria compreensiva é o mesmo que uma teoria comunicativa.

O objetivo da hermenêutica jurídica, segundo o autor é demonstrar que a investigação do direito não é uma subsunção, de acordo com regras lógico-formais fixadas em lei, mas sim um processo criativo, construtivo e concretizador da norma aplicável ao caso, que parte da compreensão de que a lei não é unívoca e completa, que sua aplicação

não é mera reprodução mecânica. Para a moderna hermenêutica jurídica, “as normas positivas são estruturas lingüísticas abertas, cujo significado não se deixa colher completamente senão em relação ao caso a decidir, e, portanto, no meio de um processo de transformação da norma em regra concreta de decisão”. A compreensão da norma está condicionada à específica relação com a situação de fato a que a norma deve ser aplicada. Além disso, reconhece-se o papel criador da interpretação jurídica e considera-se o pensamento jurídico como um “pensamento orientado ao problema”.

Conclui o autor que como efeito desse movimento pós-positivista, passa a ocupar um lugar central na teoria do direito o tema da decisão judicial que, tido como “fenômeno central e paradigmático do pensamento jurídico, é analisado à luz da sua motivação e de sua justificação racional”. Passa a considerar-se que a realização do direito é muito mais do que um simples silogismo, e que o juiz cria direito, não é só a boca que pronuncia as palavras da lei.

3. A aplicação direta dos Princípios Constitucionais e a delimitação da Autonomia da Vontade

A elevação de patamar dos Princípios Constitucionais ao nível de normas, e não apenas normas, mas normas primeiras, normas fundamentais, suscitou grande discussão nas diversas áreas jurídicas, reformulando a forma de pensar o direito. Os princípios de direito, especialmente os constitucionais, ganharam força, superioridade normativa e eficácia, tornado-se vetores do pensamento jurídico.

5.2.8. Em síntese, estava criado o **clima** constitucional propiciador da dicotomia básica princípios/regras (ou princípios/preceitos) e o fato é que, à sua dignidade formal a Constituição adicionou uma dignidade material. E assim recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito, é que ela passou a **ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição. Estrada de mão dupla**, pois o fato é que o reconhecimento da força normativa dos princípios coincide com o reconhecimento da força normativa da Constituição, num crescendo que chega à **superforça** de ambas as categorias.

5.2.9. Por um desses fenômenos desconcertantes que timbram a trajetória humana, se as Constituições padeciam de **subeficácia** pelo seu caráter principiológico, foi justamente pelo seu caráter principiológico em novas bases que elas passaram a se dotar de **supereficácia** normativa. E se aos princípios era recusado o *status* de verdadeiras normas, agora eles se elevam ao patamar de **supernormas** de Direito Positivo. (BRITO, 2003, p. 181)

Essa mudança no raciocínio até hoje faz os autores do direito revisitarem o assunto, a fim de estudar a eficácia normativa dos Princípios Constitucionais, do Código Civil e solucionar o conflito aparentemente constatado.

A colocação da Constituição como fonte do Direito Civil revisa uma idéia reinante no Império Napoleônico, quando o código tinha o monopólio de fonte do Direito Civil. Aquela idéia foi se transferindo à literatura jurídica, atingindo frontalmente o sistema brasileiro. (RAPOSO, 2002, p. 77)

O direito civil possui autonomia, seus próprios princípios, sendo matéria apartada das demais. Contudo, a Constituição de 1988 colocou em xeque essa postura, já que traz em seu bojo normas de direito civil, e sendo reconhecida hierarquicamente superior.

A questão remanescente deste momento é a aplicação direta da Constituição e seus princípios fundamentais nas relações de direito civil. Questão não completamente consolidada, principalmente entre os doutrinadores civilistas.

Há quem diga que a aplicação deva ser direta, tendo a Constituição eficácia plena em todas as relações jurídicas, devendo esta nortear todas as relações.

O pensamento sistemático, na perspectiva civil-constitucional, acaba por ser convocado para justificar a direta aplicação da normativa constitucional nas relações interprivadas, mesmo em espaços jurídicos onde exista o regimento infraconstitucional, gozando de plena validade e eficácia.

[...]

Não sem razão, à luz das premissas que justificam a existência de um sistema civil codificado, unitário e totalizante (e o Código Civil em vigor não logrou superar este estigma), surge a dogmática impossibilidade de serem os princípios jurídicos, e mesmo, as regras constitucionais, diretamente aplicáveis às relações interprivadas. (NALIN, 2006, p. 26-45)

Para outros, contudo, a Constituição serve como orientadora do legislador, devendo este levá-la em consideração na hora de elaborar a lei, e a partir daí a norma infraconstitucional rege plenamente as relações.

Quis o constituinte ampliar o espectro de nossa constituição, exatamente para direcionar, sob sua ótica, o legislador ordinário, impondo-lhe balizas e limites claros, definidos e expressos, sobre diferentes temas de cunho político, social e econômico, a exemplo de outros sistemas ocidentais em que de há muito se têm imiscuído conotações, principalmente sociais, aos esquemas tradicionais, que reduziam à regulamentação da estrutura do Estado e de suas relações com os cidadãos em seu território a temática constitucional.

Essa tendência, que se manifestou em cartas que a antecederam, nas reformas européias, constitui um dos pontos referenciais dos Estados modernos, em que o predomínio do social é o elemento de fundo, nas assim denominadas “democracias sociais”. A “opção pelos pobres”, que serviu de bandeira para a ruptura com o militarismo, inseriu-se nessa filosofia o “Estado individualista” pelo “social”, destinado à obtenção de justiça social. (BITTAR, 2003, p. 19)

Faz-se necessário discriminar a época em que se está discutindo o assunto para verificar a necessidade de se aplicar diretamente a Constituição, antes de qualquer coisa.

3.1 – Os Princípios Constitucionais e o Código Civil de 1916

Na entrada em vigor da Constituição Federal, em 1988, o Código Civil vigente era o de 1916. A discussão possuía maior relevância naquele momento, pois havia uma Constituição em vigor cuja mentalidade era diferente da sustentada pelo então Código Civil.

Indubitavelmente a Constituição Federal tem como objetivo orientar o legislador infraconstitucional, mas não só a ele, como toda a sociedade. A Constituição Federal é o plano diretor do país, ela indica o caminho a ser traçado pela sociedade e principalmente pelo poder público.

Não resta dúvida de que a Constituição, ao entrar em vigor, revogou tacitamente toda norma que fosse anterior e contrária a ela. Portanto, era possível usar do texto constitucional para deixar de aplicar determinada norma e, na lacuna da lei, já que aquela norma havia sido revogada, julgar segundo os Princípios Constitucionais.

Embora houvesse certa resistência esta questão não exigiria sequer a invocação da interpretação tópica para que a viabilização da aplicação direta dos Princípios Constitucionais fosse aceita, tendo em vista que a regra hermenêutica usada para isso é a simples recepção ou não daquele princípio ou regra infraconstitucional. Até o mais legalista dos doutrinadores deveria notar a viabilidade da aplicação da norma pela teoria da recepção.

Ademais, a interpretação tópica ganhou muita força neste período, entre 1988 a 2002, até em virtude da forma como o Código de 1916 foi elaborado, com base em uma Constituição Federal de outra época, sem o caráter social e democrático da Carta de 1988.

O Aplicador da lei deve seguir o pensamento ideológico da Constituição e, conseqüentemente, o da sociedade da época. Não é possível abstrair da realidade e ficar preso em um texto elaborado há tempos, com base em princípios que já foram superados.

Segundo Carlos Alberto Bittar (2003), a interpretação deve perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da Carta, ou seja, em consonância com a sua índole e a natureza de seus comandos, que, pelo porte das mudanças ditadas, impunha a reformulação de todo o direito posto no Código Civil de 1916 e em leis outras de cunho privado, caracterizadas todas por constituírem normas individualistas, paternalistas e não-intervencionistas, inspiradas por idéias ora superadas. Em seu lugar, deverão advir, progressivamente, normas em que a ênfase dos aspectos moral e social, do princípio igualitário e da intervenção supletiva do Estado esteja presente, em consonância com a própria vida da sociedade nessa quadra da história da humanidade.

Segundo ele, era necessário que o nosso legislador retomasse – e definitivamente – a idéia da edificação de nova codificação civil, fazendo-o à luz das diretrizes expostas na Carta de 1988, adequando-se, assim, toda a ordenação jurídica da vida privada a seus cânones (Código e leis especiais). Nessa tarefa, inúmeros reflexos estão-se fazendo sentir no Código Civil, desde a inclusão dos direitos da personalidade em seu frontispício (arts. 11 a 21), à redução do limite da menoridade (art. 5º); à reforma do Direito de Família (arts. 1.511 e ss.); à inserção de elementos morais no âmbito das relações obrigacionais (art. 186); à previsão de mecanismos de intervenção estatal em contratos privados (arts. 157 e 478 a 480); à consagração legislativa do princípio da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), com a teoria da responsabilidade nas atividades perigosas e outras tantas orientações de vulto, modificando, sensivelmente, o alcance dos institutos de direito privado.

Portanto, a aplicação direta dos Princípios Constitucionais não era apenas viável, era necessária, pela valorização do sujeito, da sociedade e da democracia como ideais primeiros da Carta Magna de 1988.

Não se trata de uma crítica ao Código Civil de 1916, mas apenas de uma incongruência entre alguns pontos dele e a Constituição Federal de 1988, incongruências superadas pelo Código Civil que o sucedeu.

3.2 – Os Princípios Constitucionais e o Código Civil de 2002

Contudo, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, esse raciocínio passou a não ser tão fácil, já que o citado código assumiu a função de regulamentar as relações cíveis, de acordo com a Constituição vigente.

O que se deve reconhecer é que existem as duas formas de interpretação, devendo o estudioso e aplicador do direito reconhecer qual é a forma e a intensidade de cada interpretação, se a interpretação direta é benéfica para a Constituição e sua efetividade e também se é benéfica para a população e ao direito como um todo.

Segundo o professor Barroso (2009, p. 106), o objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas que integram a constituição formal e material do Estado. Essa interpretação pode assumir duas modalidades: a) a da aplicação direta da norma constitucional, para reger situação jurídica – por exemplo: a aposentadoria de um funcionário, o reconhecimento de uma imunidade tributária, a realização de um plebiscito sobre a fusão de dois estados etc.; b) ou a de uma operação de controle de constitucionalidade em que se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. No primeiro caso, a norma constitucional incide como qualquer outra, e, se for instituidora de um direito subjetivo, ensejará a tutela judicial, caso não seja cumprida espontaneamente. No segundo a norma não vai reger qualquer situação individual, não vai ser aplicada a qualquer caso concreto, funcionando como mero paradigma em face do qual se vai aferir a validade formal ou material de uma lei inferior.

Indubitavelmente os princípios são normas essenciais, não só para a Constituição Federal, mas para toda lei que deseja cobrir uma gama considerável de relações jurídicas. Nessa ótica os princípios da Constituição Federal ganham maior relevância, pois a Carta Magna foi redigida com o objetivo de direcionar não só o Poder Público, mas em uma tentativa de transformar o país em um lugar mais justo e igualitário. Os princípios indicam direções e sentidos para todo o pensamento jurídico. É muito mais do que uma direção, é um padrão ético, é uma chave.

Surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente meros guias do pensamento jurídico, podendo cedo adquirir o caráter de normas de Direito Positivo.

O princípio normativo – observa, por sua vez, Grabitz – deixa de ser, assim, tão somente *ratio legis* para se converter em *Lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo.

Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: a dos que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *Lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.

Acrescenta o mesmo jurista que os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios ‘abertos’ (*offene Prinzipien*), ao passo que os segundos se apresentam como ‘princípios normativos’ (*rechtssatzförmige Prinzipien*)

[...]

Cotejando os princípios com as normas propriamente ditas, Crisafulli, aquele grande Professor da Itália, assinala que “os princípios (gerais) estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente.

Entende este constitucionalista por princípio “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outra que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”.

Não hesita, a seguir, em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa forma legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento jurídico, constitui norma, aplicável como regra – acrescenta Crisafulli – de determinados comportamentos públicos ou privados.

Proclama em seguida, que todo princípio tem eficácia e que “os princípios são normas escritas e não escritas. Das quais logicamente derivam as normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas”. (BONAVIDES, 2005, p. 272-273)

Nota-se que os Princípios Constitucionais ganharam força, e são realmente uma realidade no mundo jurídico, sendo extremamente úteis na vida do jurista.

3.3 – Os Riscos da aplicação direta dos Princípios Constitucionais

Sendo tão bom, por que ainda se perde tempo discutindo a viabilidade da aplicação dos princípios de forma direta?

Os Princípios Constitucionais, de forma geral, são muito amplos, e podem ser usados de maneira arbitrária. É muito difícil precisar exatamente que a Constituição deseja aquele resultado se o fato ao qual é aplicado o princípio não foi previsto pelo legislador. Ou seja, o princípio foi concebido para indicar a direção da República, e esse princípio é aplicado em um determinado caso que nada tem a ver com aquele ideal republicano que gerou o princípio.

Constata-se, portanto, quatro problemas a serem abordados neste capítulo: Sendo os princípios tão vagos e abrangentes, podem ser aplicados a casos concretos? Em se podendo, como saber qual princípio é ideal ao caso? Sendo a democracia o ponto central da Constituição, podem, os princípios serem aplicados também quando os dois pólos de uma relação são pessoas de direito privado? Em se podendo, há necessidade?

Os princípios, embora sendo vagos e abrangentes, são de extrema importância para a interpretação do caso concreto. De maneira geral o princípio serve de fundamentação para a norma jurídica aplicável ao caso concreto, como o princípio da propriedade privada fundamenta uma reintegração de posse ou o princípio da igualdade fundamenta a divisão de bens entre todos os filhos herdeiros, sem distinção. Nota-se que a utilização dos princípios é salutar para a correta interpretação e compreensão da norma infraconstitucional, reforçando o sentimento de justiça naquela decisão ou entendimento.

Há vezes em que a norma não prevê o caso concreto, e, a analogia e os bons costumes, não dizem muito sobre o assunto, ou mesmo que digam, não resolvem o problema de forma satisfatória. Nesse caso usam-se os Princípios Constitucionais. Parece uma cópia do texto previsto na LICC, mas a importância dos princípios é diferente. Na LICC os princípios gerais de direito seriam a terceira escolha, nesse raciocínio que estamos colocando os Princípios Constitucionais não são usados apenas na integração, mas em conjunto com a norma, não é a terceira opção, é determinante na integração, inclusive fundamentando o eventual uso de uma analogia ou costume, e ainda pode ser usado *contra legem*, ou seja, contra o texto de lei.

Contudo, não é tão simples a aplicação direta dos Princípios Constitucionais contrariando a lei específica. Como se demonstrou e se demonstrará, há autores que defendem a aplicação direta e que defendem a sua não aplicação. No nosso entender a aplicação direta, *contra legem*, deve ser feita apenas em casos manifestamente inconstitucionais, e não em casos em que a opção por um entendimento era razoavelmente do legislativo. Explico.

Os Princípios Constitucionais não podem ser usados como uma forma de manifestar discordância com uma opção legislativa. O judiciário deve respeitar a tripartição de poderes. O que adianta o legislativo elaborar as leis infraconstitucionais e o judiciário julgar de forma diversa baseando-se em princípios? Será que os princípios não foram considerados na elaboração da lei? Será que o legislativo não ponderou os princípios e escolheu aquele mais conveniente para a sociedade vista como um todo e não a partir de um caso levado ao judiciário?

Para Barroso (2009, p. 47-49) contém a Carta uma verdadeira “força geradora” do Direito Privado, destinada tanto ao legislador quanto ao juiz e para os demais órgãos do Estado.

Informa o autor que a posição mais aceita dentre aqueles que negam a proposta de aplicação direta das normas constitucionais, está na sua idéia e “aplicabilidade (somente) indireta”. Ou seja, somente podem ser aplicadas se, concomitantemente, for concretizada uma norma infraconstitucional, mediante a previsão constitucional expressa (regulamentar da *fattispecie* abstrata) ou por força de cláusula geral. Na falta de norma infraconstitucional, a constitucional não pode substituí-la, ou, mesmo, atuar isoladamente.

Sob esses prismas, a opinião que aceita a incidência direta das normas fundamentais à realidade do cotidiano, mas também a inibe, por meio de uma interpretação literal de seus preceitos, em flagrante espírito restritivo, parece ser pior, do ponto de vista da sinceridade hermenêutica, do que aquela outra posição negativadora das normas constitucionais.

Para o autor, resta patente a opinião sobre a plena, irrestrita e incondicionada aplicabilidade da norma constitucional às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes, regramento infraconstitucional aberto às novas tendências sociais.

Aqueles que defendem a aplicação direta dos Princípios Constitucionais com certeza percebem que o princípio democrático deve prevalecer, já que o legislativo é eleito para fazer leis, o judiciário não.

Por vezes, contudo, o legislativo elabora um entendimento manifestamente inconstitucional, impossível de se encontrar uma interpretação convergente com a Constituição Federal, nesse caso o aplicador do direito deve usar os Princípios Constitucionais, utilizando o controle de constitucionalidade difuso, ou eventualmente concentrado.

Deparando-se com esta situação, de ausência de legislação específica ou manifesta inconstitucionalidade, e havendo conflito entre princípios, como deve agir o intérprete? A solução para um conflito aparente de princípios é a proporcionalidade. Esse assunto é pertinente ao presente trabalho, tendo em vista que a Autonomia da Vontade está sempre em conflito aparente com a igualdade real, a sociabilidade, mas é endossado pela livre iniciativa.

O professor Daniel Sarmento (2009, p. 117-129) traz alguns dos perigos enfrentados pelo chamado neoconstitucionalismo e faz três críticas que podem ser levantadas: a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; a de que a preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidade da nossa cultura; e a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. Outras críticas importantes existem, mas essas são as que geram maior apreensão no cenário brasileiro.

Explica o professor que o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.

Segundo ele, esta crítica democrática se assenta na idéia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a

imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.

Ainda sobre a primeira crítica prossegue o autor dizendo que a questão não é apenas de divisão de poder ao longo do tempo. A dificuldade democrática não está tão somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar algumas decisões. O cerne do debate está no reconhecimento de que diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as preferências políticas e valorativas em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt, na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos de hoje.

Sobre a segunda crítica, a de que a preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidade da nossa cultura, o autor fundamenta dizendo que se os princípios não eram tratados como autênticas normas no Brasil, com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos a valorizar decisões principiológicas e desprezar as decisões calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas. Neste contexto os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta e o

segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.

O autor alerta que este cenário é problemático porque um sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.

Quanto à terceira crítica, a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, Daniel Sarmiento fundamenta dizendo que uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A constituição não é vista como uma simples *norma normarum*, cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser vista como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta.

Segundo ele, a constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição e leva ao preenchimento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade. Este é, segundo o autor, um fenômeno

característico da Carta de 88, que se excedeu no casuísmo e nos detalhes, elevando ao seu texto meros interesses corporativos ou decisões de momento, sem fôlego para perdurarem no tempo. A constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional. Aqui, contudo, pode-se discutir até que ponto o fenômeno é legítimo. Alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, por semear o ordenamento com os valores humanitários da Constituição. Porém, deve-se tomar cuidado com as teses extremadas sobre este processo, que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia.

A cautela na utilização dos princípios também é necessária para que se evite o uso dos princípios contra a própria alma da Constituição. Um exemplo bem ilustrativo é o caso reportado pelo professor Luiz Roberto Barroso (2009, p. 179), onde a Suprema Corte Americana usa os princípios para fundamentar a discriminação racial, após citar uma utilização dos princípios de forma correta.

Curiosamente, só voltou a fazê-lo em *Dred Scott vs. Sandford*, julgado em 1857, onde tinha argumentos para deixar de conhecer o caso, mas preferiu pronunciar a mais condenada de todas as decisões do constitucionalismo americano. Nela a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais quanto as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Com isso, a Suprema Corte tomou partido no amplo debate jurídico e econômico que pouco à frente deflagraria violenta guerra civil, e alinou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política.

A partir do exemplo citado acima pode-se concluir que não existe método seguro para a elaboração de decisões justas, o pensamento do aplicador da norma é sempre determinante para o resultado. Não há garantia de que a aplicação direta da Constituição Federal resultará em uma decisão justa.

O que deve ser evitado, como já foi mencionado, é que os princípios sirvam de justificativa para o intérprete fundamentar a não aplicação da lei apropriada ao caso,

usando o ordenamento jurídico a esmo, apenas como justificativa para suas convicções.

Vivendo numa sociedade juridicamente organizada, o jurista sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis, estabelecidas conforme a constituição do país. Nesse contexto, ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar seu raciocínio: o princípio da legalidade. Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ele pode ter dúvidas quanto à legitimidade da ordem jurídica em que vive. Pode por exemplo, segundo um juízo subjetivo, considerar aquela ordem como autoritária, antidemocrática. Para seus objetivos, porém, é preciso encontrar um ponto inegável de partida, que possa ser generalizado. Atém-se, pois, ao princípio. E busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente. (FERRAZ, 2008 p. 69)

3.4 – A Ponderação de Princípios e a Proporcionalidade

Como demonstrado ao longo do trabalho, os princípios são valores e objetivos que regem a Constituição e todo ato proveniente do Estado ou tutelado por ele. Os princípios, contudo, vez ou outra sofrem de um conflito aparente, de certa forma até um antagonismo, como se a existência dos dois fosse antagônica.

Esse conflito de princípios é, porém, apenas aparente, tendo em vista que de certa forma todos os princípios carregam em seu bojo um ideal de uma sociedade democrática, justa e igualitária.

Os princípios colidem por fazerem parte de todos os ramos da vida e comunidade, havendo sempre o conflito de direitos embasados em determinados princípios.

Quando isso ocorre o aplicador da lei deve usar os princípios da proporcionalidade e ponderar os princípios a fim de alcançar uma decisão mais justa e razoável para o caso.

É de perceber que se fez referência a sopesar em busca da justiça no caso; às vezes casos semelhantes podem ter soluções diversas porque em um caso um princípio deve ser resguardado e no outro caso o segundo princípio deve ser resguardado.

O exercício da ponderação de princípios ficará mais claro no último capítulo, quando se fará uso de casos práticos para demonstrar o raciocínio.

Para Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 34-35) a solução de colisões entre princípios não exige a declaração de invalidade de nenhum deles e também não é possível que se fale que um princípio institui uma exceção a outro. Como Alexy ressalta, nos casos de colisão entre princípios, o que se exige é a definição de relações condicionadas de precedência. Essa diferença decorre da estrutura dos princípios, que são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, eles exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, mas sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. “Condições jurídicas”, aqui, expressam a possibilidade de colisão com outros princípios, o que poderá limitar, no caso concreto, a realização de um ou mais princípios de forma parcial ou total. E, mesmo havendo colisão, ao contrário do que ocorre com os conflitos entre regras, nenhum dos princípios será declarado inválido. Necessário será, ao contrário, um sopesamento entre os princípios colidentes para que se decida qual deles terá preferência, que valerá, enquanto precedência condicionada, apenas para aquele caso concreto. Assim, não se pode dizer que houve a instituição de uma cláusula de exceção, porque quando isso acontece, no caso das regras, a exceção é sempre a mesma e vale para todos os casos de aplicação daquelas regras.

Segundo ele, no caso das colisões entre princípios, portanto, não há como se falar em um princípio que sempre tenha preferência em relação a outro. Se isso ocorrer, não se estará diante de um princípio – pelo menos não na acepção de Alexy. É por isso que não se pode falar que um princípio *P1* sempre prevalecerá sobre o princípio *P2*, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio *P1* sobre o princípio *P2* diante das condições *C*.

Pode-se perceber claramente que a proporcionalidade deve ser encarada como a adequação dos princípios para cada caso, não sendo possível dizer que um princípio é importante e outro não, ou dizer que no conflito sempre um princípio prevalece perante outro. A ponderação é tópica, válida apenas para o caso, embora o raciocínio possa se repetir em outros casos.

Contudo nem todos os doutrinadores estão tranquilos com relação ao que foi exposto acima. A ponderação é exercida de forma pessoal, impossível de se ter um controle sobre o resultado que gerará esse exercício. Por isso diversos autores alertam sobre a periculosidade do método.

Para o Professor Dimitri Dimoulis (2006, p.178-192) a atribuição de caráter aberto e principiológico à proporcionalidade, por muitos doutrinadores, explica, em grande parte, o interesse da doutrina e jurisprudência contemporânea em muitos países pela idéia. Em primeiro lugar, quando se indaga sobre as razões do “sucesso” acadêmico e forense da proporcionalidade, chega-se logo à sua caracterização como uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional. Além disso, o caráter principiológico permite a adaptabilidade a situações concretas, isto é, as mudanças nas formas de justificação e nos resultados, mesmo no interior do mesmo ordenamento jurídico.

Segundo ele, por essas razões a proporcionalidade é estudada com predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que consideram que o emprego de técnicas “abertas” de ponderação permite aumentar a intensidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas.

A proporcionalidade, segundo Dimoulis, deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador. Trata-se do limite material por excelência imposto ao poder do Estado de restringir a área de proteção de um direito fundamental. A determinação da inconstitucionalidade da ação do legislador não pode se limitar a critérios formais, sob pena de perda da concretude e da utilidade de seu vínculo aos direitos fundamentais. Sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.

Portanto, para ele a proporcionalidade não é analisada e nem deveria ser entendida no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais como uma regra de prudência, de “ponderação”, de reciprocidade, de moderação, de “bom senso” ou de equilíbrio, mas tão somente como um instrumento juridicamente equilibrado e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais.

Os limites do exercício da ponderação de princípios são muito difíceis de serem traçados, cabendo ao aplicador da lei usar de extrema cautela. E como se verá à frente, usar a aplicação direta dos Princípios Constitucionais apenas quando for extremamente necessário.

3.5 – A peculiaridade das Relações Privadas

O fato do Direito Civil possuir dois particulares, em regra, nos pólos do conflito dificulta a aplicação direta dos Princípios Constitucionais.

O problema é que quando se procura encontrar um fio lógico e unitário para recortarmos os termos básicos da questão corremos o risco, assinalado por alguns, de nos precipitarmos num verdadeiro “desastre conceitual”. Este alerta exige, pelo menos, que se preste atenção às lógicas escondidas nas várias

culturas jurídicas. Assim, a *Supreme Court* dos Estados Unidos e, em geral, a doutrina norte-americana parecem reconduzir a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma *questão de imputação*. Trata-se de saber se o acto de uma pessoa privada directa ou indirectamente agressor de direitos ou princípios constitucionais pode ser imputado ao Estado. Pergunta-se, na verdade, se um comportamento privado poderá ter a qualidade ou qualificação de *State Action*, ou seja, se ele, de alguma forma, foi imposto através do Estado. A fórmula tabeliônica da doutrina e jurisprudência norte-americanas é sempre esta: "(...) *so that the action may fairly be treated as that of the State itself*".

[...]

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a conseqüência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em “direito de não-liberdade” do direito privado.

[...]

A “constitucionalização do direito civil” e a “civilização do direito constitucional” não dispensam a abordagem de relevantes problemas metódicos como os da unidade da ordem jurídica, da autonomia do direito privado e do direito público, da interpretação do direito privado em conformidade com a Constituição, da aplicação jurídica imediata dos direitos fundamentais pelo juiz e da articulação da observância dos direitos fundamentais com a ordem pública. (CANOTILHO, 2001, p. 109-115)

O professor Canotilho fundamenta a impossibilidade, ou pelo menos a dificuldade, de se aplicar diretamente os Princípios Constitucionais baseando-se em um argumento publicístico, dizendo que os direitos fundamentais, e conseqüentemente os princípios, são baseados em uma defesa do indivíduo contra o Estado, ou seja, defende a democracia em detrimento da opressão. O que é uma posição muito consistente, de certa forma endossada pelo ministro Carlos Ayres Brito (2003, p. 186).

5.4.10. Que o fechamento deste tópico seja a afirmação de que a teoria constitucional já dispõe de todos os elementos lógicos para reconhecer até mesmo uma tríplice – e não apenas dúplice – centralidade: a Democracia está no centro dos princípios constitucionais, tanto quanto os princípios constitucionais estão no centro da Constituição e a Constituição está no centro do sistema jurídico.

Como as ações cíveis, em geral, compreendem dois particulares, é difícil, não impossível, a aplicação direta da Constituição Federal por tratar-se de direito das partes. Fazer o Estado suportar um determinado ônus é mais fácil do que fazer um particular suportar um ônus além daquele legalmente previsto, correndo o risco de desfigurar o princípio da igualdade na tentativa de implantá-lo.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 133) os destinatários das normas sobre direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos do direito privado. Em conformidade só se deveria falar de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem contra os sujeitos de direito privado como destinatário da norma. A imediata vigência dos direitos fundamentais, segundo ele, nada tem a ver com a eficácia imediata em relação a terceiros.

Contudo, completa o autor, a circunstância de, não obstante, os direitos fundamentais exercerem efeitos sobre os sujeitos de direito privado explica-se a partir da sua função como imperativos da tutela. Pois o dever do Estado de proteger um cidadão perante o outro contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também ao nível do direito privado.

Ciente das minúcias do direito civil e dos valores constitucionais, o legislador civil elaborou o Código tomando certas precauções, motivo pelo qual os Princípios Constitucionais devem ser aplicados em comunhão com a normativa civil, visando sempre a harmonia dos diplomas legais, e não a supressão de um ou de outro.

Isso se fundamenta tendo em vista que o Código Civil possui dispositivos que estão de acordo com a nova hermenêutica, adotando cláusulas gerais que abrem espaço para a interpretação a partir dos Princípios Constitucionais, sem a necessidade de suprimir a norma infraconstitucional, mas aproveitá-la e potencializá-la com tais princípios.

Para Francisco Amaral (2006, p. 52-60) o Código Civil apresenta-se como um sistema aberto e flexível, no sentido de incompleto, mutável e evolutivo, graças aos princípios,

cláusulas gerais e conceitos indeterminados que enriquecem a sua estrutura. Isso implica mudanças na metodologia da realização do direito civil, que, da concepção tradicional de interpretação jurídica, tinha por objeto as normas do texto legal, a caracterizar um sentido hemenêutico-positivista, passa a ter um sentido prático-normativo. A interpretação jurídica deixa de ser uma simples hermenêutica do texto legal para transformar-se numa atividade prático-criativa do direito a cargo do jurista intérprete.

Segundo ele, o Código Civil orienta-se pelos princípios gerais de socialidade, da eticidade e o da operabilidade, e seus institutos básicos, por princípios institucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da autonomia privada, o da boa-fé, o da equidade, o da função social do contrato, o da função social da propriedade. Desse modo, o novo Código confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto em conformidade com valores éticos.

Indica o autor que a referência a este princípio pelo legislador demonstra a sua não aceitação do dogma da plenitude da ordem jurídica, vendo-a como um sistema aberto, flexível e lacunoso, donde a necessidade de recurso à integração e a conseqüente importância dos princípios jurídicos. Mas o significado desse princípio jurídico é mais extenso, não se limita à crítica da sistematicidade lógico-formal típica do positivismo. Fundamenta ele, também, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base da ética de todo o direito obrigacional, o que aproxima do princípio da boa-fé, no sentido ético, objetivo.

Conclui que dessa opção metodológica do legislador resulta conceder-se larga margem de criação ao intérprete para determinar a norma jurídica adequada ao caso concreto, influenciando-se reciprocamente doutrina e prática, a revelar um processo de juridicização do direito, no sentido de se reconhecer, no juiz, grande poder e maior responsabilidade no processo interpretativo e criativo do direito. Os princípios, que dão flexibilidade ao sistema e liberdade ao intérprete, exigem, em contrapartida, do jurista,

advogado e magistrado, grande preparo e responsabilidade no processo de nomogênese jurídica.

3.6 – Os benefícios de se interpretar o Código Civil e a Constituição de forma harmônica

Deve-se, no entanto, interpretar o Código Civil à luz da Constituição, o que é diferente de aplicar diretamente a Constituição.

O enfoque interpretativo da Carta, conseqüentemente, há de ser outro. É uma efetiva mudança de atitude, pois “[...] deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)”. A suma divisão do Direito, nos seus ramos do Público e Privado, tornou órfãos os civilistas do país do constitucionalismo moderno, por conta de que pouca ou nenhuma importância está sendo atribuída ao princípio (constitucional) da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, de relevante significado no cenário geral da interpretação das leis, na medida em que a presença da Constituição se torna cada vez mais evidente na solução das questões jurídicas. (NALIN, 2006, p. 38)

O autor acima defende a interpretação do Código Civil à luz da Constituição, contudo, como visto anteriormente, o mesmo defende a aplicação direta de Princípios Constitucionais, suprimindo a norma infraconstitucional, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002.

Interpretar o Código Civil segundo a Constituição é identificar na norma civil a direção constitucional, e não suprimir a norma cível em razão de determinado princípio, sem que haja verdadeiramente necessidade de fazê-lo.

Os Princípios Constitucionais, por serem amplos, impessoais e gerais, muitas vezes entram em conflito entre si, optando o constituinte por permitir que o legislador infraconstitucional dose a aplicação destes princípios.

Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)”. Juridicamente,

segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. Ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência pode se resolver de forma contrária.

Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um **peso** diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (BONAVIDES, 2005, p, 279-280)

Dessa forma, para minorar os riscos citados neste trabalho, é importante que o aplicador da lei e o estudioso do direito tenha o cuidado de aplicar a Constituição Federal de forma direta, mas buscar o respaldo ou pelo menos não ferir o Código Civil, a não ser que esse seja omissivo. Nesse caso os Princípios Constitucionais devem ser usados a fim de prover a solução mais justa ao caso concreto, prestando o juiz o seu dever de solucionar a lide usando o Princípio, a ponderação e a razoabilidade.

3.7 – O peso da Autonomia da Vontade na Ponderação

Um artigo muito citado para fundamentar o interesse social, em detrimento da Autonomia da Vontade, é o artigo 170 da Constituição Federal, que ressalta a valorização do trabalho, a livre iniciativa, a existência digna, a justiça social, e posteriormente elencará princípios para a ordem econômica.

A Autonomia da Vontade é, portanto, um dos princípios valorizados pela carta magna, devendo ele ser interpretado em harmonia com os demais princípios elencados.

Para Francisco Amaral (2006, p. 348), quanto à importância do tema e do seu estudo, a autonomia privada constitui-se em categoria lógica e princípio fundamental do direito

civil e do direito constitucional (na versão da liberdade de iniciativa econômica), e também em categoria histórica e dogmática, consagrada que foi como expressão da liberdade individual, especialmente em matéria de contratos. E, se por um lado, a tão falada crise do direito a afeta, não só quanto à sua própria existência, mas também quanto à própria eficácia e limites, devido à crescente intervenção do Estado no domínio privado, por outro lado, reafirma-se a sua importância e função com o “recrudescimento da mística contratual” e o uso crescente do negócio jurídico como instrumento de sua realização e ainda como faculdade de instituir juízo arbitral para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996).

Como já foi dito anteriormente, o Código Civil vigente contemplou os Princípios Constitucionais, mensurando em cada situação qual deles deveria prevalecer, adotando inclusive cláusulas abertas, para que o aplicador da lei possa avaliar a solução mais justa para o caso.

Em alguns casos, porém, é possível suscitar um princípio diverso daquele escolhido pelo legislador. Optamos por usar um exemplo do direito de família, onde este conflito é claro e, a partir daí, retornaremos aos contratos para que a linha de raciocínio possa prosseguir.

A Constituição Federal consagra o princípio da igualdade¹, atribuindo à união estável, no parágrafo terceiro do artigo 226², o *status* de família, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Contudo, em alguns casos, a legislação civil trata de modo diverso o casamento e a união estável. Tem sido sustentado por ilustres juristas que essa distinção é

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

inconstitucional. A diferença de tratamento tem como objetivo, exatamente, o incentivo à conversão da união estável em casamento.

Não temos o objetivo de avaliar se a decisão do legislador foi correta ou não, mas aqueles que pregam a restrição da Autonomia da Vontade em detrimento do bem coletivo, social, não pode sustentar que a opinião pessoal deva prevalecer sobre a opinião do legislador.

A intenção não é pregar o positivismo nos termos de Kelsen (2003) abstraindo o fato concreto e aplicando a lei, mas deve-se considerar a lei como norte das decisões judiciais. A lei não teria nenhuma validade se todos os operadores do direito dotados de retórica pudessem inverter a aplicação da norma da forma que lhe fosse conveniente.

Como já tivemos oportunidade de explanar, se o legislador fez uma opção ela deve ser respeitada. Claro que se deve buscar a justiça, não a justiça individual, mas a justiça coletiva, e isso em todos os ramos do direito. A justiça social não se faz apenas em casos isolados, mas ela se revela em cadeia. O aplicador do direito, muitas vezes, procura o bem das partes e se esquece do bem comum. Se o princípio constitucional tende a diminuir o bem individual e priorizar o bem comum, isso deve ser feito de forma sistêmica, para que finalisticamente a sociedade seja beneficiada.

Retornando ao caso da união estável. Talvez, para o aplicador da norma, o mais justo, ao se deparar com um caso de união estável, seria aplicar a norma referente ao casamento e não a norma referente à união estável. Contudo, se a norma cível que regula a união estável cair em desuso, o incentivo constitucional absorvido pelo legislador civil para a conversão da união estável em casamento torna-se ineficaz. Daí se teria a propagação cada vez maior da união estável em detrimento do casamento que socialmente é mais benéfico, reconhecido constitucionalmente. Portanto, o que seria um incentivo para a conversão da União Estável em casamento se torna uma medida ineficaz.

É possível verificar, portanto, que a aplicação direta de Princípios Constitucionais pode tornar ineficazes outros desejos constitucionais.

Esse raciocínio não se aplica apenas ao caso supracitado, deve ser feito, também, sempre que se objetiva proteger a parte mais fraca de uma relação. Muitas vezes, na ânsia de proteger o hipossuficiente, o legislador ou aplicador da lei, impõe mais ônus para o mesmo. Parece contraditório, mas, por ser o tutelado a parte mais fraca da relação, é ele, em última instância, quem arca com o ônus imposto à outra parte. Esse raciocínio é importante para que se demonstre que, muitas vezes, o desejo de proteger pode acabar desprotegendo, por via reflexa.

Chamamos a atenção para o fato de que o desejo de que sejam aplicados diretamente os Princípios Constitucionais, no intuito de restringir a Autonomia da Vontade, pode ser feito o mesmo raciocínio de forma reversa, sendo feito para proteger a autonomia individual.

A Autonomia da Vontade, sendo reconhecida como princípio constitucional, deve ser aplicada em harmonia com os demais princípios e não de forma hierarquicamente inferior, como citado abaixo:

Os direitos individuais homogêneos são aqueles em que se identifica um grupo de pessoas que são titulares do mesmo direito. Individuais, mas homogêneos, no sentido de que várias pessoas têm o mesmo direito.

Os direitos coletivos pertencem a categorias, em que não se podem identificar as pessoas, mas a categoria que pertencem.

Os direitos difusos são aqueles em que não se podem identificar pessoas ou categorias a que pertence este direito. Eles são de qualquer pessoa. Como o direito ao meio ambiente.

Nos contratos, na hipótese de conflito entre o direito individual e qualquer destes direitos, deverá prevalecer o sentimento mais geral, independente do direito individual. (RAPOSO, 2002, p. 85)

A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, de junho de 1993, revelou que os direitos fundamentais são “universais,

indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, sendo equivocada a hierarquização dos direitos individuais, coletivos e difusos.

O destaque dos elementos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados.

Assim é que mecanismos especiais de controle e de fiscalização por parte do Estado serão postos à disposição dos necessitados e dos lesados na órbita jurídico-privada; a institutos clássicos de defesa de interesses individuais juntar-se-ão outros de caráter coletivo, com o reconhecimento de direitos e entidades e a sindicatos; aos instrumentos tradicionais de postulação e de garantia de direitos outros se acrescentarão, permitindo a interferência de particulares no processo legislativo e, mesmo, judicial; da função social da propriedade, e nos limites traçados em seu contexto poderá obter-se distribuição mais equitativa das riquezas, sanando-se injustiças no uso de terras e outros reflexos daí decorrentes. (BITTAR, 2003, p. 27-28)

Tem-se, portanto, que a harmonização dos direitos e interesses individuais e coletivos, é o objetivo da Constituição e sendo esta a tarefa do legislador, harmonizar a norma infraconstitucional com os dizeres da Constituição.

Isso não significa que a Constituição deva ser desconsiderada na aplicação da norma no caso concreto, muito pelo contrário, ela é fundamental na interpretação do Código Civil. Trata-se de interpretação conjunta, e não de supressão da norma infraconstitucional. Interpretar o Código Civil à luz da constituição é ver o princípio da transparência e da solidariedade no da boa-fé objetiva; é ver o bem comum a partir da função social do contrato; é utilizar as ferramentas do Código Civil para alcançar os fins da Constituição.

Se o raciocínio adotado pelo pós-positivismo é o de pensar o problema, de não usar uma espécie de hermenêutica, mas o pluralismo, estudar cada caso. Se em outras áreas do direito, ou mesmo no direito civil de outros países, se justifica esta verticalização do direito, aplicando-se diretamente os Princípios Constitucionais, suprimindo a norma cível, com relação ao Código Civil vigente essa afirmação não é tão

simples. Como analisamos o dispositivo infraconstitucional possui meios de solucionar os conflitos, permitindo a harmonização entre a Constituição e o citado código, e, portanto, a interpretação deve ser feita de forma que Código Civil e Constituição caminhem juntos, e não que se contraponham.

Vemos, portanto que a aplicação direta da Constituição deve ser feita de forma cautelosa e que o Código Civil trouxe em seu bojo armas para a solução dos problemas em conformidade com a Constituição.

Não é necessário romper com os paradigmas antigos, de forma abrupta, para se alcançar a modernização do direito. Posteriormente trataremos sobre a relação da Autonomia da Vontade com os outros princípios, de ordem constitucional e civil, e notar-se-á que os princípios se enriquecem na mesma proporção que se restringem. Restringem-se por serem um o limite do outro, por ser o bem social diferente do bem individual, muitas vezes até opostos.

Enriquecem-se porque muitas vezes o social e o individual se convergem, a Constituição Federal e o Código Civil dizem a mesma coisa, não com a mesma palavra, mas com o mesmo sentido. Os princípios presentes no Código Civil são simplesmente reflexos daqueles garantidos na Constituição Federal, como se verá mais adiante.

O leitor mais desatento poderia ter dificuldade de identificar a posição adotada com relação à aplicação direta dos Princípios Constitucionais, pelo fato de se trazer argumentos favoráveis e desfavoráveis ao neoconstitucionalismo.

A verdade é que se aceitou a premissa, admitiu-se a aplicação direta, a relevância dos princípios, mas também admitiu-se que podem acontecer abusos e que a legislação infraconstitucional também deve ser preservada.

Comunga-se com a opinião de Daniel Sarmiento (2009, p. 132), de assumirmos o neoconstitucionalismo se for pensado como uma teoria constitucional que, sem

descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

4. Autonomia da Vontade e Cidadania

A idéia de Cidadania está freqüentemente ligada ao direito público, e à idéia de Autonomia da Vontade ligada ao direito privado.

Contudo, vê-se que esta dicotomia não é verdadeira. Obviamente a cidadania é fortemente ligada ao direito público, à conquista dos direitos civis, políticos, sociais e metaindividuais, à conquista de democracia, ao reconhecimento dos cidadãos como pessoas de direito, pessoas dignas, com participação política, econômica, à igualdade ainda que formal e à busca da igualdade real.

A Autonomia da Vontade está intimamente ligada ao direito privado, à autonomia das partes, à contratação, à idéia de autodeterminar-se em igualdade com outros sujeitos, mas os dois ramos se convergem, extrapolando a dicotomia tradicional.

Vê-se o caráter social do direito privado atuante nas legislações vigentes, como o direito do trabalho, o Código de Defesa do Consumidor, diplomas pertencentes anteriormente ao Direito Civil, regidos por ele ainda que subsidiariamente, mas autônomos em sua aplicação e estrutura. É o direito privado rico em direito público, ou o direito público retomando o que era exclusivamente privado.

Não é só neste ponto se vê o casamento dos dois direitos, mas no próprio código civil é possível ver o caráter social, reconhecendo a importância pública do direito privado.

No século XIX o Código Civil tinha a pretensão e função de normatizar todas as relações jurídicas entre os indivíduos. A partir do pós-guerra a Constituição Federal passa a ter, pela doutrina, a força para unificar o direito, fazendo com que as decisões e políticas públicas converjam para um mesmo ideal, passando o Código Civil a ser apenas mais um diploma legal.

Dessa forma, o direito público, apoiado na Constituição, se irradiou por todo o ordenamento jurídico, sepultando de vez a antiga dicotomia direito público-privado

A Cidadania e a Autonomia da Vontade se ligam pela história. É impossível falar de cidadania sem falar de liberdade, liberdade negocial, sujeito de direitos e deveres, a personificação do ser humano. A Autonomia da Vontade está significativamente ligada ao sujeito e sua emancipação pela cidadania.

A Autonomia da Vontade está intimamente ligada à idéia de sujeito, e não um sujeito em uma massa, mas um sujeito capaz de se diferenciar por sua personalidade e conquistas individuais. A cidadania não deve ser apenas uma forma de beneficiar o social, mas uma forma de permitir ao cidadão lutar pela sua individualidade em benefício do coletivo.

Esta idéia parece liberal em uma primeira visão, como se fizéssemos menção à mão invisível do Estado, mas vê-se que a intenção é a preservação também do coletivo. A presença do Estado como corretor de abusos, como se fosse um árbitro esportivo, permitindo a criatividade individual e pune os abusos pelo bem do espetáculo.

O professor Boaventura de Souza Santos (1997 p. 238-240) indica em três momentos diferentes a relação entre subjetividade, da qual boa parte é representada pela Autonomia da Vontade, e cidadania.

Em primeiro lugar, o princípio da subjectividade é muito mais amplo que o princípio da cidadania. A teoria liberal começa por teorizar uma sociedade onde muitos - no início, a maioria - dos indivíduos livres e autônomos que prosseguem os seus interesses na sociedade civil não são cidadãos, pela simples razão de que não podem participar politicamente na actividade do Estado. As sociedades liberais não podem ser consideradas democráticas senão depois de terem adoptado o sufrágio universal, o que não acontece senão no nosso século e, na maioria dos casos, já com o século bem adentrado (sem esquecer o caso da Suíça, onde as mulheres só adquiriram o direito de voto em 1971)

Em segundo lugar, o princípio da cidadania abrange exclusivamente a cidadania civil e política e o seu exercício reside exclusivamente no voto. Quaisquer outras formas de participação política são excluídas ou, pelo menos,

desencorajadas, uma restrição que é elaborada com sofisticação particular na teoria schumpeteriana da democracia. A redução da participação política ao exercício do direito de voto levanta a questão da representação. A representação democrática assenta na distância, na diferenciação e mesmo na opacidade entre representante e representado. Kant, no *Projecto de Paz Perpétua*, de 1795 (1970: 1º artigo definitivo), definiu melhor que ninguém o carácter paradoxal da representação democrática ao afirmar que a representatividade dos representantes é tanto maior quanto menor for o seu número e quanto maior for o número dos representados. Pela própria natureza desta teoria da representação e também pela interferência dos interesses próprios dos representantes, como é hoje comumente reconhecido pela teoria política, o interesse geral não pode coincidir, quase que por definição, com o interesse de todos.

[...]

A relação entre cidadania e subjectividade é ainda mais complexa. Para além das idéias de autonomia e de liberdade, a subjectividade envolve as idéias de auto-reflexividade e de auto-responsabilidade, a materialidade de um corpo (real ou fictício, no caso da subjectividade jurídica das "pessoas colectivas"), e as particularidades potencialmente infinitas que conferem o cunho próprio e único à personalidade. Ao consistir em direitos e deveres, a cidadania enriquece a subjectividade e abre-lhe novos horizontes de auto-realização, mas, por outro lado, ao fazê-lo por via de direitos e deveres gerais e abstractos que reduzem a individualidade ao que nela há de universal, transforma os sujeitos em unidades iguais e intercambiáveis no interior de administrações burocráticas públicas e privadas, receptáculos passivos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho, de estratégias de consumo, enquanto consumidores, e de estratégias de dominação, enquanto cidadãos da democracia de massas. A igualdade da cidadania colide, assim, com a diferença da subjectividade, tanto mais que no marco da regulação liberal essa igualdade é profundamente selectiva e deixa intocadas diferenças, sobretudo as da propriedade, mas também as da raça e do sexo que mais tarde vão ser os objectos centrais das lutas igualitárias.

Esta tensão entre uma subjectividade individual e individualista e uma cidadania directa ou indirectamente reguladora e estatizante percorre toda a modernidade.

Neste primeiro momento o autor mostra o liberalismo, reconhecendo a subjectividade, mas ainda carente em relação à cidadania.

Este ponto, narrado pelo autor, é uma das conquistas da cidadania, o reconhecimento dos direitos civis e da subjectividade, ainda que temporariamente fosse só para alguns.

O segundo momento reconhecido pelo autor é a supressão da cidadania e subjectividade, por consequência da Autonomia da Vontade, no marxismo.

A verdade é que, mesmo que se tivessem cumprido todas as previsões de Marx, restaria sempre a irredutibilidade da subjectividade individual à subjectividade colectiva e consequentemente faltariam sempre à teoria marxista as instâncias de mediação entre ambas. (SOUZA SANTOS, 1997 p. 242)

Vê-se, mais uma vez, a relação estrita entre a cidadania e o tema abordado por este trabalho, sendo mais uma vez ressaltada a idéia de que a Autonomia da Vontade é, sim, um dos pontos basilares da democracia e da cidadania. Do mesmo modo que o Estado deve proteger os cidadãos contra as lesões civis, deve também este Estado Democrático permitir o livre exercício da liberdade negocial, desde que atenda os interesses públicos e individuais.

Não basta que uma atividade seja benéfica ao coletivo e não ao individual, da mesma forma que o coletivo não pode ser prejudicado pelo bem individual.

Segundo Marshall, na linha da tradição liberal, a cidadania é o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade política e afere-se pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz. A cidadania não é, por isso, monolítica; e constituída por diferentes tipos de direitos e instituições; é produto de histórias sociais diferenciadas protagonizadas por grupos sociais diferentes. Os direitos cívicos correspondem ao primeiro momento do desenvolvimento da cidadania; são os mais universais em termos da base social que atingem e apóiam-se nas instituições do direito moderno e do sistema judicial que o aplica. Os direitos políticos são mais tardios e de universalização mais difícil e traduzem-se institucionalmente nos parlamentos, nos sistemas eleitorais e nos sistemas políticos em geral. Por último, os direitos sociais só se desenvolvem no nosso século e, com plenitude, depois da Segunda Guerra Mundial; têm como referencia social as classes trabalhadoras e são aplicados através de múltiplas instituições que, no conjunto, constituem o Estado-Providencia. (SOUZA SANTOS, 1997 p. 243-244)

Mais uma vez o autor trata da cidadania como fator de convergência à subjectividade e à liberdade individual, inclusive de natureza negocial. Tanto que posteriormente ele demonstra que para Foucault não há tensão entre cidadania e subjectividade, demonstrando o que estamos afirmando neste capítulo.

Para Foucault, não há tensão entre cidadania e subjectividade porque a cidadania, na medida em que consistiu na institucionalização das disciplinas, criou a subjectividade a sua imagem e semelhança. A subjectividade é a face individual do processo de normalização e não tem existência fora desse

processo. O sujeito e o cidadão são produtos manufacturados pelos poderes-saberes das disciplinas. É com base nesta ideia que Foucault se recusa a atribuir ao Estado um lugar central no processo histórico de dominação moderna. De facto, segundo ele, o poder jurídico-político sediado no Estado e nas instituições não tem cessado de perder importância em favor do poder disciplinar. A cidadania é, pois, para Foucault, um artefacto deste poder mais do que do conjunto dos direitos cívicos, políticos e sociais concedidos pelo Estado ou a ele conquistados. (SOUZA SANTOS, 1997 p. 246-247)

Tendo sido demonstrada a convergência entre subjetividade e cidadania, resta localizar a Autonomia da Vontade como parte integrante da cidadania.

5. A Socialização do Direito Civil

O Direito Civil, embora não pareça, é extremamente vanguardista. As grandes transformações na sociedade e no direito começam pelo Direito Civil. Esse pioneirismo do Direito Civil não é aparente por possuir, o Direito Civil, princípios milenares, como o da Autonomia da Vontade, e normas ainda provenientes do direito romano, como boa parte do direito das obrigações.

Os ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade foram baseados no desejo de possuir liberdade contratual, igualdade formal e propriedade privada. O movimento filosófico da época dava total autonomia ao direito civil, consolidando os direitos de propriedade e livre comercialização, além da consolidação da família burguesa.

Para Ana Prata (1982, p. 7) a análise do conceito de autonomia privada e a sua história revelam inequívoca ligação deste conceito com os de sujeito jurídico e de propriedade. Dessa ligação, certamente recíproca, se procurará dar, sinteticamente, conta antes de serem tratados a extensão e o conteúdo da autonomia privada, historicamente marcados pelo fluir da realidade apreensível e que nesse conceito é formalizada. Há que observar que sujeito jurídico, propriedade e autonomia privada não são conceitos universais: eles pertencem ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade: reivindicando a posse, ou afastando judicialmente as turbações na posse do bem, a pessoa a quem esse bem foi atribuído surge como capaz de realizar atos produtores de efeitos jurídicos. Mas porque só a ela foi repartida-atribuída a posse de certa terra, só ela pode praticar esses atos que à terra respeitam e que produzem efeitos jurídicos.

O movimento socialista foi baseado no fim da propriedade privada, na igualdade formal e no fim da circulação de mercadoria. Vê-se que a alteração na sociedade seria

essencialmente no direito civil. Obviamente que os direitos constitucional, administrativo e penal sofreriam grande alteração, mas o primeiro direito atingido seria o civil. O movimento marxista objetiva, segundo Naves (2000, p. 18) ver que a “desmontagem” do aparelho conceitual pachukaniano remete para a constituição de uma ideologia que reconstrói todas as figuras do direito e estabelece o princípio “democrático” do império da lei como princípio supremo da sociedade “sem classes”. Que a ideologia jurídica possa ter tomado o lugar do marxismo, não nos deve surpreender. Pois, como lembra Bernard Edelman, tal como é o sonho da burguesia que o capitalismo seja uma vez por todas garantido pelo direito, assim também este “socialismo” sonha ter no direito a sua eterna garantia.

O movimento social ao qual já se faz referência, bem como o movimento neoliberal, pregam uma intervenção estatal nas relações privadas e no direito do indivíduo, o que inevitavelmente seria a intervenção estatal nos contratos e na propriedade. Vê-se, portanto que o direito civil é de tal importância para a sociedade que todas as mudanças estruturalmente relevantes na sociedade e no direito começam pelo direito civil.

Isto posto, cabe salientar que o direito tem sofrido um fenômeno de profundas mudanças, sentidas no direito civil e no princípio da Autonomia da Vontade. A partir desse fenômeno, e da relevância que ele possui, podemos debater questões como a descodificação, funcionalização e despatrimonialização do Direito Civil, bem como a adoção pelo código de cláusulas abertas ou fechadas. Embora pareçam eventos distintos, eles estão intimamente ligados e são efeitos de uma tendência do direito civil atual, que é a costumeirização do direito.

Sabe-se que o Brasil adota o sistema da *civil law*, baseado no direito positivo e na segurança jurídica que este proporciona. O direito anglo-saxão, tradicionalmente *commum law*, é baseado nos costumes e na rápida adaptação do direito ao caso concreto.

O que se está vivendo é a adoção do *civil law* de institutos próprios da *commum law*, e o oposto também ocorre. Os dois principais sintomas dessa costumeirização do direito civil é a adoção de princípios para regular as relações, deixando o direito de prever todas as situações e deixando a cargo do aplicador da norma moldar a dimensão daquela norma a partir do fato concreto. O segundo sintoma está incluído no primeiro é a força normativa da decisão judicial, sendo cada vez mais usada a jurisprudência para embasar decisões do que a própria lei, embora essa ainda seja imprescindível.

Tratar-se-á, portanto, dos temas acima citados, para vermos sua influência sobre o direito positivo e o direito costumeiro.

O evento da descodificação do direito civil passa por duas vertentes. A primeira seria a relativização do Código Civil, para que sejam adotados Princípios Constitucionais, e o segundo seria a migração de conteúdos essencialmente civis para outros códigos, entre eles o código de defesa do consumidor e a CLT.

A ressystematização do Direito Civil, a codificação e a sua descodificação estão intimamente imbricados com a abordagem sistêmica, tendo em vista que o Código Civil – cujo modelo, creio, não superará a razão exegética nele presente – é obra de um sistema jurídico fechado, ao passo que a tônica, agora, é a de um sistema aberto.

[...]

Identifica-se a idéia de sistema fechado com o seu método lógico-dedutivo (juracionalista), enclausurado nele mesmo, sem que outras experiências (jurídicas e metajurídicas) possam renovar suas bases.

[...]

Reflexo da vivida ineficiência contemporânea da codificação de 1916 foi o seu desmantelamento, diluído em leis especiais e microssistemas jurídicos, trazendo à lembrança alguns momentos legislativos, com a CLT, Lei do Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor etc., só para ficar no plano do trânsito jurídico interprivado. Tal processo de esfacelamentos não foi revertido pelo atual Código Civil, pois, ao contrário de uma esperada reunificação do Direito Civil, passou a assumir papel de fonte coadjuvante, com as demais fontes civilísticas já vigentes, incorporando o processo de descodificação. (NALIN, 2006, p. 59-121)

Quanto à não unificação dos microsistemas do direito do consumidor e do trabalho, não quer dizer que o direito civil está descaracterizado, esvaziado. A não reunificação destas outras vertentes do direito apenas fortalece o direito civil, e reconhece esses microsistemas como independentes e com seus próprios princípios e conceitos. O fato de o Código Civil ser aplicado subsidiariamente não descaracteriza a identidade de um e de outro sistema.

Ademais, o fato de o Código Civil ter abarcado a legislação comercial não mudou a distinção de metodologia e trabalho de cada área. O direito civil só se fortaleceu, reestruturando suas relações e tratando de forma mais igual os integrantes das relações civis.

Vê-se, portanto, que a Autonomia da Vontade, ao invés de ter sido extinta, foi reembasada para que possa ser exercida de forma satisfatória, sem o risco de exacerbar as relações jurídicas provocando desigualdades.

A desigualdade presente nas relações de consumo e nas relações de trabalho é patente, sendo de suma importância a proteção dos considerados hipossuficientes. Contudo, tendo essa desigualdade sido minorada, sobra para o Código Civil as relações que não envolvem esses agentes.

É sabido que o código de defesa do consumidor não prevê contratos ou relações específicos, apenas princípios aplicáveis a qualquer relação de consumo. Mas a aplicação desses princípios aos contratos do Código Civil molda essas relações no sentido de torná-las amplamente diversas do que seriam se o Código Civil fosse aplicado diretamente. Por isso referem-se ao direito do consumidor como um novo microsistema.

Estando os contratos trabalhistas regulados pelo direito do trabalho, os contratos administrativos regulados pelo direito administrativo, os contratos de consumo regulados pelo código de defesa do consumidor e os contratos de adesão, que não

sejam de consumo, regulados também pelo código de defesa do consumidor e em dois artigos do Código Civil, restam ao direito civil as relações paritárias, onde a Autonomia da Vontade encontra sua expressão maior.

Portanto, a “divisão” do direito civil em outros microssistemas não o enfraquece, dando-lhe autonomia para regular as relações pelas quais ele foi concebido, tornando-o assim mais forte e mais igualitário.

A funcionalização do direito civil está ligada ao lado social do direito, e é a positivação da supremacia do interesse social sobre o individual. É mais um indício da costumeirização do direito civil. Esse evento consiste na atribuição de uma função social aos institutos de direito civil, como a função social do contrato e a função social da propriedade.

A funcionalização do direito civil objetiva obrigar os atores do direito civil a “usarem suas ferramentas”, ou seja, não é interessante para a sociedade que os institutos de direito civil sejam usados para fins exclusivamente egoísticos, sem que produzam algo relevante para a sociedade.

Para Paulo Nalin (2006 p. 69-248) o sistema aberto não se esgota em si ou nos seus elementos componentes, mas sim, na força jurisprudencial, depreendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos. A justiça só passa a ser social quando se permite ao sistema ser informado com valores como: a dignidade do homem, a busca pela redução da pobreza e das diferenças regionais, a tutela dos hipossuficientes e vulneráveis etc. Ao se cogitar em função social da propriedade se está, do ponto de vista da finalidade do instituto da propriedade, buscando reduzir a pobreza entre os brasileiros e, em última análise, dignificando os favorecidos pela lei, haja vista que não existe dignidade sem um patrimônio mínimo.

Evento semelhante é o da despatrimonialização do direito civil que consiste em dar um valor social, humano e dignificante aos institutos de direito civil, muito mais do que o seu valor exclusivamente patrimonial.

Para ele, quando se faz referência à despatrimonialização do Direito Civil e conseqüente despatrimonialização do contrato, tem-se em vista a renovação dos propósitos do contrato contemporâneo, dentre o que se destaca atenção maior dispensada ao sujeito do que à produção e ao consumo, sem que, com isso se sustente a superação do conteúdo econômico do negócio, mesmo que, minimamente, retratado. E nem poderia ser diferente, pois não se está a tratar do contrato à luz de uma economia planificada, mas sim, em livre mercado, não obstante funcionalizado.

Portanto, o Direito Civil tem se modificado para atender as exigências da sociedade e aos valores e parâmetros instituídos na Constituição Federal.

Todos esses eventos acima mencionados se resumem à adoção, com exceção da descodificação, pelo direito civil, de cláusulas abertas ou fechadas, a fim de evitar a positivação das situações fáticas, mas inserir no código princípios que orientem os aplicadores do direito.

Tem-se notado que a adoção de normas principiológicas abertas tem sido a tendência dos países adotantes da *civil law*, tendo em vista que a previsão legal de todos os eventos fáticos possíveis é inalcançável, sendo a adoção das cláusulas abertas uma solução eficaz para esse problema.

Para Nalin (2006, p. 61) é a constatação de que o sistema jurídico não pode ser encarado fora do contexto de valores materiais e históricos, de nada servindo para a efetividade do ordenamento jurídico as construções meramente abstratas do pensamento. Uma proposta sistêmica de cunho fechado em seus próprios enunciados já deu provas de sua inadequação para a resolução dos casos práticos que a vida oferece, a leitura que parte da jurisprudência faz do princípio da liberdade contratual,

ainda centrada no voluntarismo jurídico, sem que se tenha dado conta de que a condição para o exercício de tal princípio está na funcionalização de seus efeitos, baseado na justiça social (Carta, art. 170, caput).

A doutrina mais refinada também, completa ele, já deu prova da convivência em nosso sistema da controvérsia entre princípios fundamentais, ao tratar do tema do contrato em face da realidade pós-moderna da contratação em massa. A constatação é a de que existem, ao menos, dois modelos amplos de contrato: um primeiro lastreado no voluntarismo jurídico e no dogma da vontade, especialmente presente em relações interprivadas; um segundo, decorrente das contratações de massa, mais freqüente na atualidade, no qual inexistente exercício concreto aparente da Autonomia da Vontade, apesar da formação eficaz de um contrato.

Para Francisco Amaras (2006, p. 72-73) Significativa inovação do Código Civil de 2002 é o enriquecimento de seu sistema normativo com a inserção de variados princípios e regras jurídicas de genérica aplicação, as chamadas cláusulas gerais. Significativa porque exprime um novo pensamento jurídico, pós-positivista, diverso do que orientou a codificação de 1916, contribuindo assim para a reabilitação do direito como ciência prática e realçando a importância da doutrina e a responsabilidade do intérprete na realização do direito.

Cláusulas gerais, completa ele, são proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora. Diferem das regras jurídicas pelo fato de estas contarem com uma estrutura mais precisa, menos vaga. Apresentam certa indeterminação na hipótese de fato, e por isso elas só se compreendem em cortejo com outras realidades normativas. Seriam, assim, regras incompletas, que se concretizam no âmbito dos programas normativos de outras disposições.

Segundo ele, a função das cláusulas gerais seria a de “permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico”, estando presentes nas Constituições, nos Códigos, nas leis especiais, na doutrina, na jurisprudência. No Código Civil brasileiro, dotado de “fórmulas genéricas e flexíveis” ou “modelos abertos”, aptos a permitir a evolução e a obra de interpretação, quer dos autores, quer da jurisprudência, são exemplo de cláusulas gerais os dispositivos que se referem à boa-fé (arts. 113, 187 e 422), aos bons costumes (arts. 13, 187, 1.638, III), ao exercício abusivo de direito subjetivo (art. 187), aos usos do lugar (113), à equidade (arts. 413, 944, 953, parágrafo único), à função social do contrato (arts. 421), à reparação de danos decorrentes de culpa ou risco (art. 186, 927 e parágrafo único).

Como mencionado no início deste capítulo, esses eventos são responsáveis pela costumeirização do direito civil; é a adoção de um método *commum law* em uma legislação essencialmente *civil law*.

A adoção, pelo Código Civil, de normas abertas, principiológicas, sem o compromisso de positivar todas as situações fáticas, possui uma vantagem enorme, que é a rápida adaptação da lei ao caso concreto. Extingue-se o pensamento de que a justiça é o que a norma determina, e faz-se um juízo de valor no caso concreto para que seja solucionado o problema.

Nasce, porém, o problema da imprecisão do legislador, sendo de difícil mensuração do conteúdo da norma. Com o tempo os tribunais superiores uniformizarão o entendimento sobre aquele instituto, seguramente. Mas e os atos praticados até aquele momento, não gozariam da chamada “segurança jurídica”?

Com efeito, as cláusulas abertas, em um país cuja tradição é de normas positivadas, causa um desconforto inicial, uma impressão de insegurança. Mas possuem uma vantagem que é a atualização imediata do ordenamento jurídico sendo atualizado não pela legislação, mas pelo judiciário.

Vê-se claramente, mais uma vez, a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. De fato, naqueles casos onde os conceitos são moldados, a norma retroage a favor de um e contra o outro, já que o entendimento jurisprudencial, que passa a ser muito mais importante, era diverso ou inexistente no momento da prática do ato.

Isso seria um limitador da Autonomia da Vontade contratual? Seria a alegada segurança jurídica essencial para o exercício desse princípio?

Aparentemente não. Pelo contrário, a adoção de cláusulas abertas vem na contramão da tendência de se restringir a Autonomia da Vontade, dando-lhe liberdade para que seja feito o que não contrarie o bom senso, os bons costumes e a ordem pública. Não haveria mais a necessidade de presumir-se nulos ou anuláveis determinados tipos de contrato, bastando que os contratantes demonstrem, em eventual julgamento, que agiram de boa fé e com transparência.

Um caso que exprime tipicamente o que tenta-se demonstrar com a proposta de usar normas abertas para substituir regras é a anulabilidade da compra e venda de pai para filho.

“Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”

É possível neste caso notar que o legislador presume que esta venda será fraudulenta, uma forma de adiantar a herança legítima em favor de um herdeiro e em prejuízo dos demais, dando-lhes o poder de fiscalizar esta compra e venda e denunciar quando forem prejudicados.

Suponha-se que haja um caso em que os irmãos são desafetos, ou ainda melhor, um dos herdeiros mora a mil quilômetros de distância, não tem condições de se deslocar ao local da contratação para convalidar o ato.

O legislador está, na tentativa de proteger o herdeiro, inviabilizando uma contratação legítima, onde o objeto é lícito, a forma prescrita em lei e os contratantes maiores e capazes.

Alguém poderá dizer: Mas o negócio é apenas anulável, podem os dois contratar e posteriormente o herdeiro que não pode se deslocar convalida o negócio.

Na teoria seria possível, mas seria inviável conseguir um financiamento para o bem ou qualquer outro tipo de transação que envolvesse outro agente, pois ninguém se submeteria a se envolver em um negócio que poderia ser anulável.

Ademais, no caso de haver desavença entre os irmãos a contratação não poderia ser convalidada, já que o legislador não exige motivação do herdeiro que não autoriza a realização do contrato.

Em suma, o Código Civil poderia atingir seu objetivo sem sequer incluir o artigo supracitado, bastaria que um dos herdeiros ingressasse com uma ação anulatória caso faltasse algum dos elementos necessários para a realização do negócio, no caso seria a ausência de um preço justo, ou talvez a devolução do valor pago, o que caracterizaria doação, ou qualquer ato que ensejasse a invocação do princípio da boa-fé objetiva.

Este é apenas um exemplo de como podem ser utilizadas as ferramentas trazidas pela Constituição Federal e o Código Civil, sem prever exatamente aquela situação, mas atuando segundo o mais ilibado padrão de justiça, permitindo o negócio jurídico quando justo e protegendo os herdeiros quando necessário.

Outro exemplo que ilustraria a aplicação da norma nos moldes trazidos nesse capítulo seria a anulação de um contrato de locação de um imóvel cujo fim seria o de abrigar uma casa de prostituição.

Imagine que uma pessoa alugue uma casa para instituir um prostíbulo. As partes são maiores, capazes. O objeto do contrato é lícito, uma casa, com habite-se, escritura e tudo mais que for necessário. Com os débitos fiscais em dia. A forma é prescrita em lei, o contrato de aluguel é amplamente celebrado no país.

Até o Código Civil de 1916 seria impossível anular esse tipo de contrato, mas o Código Civil de 2002 trouxe uma ferramenta capaz de anular esse negócio jurídico, mesmo estando perfeitamente preenchidos os requisitos do contrato, trata-se da função social do contrato, um princípio concebido exatamente para inibir o exercício da Autonomia da Vontade de forma lesiva.

O próprio Código Civil, nas suas disposições transitórias fala de anulabilidade dos atos que contrariem a função social do contrato e da propriedade, servindo como embasamento para o fim que citamos há pouco.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

A partir do Código Civil e da Autonomia da Vontade, vê-se uma nova tendência legislativa, sendo natural que, se forem bem aplicadas, as normas abertas já existentes, surjam novas legislações que adotem essa técnica.

Portanto, vê-se que o Direito Civil, de uma forma geral, e a Autonomia da Vontade, em específico, adotaram um posicionamento capaz de trazer ao direito civil uma mentalidade voltada ao social, diferente daquela concepção individualista e patrimonialista que o caracterizou no passado.

Percebe-se que a elaboração de leis como o Código de Defesa do Consumidor, a CLT, a lei de locação, entre outras legislações que privilegiam uma parte da sociedade fragilizada, prioriza a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º da Constituição.

Para Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 35) os Princípios Constitucionais influenciam diretamente o Direito Civil, com uma visão constitucionalizada, inclui a solidariedade social como princípio do Direito Civil, princípio este que busca conciliar as exigências coletivas com interesses particulares. Ao lado de princípios históricos do Direito Civil como Autonomia da Vontade, o Direito Civil no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, vem sofrendo alteração significativa no seu conteúdo valorativo.

Este mesmo professor denomina esse fenômeno de despatrimonialização, isto é, encontra-se no direito civil por limitações de índole pública, uma função social, um cunho de direito submetido a interesses públicos. Os princípios gerais de Direito Civil tem como motor de impulsão uma visão socializada, por conta da Constituição de 1988 (art. 3º, III), visando equilibrar as relações sociais. Ressalta-se a tendência de incluir solidariedade social como princípio do Direito Civil.

Outros princípios da Constituição Federal, que influenciam essa nova fase do Direito Civil Constitucional, segundo Cristiano Chaves, são: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º) e a igualdade substancial (art. 3º e 5º).

Vê-se que o reconhecimento de um novo rumo dado ao Direito Civil, no intuito de socializá-lo, de fazê-lo vivenciar os ideais constitucionais é patente. O que não poderia deixar de ser feito, mas é importante que ressaltemos essa nova visão de Direito Civil para que não usemos como argumento para a Aplicação Direta da Constituição nas Relações Cíveis o fato de eventualmente não ser o Código Civil voltado para a dignidade humana, para o bem social, para o coletivo e para a livre iniciativa e valorização do trabalho.

O que pode sim ser levantado é que o Código Civil não previu todas as situações de desequilíbrio contratual que pudessem ocorrer, como não poderia deixar de ser, que usou ainda muitas regras para disciplinar as relações privadas, mas nunca que não se preocupou com os ideais constitucionais.

Para Francisco Amaral (2006, p. 60-62) os princípios institucionais são os que fundamentam os institutos de direito privado. Nos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana. No direito de família, o princípio da igualdade dos cônjuges (CF, art. 226, § 5º) e o princípio da igualdade dos filhos (CF, art. 227, § 6º). No direito contratual, os princípios da autonomia privada, da Boa-fé, da equidade, da função social do contrato. Nos direitos reais, o princípio da função social da propriedade (CF, art. 170, III).

O princípio da equidade, segundo ele, é um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa à realização da igualdade material. É antes e acima de tudo, um critério de decisão de casos singulares, apresentando-se sob a forma de cláusula geral. A equidade tem função interpretativa, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade para realizar o direito no caso concreto. Tem função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente em matéria contratual, e função quantificadora, como ocorre, por exemplo, no caso de ser critério de fixação de valor de uma indenização. Pode ainda ter função supletiva, como nos casos de compromisso arbitral, quando as partes a elegem como critério de solução. No direito civil brasileiro recorre-se à equidade: a) quando a lei assim determinar (CPC, art. 127), como se faz no Código Civil nos arts. 413 (cláusula penal), 479 (onerosidade excessiva), 944 (responsabilidade civil), parágrafo único do art. 953 (valor da indenização), 156 (estado de perigo); b) quando as partes assim o convencionarem (compromisso arbitral); e c) quando o juiz tiver de decidir com base nas cláusulas gerais e com fundamento no princípio da concretude, do novo Código Civil.

Ainda assim, mesmo que defendamos o caráter social do Código Civil, há quem defenda que ainda é pouco e tardio.

Para Paulo Nalin (2006, p. 81-86) despontam como pontos favoráveis ao atual Código Civil: a inclusão, no renovado capítulo das Disposições Gerais (Dos Contratos em Geral – Título V – Capítulo I – Seção I), da limitação do exercício da liberdade contratual a uma função social do contrato (art. 421); a boa-fé, enquanto princípio geral dos contratos (art. 422), e uma vez incluída nas Disposições Gerais, distanciando-se do modelo corrente que suscita o princípio sob análise, de maneira pontual. Ademais, ainda na linha da boa-fé, reconheceu-se ter ela pluriaplicação na relação contratual, na medida em que se torna exigível sua observância, na dicção imperfeita, pois restritiva da lei, tanto na conclusão quanto na execução da avença.

Mesmo reconhecendo as inovações critica dizendo que, em verdade, as “inovações” trazidas não são renovadoras do pensamento contratual contemporâneo. Comparativamente ao impacto legislativo causado pelo Código de Defesa do Consumidor, este sim, renovador ao relançar não só a boa-fé, mas ainda os princípios da confiança, transparência e especialmente, da equidade, o vigente Código Civil nos traz notas já conhecidas.

Conclui dizendo que, após a carta de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil não chega a inovar, vez que não lança um novo sistema contratual. Em verdade, sua apresentação no cenário jurídico brasileiro foi tardia, sob o prisma do impulso social que uma nova legislação civil pode proporcionar. Em algumas palavras: consolidou conquistas doutrinárias, jurisprudenciais e, sobretudo, constitucionais; logo, não apresentou um novo sistema contratual.

Com efeito, o Código Civil, embora tenha sofrido todas as mudanças citadas neste capítulo e ao longo do trabalho, não apresentou um novo sistema contratual. Foi implantado com pelo menos 20 anos de atraso em relação aos códigos civis ao redor do mundo.

Apesar disso, com as cláusulas abertas disciplinadas, a nova face, voltada para o lado social e a interpretação conjunta e harmônica com a Constituição, oferece ao estudioso e aplicador do direito uma gama de ferramentas até então inexistente no direito brasileiro.

6. Autonomia da Vontade e os outros princípios

O primeiro assunto que deve ser abordado neste capítulo é a classificação dos princípios.

Este trabalho é sobre Autonomia da Vontade e sua delimitação pelos Princípios Constitucionais. Portanto, não cabe dissertar sobre princípios de uma forma geral, mas para fins de definição usar-se-á a do professor Luis Roberto Barroso (2009).

Segundo ele, o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os Princípios Constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os Princípios Constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

O autor elabora um quadro geral dos princípios, classificando os princípios conforme a importância para o ordenamento jurídico. Sua Classificação se resume a Princípios Constitucionais Fundamentais, Princípios Constitucionais Gerais, também se irradia por todo o sistema, mas ele próprio já deriva de outro. E Princípios Específicos ou setoriais, derivam do princípio geral e não se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

À luz dos conceitos gerais expostos acima e com o objetivo de auxiliar o intérprete colocando à sua disposição um catálogo tópico, o autor, esboça um quadro geral dos Princípios Constitucionais brasileiros, tendo como moldura o Texto Constitucional em vigor. A enunciação está longe de ser exaustiva, mas pretende haver captado os mais destacados princípios enquadrados na tipologia aqui delineada: fundamentais, gerais e setoriais.

À vista do direito posto, são princípios fundamentais do Estado brasileiro, segundo o autor, os seguintes:

- Princípio republicano;
- Princípio federativo;
- Princípio do Estado Democrático de direito;
- Princípio da separação de Poderes;
- Princípio presidencialista;
- Princípio da livre iniciativa e valorização do trabalho.

De outra parte, figuram dentre os princípios gerais os que se seguem:

- Princípio da legalidade;
- Princípio da liberdade;
- Princípio da isonomia;
- Princípio da autonomia estadual e municipal
- Princípio do acesso ao judiciário;
- Princípio da segurança jurídica;
- Princípio do juiz natural;
- Princípio do devido processo legal.

São princípios setoriais, aqueles que derivam dos gerais e regem determinada atividade:

IV – Ordem Econômica:

- Princípio da garantia da propriedade privada;
- Princípio da função social da propriedade;
- Princípio da livre concorrência;
- Princípio da defesa do consumidor;
- Princípio da defesa do meio ambiente.

Note-se que não citamos o Princípio da Autonomia da Vontade, por não estar expressamente previsto na Constituição Federal, apesar disso, por sua imensa importância, julgamos que o princípio da Autonomia da Vontade seja um princípio setorial por alguns motivos.

O primeiro motivo é que ele não atua em todas as áreas do Direito, apesar de derivar do princípio da livre iniciativa, não pode ser considerado um Princípio Geral, já que o Princípio da Liberdade, por exemplo, é muito maior do que o da Autonomia da Vontade.

Aliás, no capítulo sobre a questão terminológica, definimos a Autonomia da Vontade como sendo estritamente negocial, algo que restringe o campo de atuação do princípio, tornando-o assim setorial.

O autor usou uma técnica cartorial para elaborar essa classificação, separou os artigos da Constituição Federal que contém princípios e os dividiu entre Fundamentais, Gerais e Setoriais.

Sendo os Princípios Gerais menos importantes que os Princípios Fundamentais, discordamos do autor quando o mesmo diz que a liberdade decorre da livre iniciativa, quando entendemos que é exatamente o oposto. A liberdade é garantida e em seu bojo está a livre-iniciativa.

Contudo a Constituição Federal dá importância maior à livre-iniciativa porque ela define a forma econômica do Brasil, não a liberdade. Talvez o autor tenha entendido que a liberdade decorre da democracia. Se for essa a interpretação estamos de acordo.

A inter-relação entre os princípios é muito salutar, como dissemos anteriormente, e antes de fazermos a relação dos Princípios Constitucionais com a Autonomia da Vontade, nos resta dizer que não estão no mesmo grau de importância como já dito anteriormente. Sabe-se muito bem onde está localizado o princípio citado, não é

expresso na Constituição Federal, mas apenas implícito. Contudo, desempenha um papel fundamental no setor onde atua e representa todos aqueles ideais citados no capítulo dedicado à cidadania.

6.1 – Autonomia da Vontade e o Princípio da Livre Iniciativa

O princípio da Autonomia da Vontade é a maior vertente do princípio da livre iniciativa. Não coloca-se os dois como sinônimos por se entende que a livre iniciativa é mais ampla, abarca o Direito Comercial, Civil, Trabalhista, do Consumidor e até o Direito Administrativo se contratado com particular, enquanto o princípio da Autonomia da Vontade apenas diz respeito aos contratos.

Contudo, o princípio da Livre Iniciativa eleva a importância da Autonomia da Vontade por garantir independência do contratante em relação ao Estado. O fato de a lei autorizar a contratação por particular do que não for defeso em lei, o que não é permitido ao ente público, decorre do princípio da Livre Iniciativa. É ele quem legitima a Autonomia da Vontade e que faz esse princípio tão notável.

6.2 – Autonomia da Vontade e o Princípio da Liberdade

Como dito anteriormente, o princípio da Autonomia da Vontade é muito próximo do princípio da liberdade, e muito menos abrangente. A liberdade é, em um país democrático, o direito de locomoção, associação, liberdade de imprensa, expressão, contratação, de atividade financeira ou não, bem como a liberdade pode ser um direito negativo, liberdade de não fazer algo se não em virtude de lei.

Hegel abriu as portas da filosofia contemporânea. O seu pensamento filosófico foi construído em um momento histórico em que a burguesia havia assumido o controle do Estado e feito a positivação do direito. Vale dizer que o primeiro grande Código Civil do mundo foi o Code Napoleón em 1804, que protegeu os valores antes ditos “direitos

naturais” consubstanciados na propriedade privada, na liberdade e na isonomia, além do direito de família e sucessões.

O Estado Britânico, também pioneiro na democracia trouxe as seguintes inovações para o Estado Democrático Moderno, segundo Paolo Biscaretti di Ruffia (1982):

Basicamente os institutos inovadores do direito britânico foram:

- A monarquia constitucional, a introdução de um chefe de Estado acompanhado de assembleias legislativas, exercendo o poder conjuntamente, de acordo com a lei;
- A irresponsabilidade do chefe de Estado, com a participação dos ministros nos atos do soberano, e sua plena responsabilidade diante das câmaras;
- O parlamento bicameral;
- A tutela jurisdicional eficaz para proteger as liberdades civis essenciais.

Vê-se, portanto, como dito anteriormente, a Autonomia da Vontade já foi sinônimo de liberdade. Melhor dizendo, a Autonomia da Vontade já se escondeu atrás da bandeira da liberdade, em um momento onde o voto, a liberdade negocial e o status de cidadão eram garantidos a poucos.

Foi importante para a ocasião que se levantasse a bandeira da liberdade, pois, mesmo que a liberdade negocial estivesse por trás daquela bandeira, os conceitos demoram em se consolidar, passando cada vez mais a ser consolidada a diferença entre um princípio e outro.

De certa forma o socialismo percebeu que a liberdade da qual falavam os burgueses era a liberdade negocial, passou-se então a sacrificar a liberdade pelo bem da isonomia. Por fim, verificou-se que os assuntos são distintos e passou-se a disciplinar cada princípio em sua área de atuação.

Para Ana Prata (1982 p. 77) se pensarmos a autonomia privada como referida a pessoas singulares, ou na medida em que assim se possa pensar, não só o poder de autodeterminação econômica não constitui uma manifestação ou um aspecto do mais vasto problema da autodeterminação humana, da liberdade individual, isto é, não só a autonomia privada (no sentido jurídico e, portanto, econômico) e liberdade não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, conceitos antinômicos. Na medida em que exista uma real igualdade econômica ou contratual dos sujeitos dos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de “liberdades” qualitativamente muito diversas. Aquele que se encontra em um “estado de necessidade” por não ter alternativas contratuais ou que se acha em uma situação de indiscutibilidade (ou de muito restrita discutibilidade) dos termos contratuais, não exerce a sua liberdade ao contratar. E o prejuízo resultante do contrato, por sua vez – e são duas questões muito diversas - , pode justamente refletir-se na esfera da sua liberdade. Isto é, liberdade contratual é muito mais criação das condições materiais para exercício dessa liberdade, entendida em termos substanciais e não formais, do que não intervenção, aliamento de uma esfera de relações em que essa liberdade atua.

Prossegue dizendo que as dificuldades sentidas na compatibilização da autonomia privada com a autoridade resultam da conjugação de duas erradas concepções, ainda quando elas não estão explicita ou sequer conscientemente assumidas: a da consideração da autonomia privada como uma manifestação da liberdade individual, e a da liberdade individual como instrumento de defesa do cidadão contra Estado.

Explica que a primeira consiste em erigir em ordem natural aquilo que é ordem econômica historicamente referenciada: entender que a liberdade do sujeito se expressa necessariamente pela celebração de negócios jurídicos é formalizar como princípio intemporal o que constitui uma forma relacional correspondente a situações históricas.

A segunda supõe uma separação estanque entre a sociedade civil e o Estado e a consideração que dentro daquela integrada por sujeitos iguais, nenhuma ameaça à liberdade se encontraria porque esta consistiria justamente na garantia da não intervenção estadual na sociedade civil.

Discorda-se da autora quando coloca que a Autonomia da Vontade e a liberdade são antagônicas, como se uma fosse a liberdade boa e a outra a liberdade ruim proveniente do negócio jurídico.

A Autonomia da Vontade é manifestação da liberdade, sim, obviamente que nos referimos à liberdade e Autonomia da Vontade benéficas. A liberdade também pode ser adulterada e extrapolada no sentido de tornar danosa a convivência e relação dos indivíduos, não pode ser encarada como pura apenas quando a Autonomia da Vontade é regulado.

Como se repetirá no item da isonomia, a liberdade pressupõe, sim, a igualdade de condições e a livre manifestação da vontade para ser plenamente alcançada no âmbito dos contratos.

Para Renan Lotufo (2002, p. 81-84) pode-se imaginar que a liberdade de contratar, em si, nada tem a ver com a política; entretanto todos os governos monocráticos tendem a concentrar qualquer forma de liberdade, inclusive para preservar o mesmo poder. De outro lado, os governos liberais tendem a se isentar de qualquer participação nas relações privadas, como se aquele fato não estivesse dentro de um sistema que garantisse a liberdade de todos. Neste sentido o “contrato social” de Rousseau, define bem a questão da liberdade, ao determinar que cada cidadão cede um pouco, para preservá-la. Pode parecer contraditório, mas na realidade com a liberdade ocorre, realmente, desta forma.

Segundo o autor, a prevalecer o comportamento do “gato contra o rato”, no dizer popular, este sentimento liberal pode parecer plena liberdade, quando na verdade é a

prevalência do forte sobre o fraco, em todos os aspectos que se conhece: físico, econômico, social etc. A justiça social nega este sentimento lúdico de liberdade, que, na verdade, inibe completamente o comportamento dos mais fracos, gerando uma ditadura dos mais fortes e contrariando o dispositivo de que “todos são iguais perante a lei”. Ao contrário quer garantir a liberdade de todos, tratando desigualmente os desiguais, para permitir uma convivência pacífica.

Completa dizendo que parece então indispensável pensar em uma liberdade com justiça social, pois, fora disto, a liberdade é uma falácia em que os mais fortes determinam as regras, seja em que campo for – notadamente no campo econômico-social. Evidentemente, tem-se de ter certo cuidado com a intervenção do Estado; no entanto ela se torna imperiosa quando a liberdade de contratar e de definir o conteúdo desse instrumento está cronicamente afetada. Por fim, assinale-se que a simbiose entre liberdade individual e justiça social permite a livre disposição contratual, possibilitando a todos que possam decidir pela contratação, assim como pela definição do conteúdo de cada instrumento contratual.

6.3 – A Isonomia e a Autonomia da Vontade

Ao lado do princípio da solidariedade, o princípio da isonomia é aquele que mais interfere na Autonomia da Vontade. O motivo é simples e justo. A isonomia pretendida pela Constituição de 1988 não é mais aquela da revolução francesa, ou seja, a igualdade formal, mas uma igualdade real.

Desta reflexão sobre a fundamental importância do princípio de isonomia como critério de organização do Estado-nação, e de sua análise da condição dos apátridas, Hannah Arendt extrai a sua conclusão básica sobre os direitos humanos. Não é verdade que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, como afirma o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração de Virgínia de 1776 (artigo 1.º), ou da Declaração Francesa de 1789 (art. 1.º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado - ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da

comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com os seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade. (LAFER, 1988, p. 150)

Vê-se que a isonomia formal é fácil de conseguir, basta decretar na Carta Magna, mas a igualdade real é mais suada, mais difícil. Por certo até impossível de se alcançar em uma sociedade como a brasileira hoje. Em virtude disso foram dados passos importantes como o reconhecimento das partes mais fracas nas relações contratuais.

É de notar que, mesmo a isonomia sendo um Princípio Fundamental, muito maior e muito mais abrangente que a Autonomia da Vontade, um Princípio Setorial, é no setor onde se encontra a Autonomia da Vontade que encontramos a grande problemática envolvendo a isonomia.

A isonomia processual é alcançável, a igualdade de direitos também. O ponto mais frágil da isonomia é, indubitavelmente, a área econômica. Onde a Autonomia da Vontade se encontra.

Esse é o ponto crucial para aqueles que desdenham o princípio da Autonomia da Vontade. Embora ele seja setorial, colide com princípios mais amplos, mas que naquele setor se equivalem em importância.

Por isso diz-se que foram benéficas para a Autonomia da Vontade as mudanças que a restringiu, porque se equilibra o contrato, equilibra o setor e seus princípios.

Para Perlingieri (2008, p. 492-494) o princípio da igualdade opera conjuntamente com os outros Princípios Constitucionais e contribui junto com eles para estabelecer preferências e compatibilidades, isto é, o quadro normativo de referência primária para a solução do problema concreto. Isto, de um lado, introduz a regra hermenêutica da não postulação de uma preferência hierárquica exclusiva do princípio referido e, do outro, requer que a sua aplicação seja necessariamente realizada no quadro geral do sistema

de princípios e valores constitucionais. Nesta perspectiva, o problema se traduz naquele mais amplo da aplicação direta da norma constitucional nas relações de Direito Civil.

Prossegue dizendo que as autonomias, todas, incluindo a autonomia negocial, não serão, assim, aviltadas, mas reforçadas como poderes justificados segundo os princípios supremos do ordenamento. E neste sentido não há contraposição entre princípio constitucional da igualdade e direito civil: a peculiaridade das relações cíveis não contrasta irremediavelmente com o princípio da igualdade. Certamente o direito privado tradicional assim se desmantela, mas isto significa, justamente, construção de um direito civil na legalidade constitucional, para o qual ocorre razoabilidade e adequada capacidade hermenêutica na chamada ponderação dos valores segundo critérios de proporcionalidade.

Segundo o autor, nessa perspectiva, a aplicação generalizada do princípio da igualdade nos ordenamentos privados não tem caráter de excepcionalidade e não pode mais incutir o temor de abrir caminho à utopia do igualitarismo, isto é, a igualdade de todos em tudo. Assim, reside exclusivamente neste temor, de supressão das liberdades e do fim do direito privado, a proposta de limitar a operatividade da igualdade ao exercício do poder legislativo e, em geral, do poder do direito público. Mas como pode um valor que caracteriza o ordenamento, fundamento do Estado Social de Direito, não ser relevante para a atividade regulada pelo Direito Civil segundo a Constituição? O princípio da igualdade faz parte do ordenamento público constitucional, ao qual ninguém e muito menos os indivíduos podem subtrair.

O autor prossegue no relacionamento do Princípio da Igualdade e da Autonomia da Vontade, dizendo que não vale aduzir que a aplicação do princípio da igualdade a autonomia privada seria completamente destruída em razão dos limites absurdos que se acabaria por colocar à liberdade de contratar, de testar, de dispor. Prescindindo do fato de que uma coisa é a paridade de tratamento, outra, é o princípio da igualdade, a limitação da autonomia, o controle sobre o merecimento de tutela dos seus conteúdos

não significa suprimir a autonomia mesma: entre o conceito de limitação e o conceito de supressão existe uma incompatibilidade absoluta. De pouco vale, portanto, proclamar a igualdade substancial como princípio geral em tema de contratos; por outro lado, como se pretender fazer depender a aplicabilidade de uma norma constitucional da existência de um dever específico de paridade de tratamento posto por uma norma de nível inferior?

De fato o princípio da igualdade e a Autonomia da Vontade parecem antagônicos, mas é quando os contratantes são iguais que a vontade pode ser livremente manifestada. Tende-se sempre a imaginar a Autonomia da Vontade como unilateral, como o império de um sobre o outro, como dominação.

Sendo o contrato um negócio jurídico bilateral, ainda que a prestação possa ser unilateral, ele sempre exige a manifestação da vontade de ambas as partes. E manifestação da vontade não é apenas concordância, mas o exercício de todos aqueles aspectos já elencados neste trabalho. E isso é possível apenas quando as partes são iguais substancialmente.

Neste sentido explana Renan Lotufo (2002 p. 88-89), dizendo que nestas circunstâncias, nas questões contratuais, há igualdade de Direitos e desigualdades de fatos. A liberdade, neste caso, não deve ser o elemento supremo do contrato, pois ela deve ser dividida igualmente entre os contratantes. Assim, a igualdade é um elemento que neste caso se impõe para corrigir a liberdade, deturpada por fatos circunstanciais que impedem o seu exercício.

Segundo ele é evidente que é a harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social que repousa o grande ideal da sociedade humana. Assim é que foi substituído o foco no individualismo abstrato e inorgânico por outro que se fixe na finalidade social de um Estado moderno, criando, assim, a função social do contrato.

Este princípio, segundo ele, está consubstanciado hoje no direito privado. Fica claro que o entendimento espelhado na obra de Darcy Bessone está considerando o sentido global do direito privado. Assim, não se pode mais falar em direito privado como um instrumento do individualismo exacerbado; muito menos este ramo do Direito pode se dar ao luxo de ser instrumento de uma Autonomia da Vontade.

6.4 – Princípio da Solidariedade e Autonomia da Vontade

O Princípio da Solidariedade não está expresso na Constituição Federal, mas com certeza está implícito e é um Princípio Fundamental. Tem-se dado muita importância a este princípio por ter se descoberto que a partir dele pode-se desenvolver uma série de direitos de terceira e quarta dimensão.

São os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos; direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses 'novos' direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público. Nem no privado. (WOLKMER, 2003, p. 9)

Seguindo o raciocínio do tópico anterior, a solidariedade também se faz muito presente na parte do Código Civil referente aos Contratos.

Isso porque o contrato, embora muitos preguem a luta de classes, é uma situação de mútuo acordo, pelo menos deveria ser. Quando se celebra o contrato as partes reconhecem que aquilo que foi celebrado será benéfico para ambos.

Exatamente por isso as partes devem ser solidárias, não basta cada um cumprir a sua obrigação, é necessário que haja empenho para que o outro contratante também cumpra o acordado, o esforço deve ser mútuo, e não individual.

Do Princípio da Solidariedade vieram princípios, hoje, essenciais ao Direito Civil, o da função social e o da Boa-fé objetiva, que serão tratados a seguir.

6.5 – Autonomia da Vontade e os outros princípios contratuais

Já foi amplamente demonstrado que, como explana Francisco Amaral que o Código Civil orienta-se pelos princípios gerais de socialidade, da eticidade e o da operabilidade, e seus institutos básicos, por princípios institucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da autonomia privada, o da boa-fé, o da eqüidade, o da função social do contrato, o da função social da propriedade.

Os princípios contratuais, com o passar do tempo, foram ampliados, devido à nova realidade contratual. Os princípios basilares são três, deles decorrem todos os outros. São eles o da Autonomia da Vontade, o da força obrigatória dos contratos e o da relatividade de seus efeitos.

Como demonstrado pelo professor Cláudio Godoy, (2007, p. 13), Na visão clássica, três eram, basicamente, os princípios fundantes da disciplina do direito contratual. Tratava-se do princípio da liberdade das partes (ou da Autonomia da Vontade), cujo elastério envolvia a plena liberdade de contratar, do que contratar e de com quem contratar, do princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e do princípio da relatividade de seus efeitos (o contrato não prejudica nem favorece terceiros, além das partes contratantes). Para alguns, haveria de se acrescentar ainda o princípio do consensualismo ou o da supremacia do interesse público.

Segundo o professor, a Autonomia da Vontade se coloca em termos diversos, em que a liberdade de contratar, que lhe dá sustento, não mais pode ser compreendida de modo absoluto, nas três vertentes sobre as quais sempre se manifestou. Nem sempre há escolha de contratar ou não e de com quem contratar, bastando lembrar, a propósito, hipóteses como a da compulsória renovação da locação, da prestação, em regra irrecusável, de serviços monopolísticos ou do fornecimento de massa (art. 39, II, da Lei n. 8078/90, no exemplo brasileiro das relações de consumo). Da mesma forma, devem

ser lembradas as cláusulas gerais de contratos estandardizados, que impedem a livre fixação do conteúdo contratual. Ou seja, completamente modificada a liberdade contratual subjacente à Autonomia da Vontade, aliás, em extensão tal de modo a ensejar se reconheça hoje existente um novo princípio dos contratos, o princípio da autonomia privada.

Segundo ele, também o princípio da força obrigatória dos contratos cede espaço à verificação de hipóteses em que a rígida aplicação dessa intangibilidade levaria a situação de desigualdade real, mercê de fatos extraordinários que tivessem alterado a base da contratação, tal como ocorre, por exemplo, na aplicação da teoria da imprevisão.

Por fim, conclui o professor, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, também, em sua concepção clássica, não mais se compadece com a idéia de que o ajuste se insere no contexto social, portanto longe de encerrar um ato isolado praticado pelas partes contratantes.

Para Humberto Theodoro Júnior (2008, p.1-3) na visão do Estado Liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. Salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a Autonomia da Vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes.

Segue o autor dizendo que todo o sistema contratual se inspira no indivíduo e se limita, subjetiva e objetivamente, à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes. Três são, portanto, os princípios clássicos da teoria liberal do contrato: o da liberdade contratual, de sorte que as partes, dentro dos limites da ordem pública, podem convencionar o que quiserem e como quiserem; o da obrigatoriedade do contrato, que se traduz na força de lei atribuída às suas cláusulas (*pacta sunt servanda*); e o da relatividade dos efeitos contratuais, segundo o qual o contrato só vincula as partes da convenção, não

beneficiando nem prejudicando terceiros (*res inter alios acta neque nocete neque prodest*).

O autor explica a transformação do Direito Civil, dizendo que o Estado social impôs-se progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a Autonomia da Vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico, em graus que têm variado com o tempo e com as regiões geográficas, revelando extremos de uma *planificação global* da economia em moldes das idéias marxistas; ou atuando com moderação segundo um dirigismo, apoiado em modelo em que o controle econômico compreende uma atuação mais sistemática e com objetivos determinados; ou, ainda, elegendo uma terceira atitude de intervencionismo assistemático, caracterizado pela adoção de medidas esporádicas de controle econômico, para fins específicos. Essa nova postura institucional não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação das riquezas. Por isso, não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das idéias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais.

Nota-se que não há como, verificando a evolução do contrato, dizer que os institutos contratuais não foram severamente alterados pela evolução da idéia de socialização dos institutos. Contudo, verificamos que os novos princípios adicionados à teoria dos contratos não anularam os antigos, apenas garantem que os clássicos não extrapolem a sua função na elaboração e cumprimento do contrato.

O princípio da força obrigatória dos contratos é de vital importância para a segurança e eficácia dos contratos, tendo em vista que sem ele os contratos seriam constantemente quebrados, o que levaria o instituto à falência. Obviamente que assim como o princípio

da Autonomia da Vontade e todos os institutos contratuais, o princípio conhecido como *pacta sunt servanda* sofreu grandes restrições, fortemente influenciado pelos movimentos sociais do século XX.

Para RIZZARDO (2002, p. 16) é irredutível o acordo de vontades, conforma regra consolidada no direito canônico, através do brocardo *pacta sunt servanda*. Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida. Ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém. É certo que essa vontade não é mais aquela que se enquadrava na concepção filosófica da teoria clássica, quando igualou o contrato à lei, mas é a concepção moderna da Autonomia da Vontade como expressão social de tudo aquilo que vem inserido na lei, conceito certo de onde se origina a fonte criadora de todos os direitos subjetivos, pelo simples acordo de vontades humanas, quando livremente manifestadas.

Informa Rizzardo que a força da obrigatoriedade foi erigida em lei por alguns sistemas, como o Código Civil Francês, no art. 1.134, que, de modo expresso, consagra que as convenções legalmente formadas constituem lei para aqueles que as celebram.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, como dito anteriormente, é o terceiro princípio basilar dos contratos. Segundo ele o contrato pode comprometer apenas as pessoas e o patrimônio dos contratantes, e nunca terceiros. Este princípio também trazia a idéia de que o que foi contratado interessa às partes e apenas a elas. Esse conceito também vem sofrendo alterações, já que os efeitos dos contratos têm impactos na sociedade.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 26), funda-se tal princípio na idéia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.

Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção.

Em cooperação com o princípio da Autonomia da Vontade está do consensualismo, dando mais importância à vontade dos contratantes do que às formalidades dos contratos. Sobre este princípio discorre o Carlos Roberto Gonçalves (2007, p, 25-26), dizendo que de acordo com o princípio do consensualismo, basta, para o aperfeiçoamento do contrato, o acordo de vontades, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos. Decorre ela da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.

Explica ainda que os contratos são, pois, em regra, consensuais. Alguns poucos, no entanto, são reais (do latim *res*: coisa), porque somente se aperfeiçoam com a entrega do objeto, subsequente ao acordo de vontades. Este, por si, não basta. O contrato de depósito, por exemplo, só se aperfeiçoa depois do consenso e da entrega do bem ao depositário. Enquadram nessa classificação, também, dentre outros, os contratos de comodato e mútuo.

Como já foi exposto, o conteúdo e forma dos contratos não interessam apenas às parte, mas à sociedade como um todo. Por força do Princípio da Supremacia do Interesse Público a intervenção do Estado nas relações privadas é cada vez mais recorrente.

Para Álvaro Villaça (2004, p. 27) o Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando o direito de uma das partes do contrato não se veja diminuído pelo da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos. As normas de ordem pública não podem ser

alteradas pela vontade das partes, porque representam um pensamento coletivo irremovível.

Diz-se que parte da doutrina inclui o princípio descrito acima porque nem todos citam de forma explícita, até porque não há um artigo no Código Civil que institua este princípio. Contudo é unânime que este princípio existe de forma tácita e para alguns autores está contido nos princípios reformadores, como o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico do contrato e o da função social do contrato.

Ainda no objetivo de conter a força excessiva dos contratos o princípio da revisão dos efeitos dos contratos, ou teoria da imprevisão, também conhecido como cláusula *rebus sic stantibus*, que permite que os contratos sejam revistos judicialmente por força de eventos posteriores aos contratos e imprevisíveis, além de ser irresistível.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 27), opõe-se tal princípio ao da obrigatoriedade, pois permite aos contraentes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações. Originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor.

Segundo ele, a teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, por exemplo), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

Embora estes últimos princípios tenham como finalidade contrabalancear a força dos princípios basilares ele não os suprime, trata-se apenas de ajustar os conceitos para que a liberdade de contratar seja exercida de forma razoável. Trata-se também de uma proteção ao contratante mais vulnerável, para que eles possam contratar em igualdade de condições.

Não há consenso sobre o número de novos princípios contratuais, mas podemos elencar, sem dúvida, dois princípios trazidos pelo Código Civil de 2002 e a partir deles nascem outros novos princípios contratuais.

Portanto, os novos princípios de lealdade, solidariedade, transparência, mútua cooperação são naturalmente provenientes da boa-fé objetiva e da função social do contrato, inclusive o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por isso se fez referência, anteriormente, às normas abertas, possibilitando esta derivação de princípios a partir de dois princípios norteadores no contrato.

O princípio da boa-fé é tão importante quanto os princípios citados acima, tendo em vista que os valores da sociedade e a conduta ética são essenciais para qualquer atividade lícita. Ademais, a boa-fé é fundamental para o princípio da Autonomia da Vontade, garantindo que os contratantes acordem em relação ao objeto, pessoas e encargos dos contratos. A boa-fé tradicional é apenas subjetiva, tratando-se de inovação a boa-fé objetiva, da qual trataremos mais adiante.

Para Rizzardo (2002, p. 26) é este um dos princípios básicos que orientam a formação dos contratos. As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca. Impede que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se

efetivarem. E este pressuposto é gerado pela boa-fé ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações. Sem ele, fica viciado o consentimento das partes. Embora a contraposição de interesses, as condutas dos estipulantes subordinam-se a regras comuns e básicas da honestidade, reconhecidas tão-só em face da boa-fé que impregna as mentes.

Como refere Orlando Gomes, o princípio diz respeito mais à interpretação: “Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade”.

Ter boa fé, de forma objetiva, é ser transparente, leal e ético, não dificultar o cumprimento da obrigação da outra parte, e mais, ajudar no que for possível. Ter boa vontade.

Distingue-se, portanto, da boa fé subjetiva porque esta deve ser provada, importando a intenção do agente. A boa fé objetiva não deve ser provada, devendo o contratante agir com a maior diligência possível.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 17) no Direito Civil Alemão, a relação obrigacional criada pelo contrato “tem um conteúdo que será essencialmente determinado pela vontade das partes, mas que será igualmente apreciado em face do princípio de confiança e de boa-fé enunciado pelo § 242 BGB”. Os deveres e obrigações que os contratantes definem não são os únicos que o contrato provoca, já que, pela lei, devem ser eles completados por outros que as regras de interpretação e cláusula geral de boa fé (§ 242 BGB) determinam. Dessa maneira, estabelecem-se, independentemente de convenção das partes, e por força do princípio da boa-fé, obrigações acessórias como as de informação, segurança, confiança etc., tão exigíveis entre os sujeitos da relação contratual como as prestações expressamente pactuadas

Para o autor, pelo princípio da boa-fé, exige-se das partes do contrato uma conduta correta, sob a ótica mediana do meio social, encarada não com enfoque do subjetivismo ou psiquismo do agente, mas de forma objetiva. O que importa é verificar se o procedimento da parte quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato afinal concluído, quando deu execução ao ajuste e até depois de cumprida a prestação contratada, correspondeu aos padrões éticos do meio social.

Completa dizendo que a lei não define esses padrões, mesmo porque eles são variáveis, no tempo e no espaço. A regra, aqui e nas fontes do direito comparado que alimentaram o Código Civil brasileiro, corresponde ao tipo de norma que a doutrina denomina “cláusula geral” para indicar preceitos genéricos ou abertos, cujo conteúdo haverá de ser completado e definido casuisticamente pelo juiz. Mais do que normas definidoras de conduta, as cláusulas legais da espécie se endereçam ao juiz, exigindo-lhe um trabalho de adaptação a ser cumprido por meio da hermenêutica, da interpretação.

O princípio da boa-fé objetiva, portanto, desempenha um papel preponderante para a celebração e execução do contrato, sendo, a partir de sua concepção, irrelevante as reais intenções dos contratantes, se ele quiseram ou não lesar a outra parte. O que interessa para a boa-fé objetiva é saber se o contratante agiu com diligência, se ele se preveniu para não causar dissabor ao outro contratante, e mais, se ele colaborou de forma diligente para que a outra parte cumprisse o contratado e não se limitou a cumprir sua obrigação de forma desinteressada.

Nota-se, portanto, que a boa-fé objetiva é um padrão ético, é lealdade, é diligência, é solidariedade. E mais, boa-fé objetiva é respeito, é eticidade, é agir conforme a Constituição Federal prevê. Exatamente, por ser a boa-fé objetiva uma cláusula aberta, pode ser preenchida com os valores e princípios instituídos na Carta Magna.

Se a boa-fé objetiva é tudo isso que dissemos, por ser aberta e prezar pelos valores constitucionais no contrato. Muito mais amplo e complexo é o instituto da função social do contrato.

O equilíbrio contratual, a dignidade da pessoa humana e a circulação de bens são funções contidas neste princípio.

Com efeito, a função social do contrato não se resume à circulação de riquezas, mas essa é, definitivamente, uma das funções sociais do contrato.

Portanto, vê-se que a função social do contrato privilegia o interesse coletivo em detrimento do individual, mas isso não quer dizer que não seja objetivo da função social do contrato que o contrato represente a circulação de bens e, assim, o interesse individual.

É o caso de uma pessoa que seja detentora de uma patente, que não a comercializa, está descumprindo a função social, já que a função social desta patente é que a pessoa explore aquele produto e o disponibilize no mercado. A circulação de bens gera emprego, negócios e fortalece a economia do país, sendo, portanto, de grande função social.

Para Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 33-53) o Estado democrático de direito, em seus moldes atuais, evita participar diretamente na produção e circulação de riquezas, valorizando o trabalho e a livre iniciativa privados. É, com efeito, na livre iniciativa que a Constituição Federal apóia o projeto de desenvolvimento econômico que interessa toda a sociedade. Não é, contudo, apenas a livre iniciativa, o único valor ponderável na ordem econômica constitucional. O desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social. Um e outro são aspectos de um único designio, que, por sua vez, não se desliga dos deveres éticos reclamados pelo princípio mais amplo da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social. Nada, com

efeito, justifica o tratamento da pessoa como coisa ou como simples número de uma coletividade.

Prossegue o autor dizendo que a função social do contrato corresponde à necessidade sentida pelo Estado moderno de limitar a autonomia contratual, em face da exigência social de garantir o interesse geral e coletivo que não se satisfaziam dentro da sistemática do Estado Liberal. A liberdade de contratar, nessa ordem de idéias, não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, liberdade, dignidade humana, devendo sobrepor à autonomia contratual interesses coletivos como os ligados à educação, à saúde, os transportes, a utilização adequada das fontes de energia, à tutela do meio ambiente, a proteção a certos setores produtivos etc. Há uma reciprocidade, nesse aspecto, entre as regras de limitação da propriedade e as que restringem a autonomia contratual. Incluem-se, ainda, no âmbito das limitações da liberdade de contratar (função social) a tutela da livre concorrência no mercado (combate aos *trusts* e às praxes de dominação de mercado) e à tutela das partes “débeis” das relações de mercado (os consumidores no que diz respeito à propaganda enganosa, aos contratos *standard*, à contratação a distância etc.).

Sobre a função social como ferramenta para a delimitação da Autonomia da Vontade pelos Princípios Constitucionais nos reportaremos mais adiante, em capítulo próprio.

Fez-se referência, antes, à desnecessidade de se aplicar diretamente os Princípios Constitucionais nos processos de natureza civil. Esta desnecessidade decorre da amplitude dos dois princípios contratuais aqui explicitados, sendo possível, portanto, a interpretação do Código Civil à luz da Constituição, não havendo necessidade deste suprimir aquele.

Como dito anteriormente, o conflito entre os novos princípios e o da Autonomia da Vontade é meramente aparente, sendo aqueles princípios perfeitamente harmônicos com a Autonomia da Vontade, e, de certa forma, até o ampliam, tendo em vista que

muitas normas fechadas precisariam ser feitas para que o objetivo pretendido com esses dois princípios fosse alcançado.

Já se fez alusão ao artigo³ do Código Civil que prevê a anulabilidade da venda de ascendente para descendente. O objetivo do legislador era prevenir uma possível antecipação de legítima para um descendente em detrimento de outro ou do cônjuge. Se esse artigo não tivesse sido positivado, bastaria que os contratantes comprovassem que a compra e venda fora realizada de forma leal, transparente e que o preço fora justo. Verificamos, portanto, que da mesma forma que a boa-fé objetiva pode restringir a Autonomia da Vontade, gerando encargos para os contratantes, ela também pode ampliá-la.

Portanto, os princípios clássicos e recentes convivem de maneira harmônica no ordenamento jurídico, mostrando uma evolução natural do direito civil em comunhão com os Princípios Constitucionais.

³ Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.
Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

7. A Função Social do Contrato como ferramenta para o uso de Princípios Constitucionais

Considera-se impossível que neste ponto do trabalho ainda haja alguém que não sustente a eficácia dos Princípios Constitucionais nas relações privadas, tendo em vista todas as justificativas propostas até o presente momento.

Contudo, guarda-se para este momento a grande chave para a utilização dos Princípios Constitucionais nas relações cíveis. Refere-se à função social do contrato.

Em uma primeira análise parece um instituto de Direito Civil, puro e simples, mas não, é a chave do legislador para a valoração dos contratos através dos Princípios Constitucionais.

O Código não define o que é a função social do contrato, e nem deveria, não é sua função, os institutos devem ser definidos pela doutrina e jurisprudência.

Porém, a vontade do legislador foi permitir que os Princípios Constitucionais atuassem nas relações cíveis de forma direta, invalidando aqueles contratos que não estiverem de acordo com eles.

Em consonância com o que estamos dizendo, Humberto Theodoro Júnior (2008 p. 43-44) diz que a novidade do tema trazido a debate pelo artigo 421 do atual Código Civil brasileiro, ainda não permitiu que a doutrina definisse, com a desejada precisão, as bases conceituais da função social do contrato, traçada, normativamente, pela lei como limite da liberdade de contratar.

Define que para uns, a função social estaria localizada no propósito de colocar o interesse coletivo acima do interesse individual, o que, no domínio do contrato, implicaria a valorização da solidariedade e cooperação entre os contratantes. A base da

função social do contrato estaria no princípio da igualdade, o qual atuaria, *in caso*, para superar o individualismo, de modo a fazer com que a liberdade de cada um dos contratantes seja a mesma. Seria a idéia de igualdade na dignidade social ou na liberdade “para todos”, que faria com que o contrato, outrora concebido de maneira individualista, possa passar a exercer, na sociedade, uma “função social”.

Para Francisco Amaral (2006, p. 364-366) emprestar ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico e coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo. Mas o que se assenta é que a função social se configura como princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção do estado por meio de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação jurídica.

O autor considera que o direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas do mundo contemporâneo que se caracterizam, precisamente, pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica.

Completa ainda o autor, tratando do tema deste trabalho que exemplo do reconhecimento e da limitação funcional da autonomia privada no direito brasileiro é o disposto no art. 421 do Código Civil, segundo o qual a liberdade de contratar será

exercida nos limites da função social do contrato. Significa isso que esse poder só pode exercer-se em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade, e levando em conta os efeitos que se possam produzir em face de terceiros.

Note-se que a função social do contrato abrange uma infinidade de justificativas, e o mais importante é que nunca ela é um fim em si mesmo.

Ao se deparar com uma frase do tipo: Esse contrato não cumpre a função social. O locutor se deparará com um questionamento. Por que esse contrato não cumpre a função social?

Eis o ponto em que os Princípios Constitucionais agem livremente, como dito anteriormente, é um incentivo do legislador para o uso dos Princípios Constitucionais de uma Constituição Social.

A combinação dos nomes não é mera coincidência. É desejo da Constituição que os institutos de direito mantenham um caráter social. Inspirado nisso e a fim de permitir a viabilidade deste caráter social, o Código Civil de 2002 introduziu este instituto.

Um contrato não cumpre a sua função social quando não está de acordo com os Princípios Constitucionais, se fere a dignidade da pessoa humana, se fere a isonomia, solidariedade, liberdade, devido processo legal, ou qualquer outro princípio Contido na Carta Magna.

Alguém poderia ler esse capítulo e dizer que a Constituição não está mais sendo aplicada diretamente, pois o que está sendo aplicado é o instituto da função social do contrato. Trata-se de um equívoco, como dito anteriormente o instituto por si só não se sustenta, ele deve vir acompanhado de valores que o justificam. Nessa hora a Constituição mostra a sua riqueza e age no fato concreto.

O fato de se citar um artigo do Código Civil como base para a aplicação de um Princípio Constitucional não quer dizer que a Constituição Federal não é atuante. Muito pelo contrário, este artigo apenas indica que este campo, o contrato, é propício para a aplicação dos Princípios Constitucionais.

Tudo o que foi dito até aqui indica que os Princípios Constitucionais não são aplicados, a partir de 2002, apenas por aqueles adeptos do pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou racionalistas. Os Princípios Constitucionais foram legitimados pelo Código Civil como instrumentos efetivos de delimitação da Autonomia da Vontade Contratual. Sendo o intérprete positivista ou pós-positivista, ele aplicará os Princípios Constitucionais. Não apenas por convicção de sua efetividade, o que é indiscutível, mas porque a legislação infraconstitucional o legitima e até obriga, dependendo de quão patente é a violação do caso em tela.

Como se trará adiante os casos em que a o judiciário aplicou diretamente a Constituição Federal nas relações privadas, trazemos mais uma vez aquele contrato de aluguel onde o locatário intenta usar o imóvel para constituir um prostíbulo.

Veja que antes de 2002 o poder público poderia fechar o local, mas não poderia anular o contrato senão com base em cláusulas contratuais. Contudo, esse contrato passou a ser passível de anulação por não cumprir sua função social. Agora vêm a justificativa sobre a qual se fez referência: não cumpre a função social porque fere a dignidade da pessoa humana, porque não preza pelo princípio da livre iniciativa e valorização do trabalho.

Quando se referiu à interpretação consonante entre Código Civil e Constituição era a isso que se fazia menção. Se for possível apoiar a decisão em duas fontes não há necessidade de correremos o risco de se cometer alguns dos abusos reportados nos capítulos anteriores.

Para Renan Lotufo (2002, p. 87) pode parecer, à primeira vista, que a função social dos contratos é algo que se antepõe à autonomia privada; mas este entendimento é falso, pois a função social na verdade não nega, mas prestigia a autonomia privada.

Segundo ele, realmente, a função do contrato é mais do que ser um instrumento de circulação de riquezas, devendo mais ter uma função digna e social, evitando a preponderância do individualismo exacerbado, contrariando os interesses da maioria.

8. Casos concretos nos quais a Autonomia da Vontade é delimitada pelos Princípios Constitucionais

Sabe-se que o uso de exemplos é muito benéfico para ilustrar o caso discutido, mas por outro lado personifica a explanação, tolhendo a imaginação do leitor para identificar em seus próprios exemplos a teoria passada.

Optou-se por trazer a este trabalho alguns casos onde a Autonomia da Vontade é delimitada pelos Princípios Constitucionais a fim de demonstrar a solidez do tema proposto e divulgar a forma como isso tem sido usado no mundo, de forma prática e consistente.

8.1 – A jurisprudência alemã

Sabe-se que o Código Civil de 1916 foi baseado no BGB, Código Civil Alemão, bem como a Constituição de Weimar possui grande influência sobre a Constituição Federal do Brasil de 1988. Por isso é salutar a utilização de exemplos alemães, que guardam grande identificação com o Direito Brasileiro. Pelo menos de forma positiva. Os casos alemães e americanos foram retirados do artigo de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 165-166)

A Corte Federal do Trabalho decidiu no sentido da nulidade de uma cláusula de celibato inserta em contrato de formação profissional de enfermagem firmado por uma jovem, ao fundamento de que esta violava o art. 6, alínea 1, (proteção ao casamento e à família) e os arts. 1 e 2 (dignidade da pessoa humana e liberdade) da Lei Fundamental. A referida corte decidiu, também, que o comando de igualdade entre homens e mulheres constante do art.3, alínea 2, da Lei Fundamental não se dirige exclusivamente às contratações do serviço público, mas também incide no âmbito das relações privadas, devendo ser observado na elaboração dos acordos salariais de categorias.

Nota-se claramente a ponderação de princípios nas decisões acima. Na primeira, como no primeiro caso de Canotilho, que será analisado mais adiante, a cláusula contratual que exige celibato da enfermeira é abusiva, tolhendo a mulher de sua sexualidade. Vê-se claramente que o contratante que formulou esse tipo de cláusula não está preocupado com a felicidade do outro contratante, mas apenas na lucratividade de seu negócio e os gastos que a empresa tem quando uma de suas funcionárias engravida. Creio que seja essa a motivação, sendo eliminada a hipótese de inserção da cláusula por opção religiosa, o que não mudaria o resultado da análise, já que a opção religiosa deve ser voluntária, e nunca imposta.

A segunda decisão claramente opta pelo princípio da isonomia dos sexos, o que se mostrou uma tendência mundial, sendo implementada no século passado em muitos lugares por decisão judicial, como o caso supra, ou legislativa, como foi no Brasil.

A Corte Federal de Justiça também chegou a acolher a idéia de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas em determinados julgados. Em um deles, o problema girava em torno da legitimidade da conduta de um jornal consistente em haver publicado carta escrita por advogado, para um de seus clientes, como se fora expressão de seu próprio pensamento. A Corte entendeu que houve ofensa aos direitos da personalidade do advogado, cuja proteção é contemplada no art. 1 c/c art.2, alínea 1 da Lei Fundamental. A condição hermenêutica então adotada mesclou preceitos civis e constitucionais: com fundamento no art. 823 do Código Civil alemão, o qual prevê a reparação de danos em caso de ofensa a um *direito*, o tribunal acolheu a pretensão do advogado no sentido de que fosse publicada uma nota especificando que a carta não era expressão de seu próprio pensamento, mas houvera sido redigida no exercício de funções de representação de um cliente. Em outra oportunidade, o Tribunal decidiu que a mudança de religião por parte de um dos cônjuges não podia caracterizar culpa pela separação, entendendo que a liberdade de crença projeta-se na relação privada matrimonial.

Os direitos da personalidade não eram citados no Código Civil de 1916, passando a ser codificado apenas em 2002. Contudo o instituto do Dano Moral já estava amplamente instaurado, sendo tratado por diversos autores de grande respeito como Aguiar Dias e Rui Stocco. Vê-se, portanto que mesmo antes da Constituição Federal de 1982 os doutrinadores e aplicadores da lei já faziam menção a direitos ainda que não positivados. O dano moral foi criado pela doutrina, interpretando o artigo do Código Civil que dizia que aquele que causar dano a outrem está obrigado a repará-lo.

O instituto se consolidou na Constituição Federal de 1988 e como não poderia deixar de ser, foi regulado pelo Código Civil. Vê-se que a cultura de utilizar a Constituição Federal no dia a dia do jurista não é nova.

Com relação ao segundo caso, se tratará de forma específica mais adiante, quando se trazer os casos propostos por Canotilho. Faz-se menção nesse ponto apenas para demonstrar o que pensa a jurisprudência alemã.

Outra decisão curiosa diz respeito ao Anti-semitismo e a liberdade de expressão.

A controvérsia teve origem nos seguintes fatos: em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu, em discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, que fosse feito um boicote ao filme “Unsterblich Gelibte” (Amante Imortal), dirigido por Veit Harlam, em virtude de este cineasta ter elaborado filme de conotação anti-semita na época de Hitler.

A produtora do filme de Harlam recorreu ao Tribunal de Hamburgo objetivando que fosse determinado a Lüth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano). A demanda foi acolhida pelo Tribunal, o que ensejou a interposição de recurso perante a corte Constitucional, que, por sua vez, reformou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão.

Verifica-se mais uma vez a preferência do julgador pelo direito de liberdade de expressão em face ao direito econômico do produtor do filme, que certamente deixou de lucrar. Ademais, a produtora exerceu o seu direito de expressão ao divulgar um filme que teria um viés anti-semita. A liberdade da produtora foi respeitada, devendo ela pagar o preço pela sua opção na elaboração do filme.

8.2 – A experiência americana

A questão americana é mais complicada que a alemã no que diz respeito ao direito comparado.

Os Estados Unidos, embora praticante da *commum law*, ambiente propício para a utilização da interpretação tópica, enxerga as liberdades individuais como proteção ao Estado, dando muita importância aos direitos de primeira dimensão, que são negativos, prezando pelo respeito do Estado aos direitos individuais.

Essa forma de ver os direitos privados dificulta a aplicação de princípios no sentido de delimitar as liberdades individuais.

Segundo Canotilho (2001, p. 109-115) o problema da aplicação direta da Constituição Federal nas relações privadas é que quando se procura encontrar um fio lógico e unitário para recortar-se os termos básicos da questão corre-se o risco, assinalado por alguns, de precipitar-se num verdadeiro “desastre conceitual”. Este alerta exige, pelo menos, que se preste atenção às lógicas escondidas nas várias culturas jurídicas. Assim, a *Supreme Court* dos Estados Unidos e, em geral, a doutrina norte-americana parecem reconduzir a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma questão de imputação.

Trata-se de saber, segundo Canotilho, se o ato de uma pessoa privada direta ou indiretamente agressor de direitos ou Princípios Constitucionais pode ser imputado ao

Estado. Pergunta-se, na verdade, se um comportamento privado poderá ter a qualidade ou qualificação de *State Action*, ou seja, se ele, de alguma forma, foi imposto através do Estado. A fórmula tabeliônica da doutrina e jurisprudência norte-americanas é sempre esta: “(...) *so that the action may fairly be treated as that of the State itself*”.

Se fez referência, anteriormente, à decisão da Suprema Corte Americana que usou a Constituição para cancelar medidas que proibissem a discriminação racial. Traz-se o caso novamente, desta vez reportado por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 171-175), dizendo que na decisão dos *Civil Rights Cases* a Suprema Corte declarou inconstitucional o *Civil Rights Act* de 1875, que estabelecia medidas visando a evitar discriminação racial em locais públicos (*public accommodations*) – tais como teatros, hotéis, restaurantes, meios de transporte etc. -, contemplando consequências penais e civis contra pessoas privadas que praticassem atos discriminatórios. O referido ato legislativo fora editado com fundamento na Seção 5 da 14ª Emenda, que conferia ao Congresso o poder de desenvolver – mediante uma legislação apropriada – as liberdades estabelecidas na Seção 1.

A Suprema Corte, ao examinar cinco litígios civis que envolviam a discriminação de negros em locais públicos, apregoou que “invasão individual de direitos civis não é matéria concernente à emenda.” Entendeu-se que o Congresso só poderia legislar para assegurar a efetivação da emenda em relação aos atos estatais (*state action*), uma vez que as liberdades nela enunciadas não alcançariam as relações privadas. Assim, o legislativo federal – na visão então assumida pela Corte – extrapolara do poder conferido pela seção 5 da emenda. Decidiu-se que o poder de editar leis, estabelecido na seção 5 da emenda tinha o mesmo raio de ação dos direitos civis contemplados na seção 1, ou seja, estava limitado a proscrever invasões por atos do Estado, e, por isso, as relações jurídicas entre pessoas privadas só poderiam ser reguladas pelos Estados-membros, sem pertinência com a proibição contida na 14ª Emenda.

É lamentável a decisão supracitada, deixando claro que, para a Corte americana, a igualdade garantida é apenas formal. Nesse caso não teria sequer intervenção

econômica, era simplesmente moral. Ainda assim a Suprema Corte se pronunciou dessa forma.

A aplicação direta dos Princípios Constitucionais deve ser feito segundo os mais sublimes valores da sociedade. A superação dos valores antigos e o alcance de novos patamares, bem ao estilo hegeliano, é demonstrado nessa decisão que se viu antes. Só que nesse caso a Corte foi conservadora, ao invés de servir de apoio para a conscientização que se espalhava na época.

Uma decisão oposta à tomada acima foi proferida pelo mesmo órgão, mas em outra época.

Marsh, pregadora da religião “Testemunhas de Jeová”, distribuía panfletos religiosos nas ruas de Chicksaw, uma cidade privada (*company town*), ou seja, um vilarejo construído sobre terrenos de propriedade de determinada empresa (Guilf Shipbuildin Company), a qual administrava o local com plena autonomia. A religiosa, embora advertida de que não poderia continuar a pregação sem que fosse autorizada pela empresa, ignorou a ordem e recusou-se a sair da cidade, razão pela qual foi presa e condenada, com fulcro em uma lei do Alabama, que tipificava penalmente a entrada ou permanência sem a autorização na propriedade alheia (*trespass*).

A Suprema Corte anulou a condenação, adotando o entendimento de que a empresa, ao atuar como poder público, devia obediência à liberdade de religião (1ª Emenda). O ponto decisivo para a adoção dessa tese foi a constatação de que, no caso, não se tratava de uma propriedade privada qualquer, tendo em vista a natureza e a magnitude das funções administrativas desempenhada pelos prepostos da empresa. A Corte observou que Chicksaw estava organizada como uma verdadeira cidade, tendo “todas as características de qualquer outra cidade americana”. O Juiz Black consignou que, se a cidade estivesse sob administração municipal, esta não poderia limitar os direitos civis dos que lá viviam ou passavam, caberia perguntar então: “Podem as pessoas que vivem ou vêm a Chicksaw ter negadas as liberdades de imprensa e religião apenas

porque uma única empresa tem um título legal que abrange toda a cidade?” Conclui-se que, embora as ruas do distrito comercial na cidade não pudessem ser qualificadas como propriedade pública, o fato de estarem abertas ao público importava em uma série de limitações aos direitos do proprietário. Considerou-se, então, que “quando um proprietário, em proveito próprio, abre ao uso do público em geral, mais limitados tornam-se seus direitos pelos direitos legais e constitucionais dos que a usam”. Os proprietários da cidade não poderiam restringir as liberdades constitucionais dos que transitam por suas ruas, principalmente quando se trata da liberdade de imprensa e de religião, que, segundo a jurisprudência norte-americana, desfrutam de uma posição preferencial (*preferred position*).

Vê-se claramente o posicionamento dos Estados Unidos de respeitarem as relações privadas, intervindo o mínimo possível. Só o faz quando uma pessoa privada assume um papel público, dessa forma deve respeitar os direitos pessoais dos que usufruem daquele serviço.

8.3 – O caso francês de arremesso de anão

O célebre caso Francês do arremesso de anão é típico para a abordagem da Aplicação Direta dos Princípios Constitucionais nas Relações Privadas. Explica Carvalho (2005) que é bom ser lembrado episódio havido já na última década deste Século (mais precisamente em outubro de 1991), que demonstra a força da jurisprudência francesa. Uma empresa de discotecas inventou uma grotesca brincadeira para brindar os jovens freqüentadores dos seus clubes: o lancer de nain. Isto mesmo: o arremesso de anão! Consistia em transformar um homem de pequena estatura em projétil, a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de espetáculo. Movido pela repugnância que a iniciativa provocou, o prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interditou o espetáculo, fazendo valer a sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal. Do ponto de vista legal, o ato de interdição teve como fundamento o Código dos Municípios, norma de âmbito nacional (a França é um país unitário) que disciplina de forma minuciosa o exercício da ação administrativa estatal no

plano municipal. Nos termos desse Código (art. 131), incumbe ao Prefeito, sob o controle administrativo do representante do poder central na respectiva circunscrição (Préfet), o exercício do poder de polícia no Município, podendo intervir em atividades ou limitar o exercício de direitos sempre que necessário à preservação da ordem pública. Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Insatisfeita, a empresa interessada, em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles visando a anular o ato do prefeito.

Relata ainda que em primeira instância os autores obtiveram êxito, já que a corte administrativa (na França, os órgãos jurisdicionais, mesmo em primeira instância, têm em regra a estrutura colegial) julgou procedente o “*recours pour excès de pouvoir*” por eles ajuizado e anulou o ato do Prefeito, entendendo que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de perturbar a “boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas”. Mas, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, declarando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana.”

Completa dizendo que está retratado, aí, um quadro moderno do prestígio desfrutado pela jurisprudência na França de hoje, inclusive delineando uma perfeita ligação entre o Código dos Municípios e a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

O caso do arremesso de anão é usado para defender a aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para demonstrar que a proteção da dignidade pode gerar mais indignidade. Explico.

Como reportado anteriormente, o anão recorreu da decisão que proibiu a atividade por alegar que aquele emprego era o único que ele tinha e que era o modo que ele possuía para sustentar sua família.

Segundo o anão, dignidade é ver sua família bem alimentada e usufruindo os recursos conseguidos com o trabalho. A decisão que decidiu pela dignidade da pessoa humana teria cessado a indignidade de ser arremessado e instaurado a indignidade de não ter emprego e sustento.

Em que pese a dor do anão e sua dificuldade de encontrar um emprego, a dignidade preservada pela decisão não é apenas dele, mas de todos os anões da França, e por que não, do mundo. O que seria da população se virasse mania nacional o arremesso de anão? As pessoas brincariam disso na rua, na escola, universidade, no intervalo do almoço. Quantos anões não seriam tratados como brinquedo.

Ademais o fundamento para se proibir essa atividade é o mesmo fundamento para proibir a prostituição, é a coisificação do ser humano. O anão deve ser tratado como uma pessoa, com problemas e soluções, inteligência equiparada às demais pessoas, e não como um brinquedo passível de aluguel.

Repete-se aqui o entendimento do professor Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 33-34), que ao falar sobre a função social do contrato, demonstrou seu entendimento congruente com o que se expôs, dizendo que o Estado democrático de direito, em seus moldes atuais, evita participar diretamente na produção e circulação de riquezas, valorizando o trabalho e a livre iniciativa privados. É, com efeito, na livre iniciativa que a Constituição Federal apóia o projeto de desenvolvimento econômico que interessa toda a sociedade. Não é, contudo, apenas a livre iniciativa, o único valor ponderável na ordem econômica constitucional. O desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social. Um e outro são aspectos de um único desígnio, que, por sua vez, não se desliga dos deveres éticos reclamados pelo princípio

mais amplo da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social. Nada, com efeito, justifica o tratamento da pessoa como coisa ou como simples número de uma coletividade.

Portanto, esse é mais um caso onde a Autonomia da Vontade foi corretamente delimitada pelo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda que o próprio anão, protegido na decisão, tenha que arcar de forma mais severa com os efeitos da decisão, por não ter mais o emprego do qual provia a sua subsistência.

Sabe-se que os direitos do trabalho são irrenunciáveis, ainda que isso acarrete prejuízos ao trabalhador. Sacrifica-se o interesse daquele trabalhador pelo bem da classe.

8.4 – As Advertências de Canotilho

Neste item propõe-se discutir os casos trazidos pelo professor Canotilho (2001, p. 111-112) que tentam advertir o estudioso do direito quanto às peculiaridades do direito privado e o conflito de direitos fundamentais, onde a ponderação com certeza ferirá um direito garantido pela Constituição Federal.

Em que pese o posicionamento do ilustre professor, que é de grande valia para o debate do assunto, os casos precisam de solução. A ponderação deve ser usada a fim de preservar o que é mais interessante para o coletivo, ainda que na decisão em particular seja em benefício de um só. Refiro-me ao fato de que muitas vezes o direito individual é aquele mais benéfico para a sociedade.

Sem mais delongas, vai-se aos casos trazidos pelo professor e à ponderação de direitos passível de ser feita em cada caso.

O primeiro caso trazido pelo autor é denominado de “A urbanização quimicamente branca” ou a “*action under color of State Law*”. O caso conta-se em poucas palavras. Os compradores de moradias dentro de uma urbanização localizada em uma cidade norte-americana teriam de aceitar a cláusula contratual de proibição de venda a indivíduos de raça negra. Um dos adquirentes violou a cláusula contratual, alienando a sua propriedade a um “cidadão preto”. O problema aí está: será de imputar a violação do princípio da igualdade ao próprio Estado na medida em que este, através dos seus tribunais, da razão aos titulares da urbanização, reconhecendo a nulidade da venda em violação de uma cláusula contratual? Mas o que é que é “nulo”: é a própria cláusula contratual por amor à Constituição (princípio da igualdade) ou a venda em violação da cláusula por amor à liberdade contratual?

Neste caso vê-se claramente a delimitação do Princípio da Autonomia da Vontade. Uma cláusula contratual não pode ser discriminatória, como qualquer outro ato da vida humana. A ponderação dos princípios deve ter como objetivo o fim da Constituição, que é fazer uma sociedade mais justa e igualitária. A discriminação, seja racial, sexual, por idade ou por sexo, já se utilizam diversos artifícios ocultos para ferir o princípio da igualdade. A recusa de contratação não tem a obrigatoriedade de ser motivada. Portanto, existem diversos casos onde um dos contratantes, de forma silenciosa, deixa de contratar com alguém por razões discriminatórias.

Se nos casos ocultos não há possibilidade do Estado intervir, nos casos onde a igualdade é violada de forma ostensiva, há de ter uma intervenção para que o princípio não seja minorado.

Ademais, a liberdade de escolha do contratante deve ser feita segundo os princípios da livre-iniciativa e valorização do trabalho. Não é facultado ao contratante escolher a raça ou sexo do outro contratante, mas a liberdade diz respeito a contratar com aquele que inspira mais confiança, que pode dar maior probabilidade de ganho ou da forma que seja mais confortável. O princípio da liberdade não pode ser reduzido a meros caprichos de contratantes que não respeitam a igualdade e a dignidade humana.

O segundo caso é denominado pelo autor de “a terceira mulher”: da “mulher diabolizada” e da “mulher exaltada” à “mulher criadora do seu papel”. Este caso é hoje conhecido como o caso do “diferencialismo das executivas”. A história tem mulheres de carne e osso e conta-se também em curtas palavras. Uma multinacional propõe a uma de suas executivas top, a colocação imediata num importante posto de chefia com a cláusula de proibição de gravidez ou de “barriga de aluguel” durante 10 anos. A opção para a mulher de 26 é clara: ser mãe ou ser mulher de sucesso. A “proibição de gravidez” é uma cláusula constitucionalmente proibida; mas como proibir, no mundo da autonomia contratual-global, a inserção de uma condição que mais não é, segundo alguns, que a invenção da “terceira mulher”: a “mulher criadora do seu próprio papel!”?

Mais uma vez se verifica que a Autonomia da Vontade deve dar lugar aos princípios da valorização da família e da socialidade. Não é de interesse para a população que as suas mulheres deixem de ser genitoras por imposição contratual. Em primeiro lugar ninguém, em uma idade fértil, pode afirmar que não será pai ou mãe nos próximos dez anos. Vê-se nesse caso a patente violação do princípio da razoabilidade. As pessoas podem mudar de idéia em questão de dias, quanto mais em um período de dez anos. O compromisso de não engravidar pelo período de um ano já seria abusivo, por ser a fertilidade algo impossível de se evitar em sua plenitude. Todos os métodos contraceptivos possuem margem de falha, são passíveis de erro até em sua manipulação, além dos erros intrínsecos à atividade. Portanto, trata-se de cláusula impossível de ser cumprida, por não haver método contraceptivo capaz de garantir a satisfação plena da obrigação.

A não ser que a contratante deixe efetivamente de manter relações sexuais por 10 anos, o que seria ainda mais abusivo. Se não é possível garantir que não haverá desejo de ser mãe pelo período proposto, quanto mais que a contratante não se apaixonará por alguém durante esse período, já que vemos a todo o momento casais se unindo na terceira idade.

O mais importante nesse caso é ressaltar que a família é de extrema importância, a carreira também, o patrimônio também, mas para a sociedade é importante que as famílias estejam felizes e cumprindo o seu papel de família, se amando, se doando um pelo outro e tendo filhos quando o planejamento familiar assim o determinar, ou quando na impossibilidade de impedir a fertilização, esse filho seja amado e respeitado como um ser humano digno.

O terceiro caso trazido pelo autor é denominado de “As antenas parabólicas dos emigrantes portugueses”. O caso vem relatado em revistas alemãs. Vale a pena conhecer a história. Um emigrante português solicitou ao senhorio do prédio que tomara de arrendamento a autorização necessária para colocar no telhado uma antena parabólica de televisão para melhor captar os programas em língua portuguesa. O senhorio denegou tal autorização, e, perante esta recusa, a emigrante portuguesa intentou a ação competente junto dos tribunais para o reconhecimento do seu direito fundamental à informação. O êxito junto aos tribunais ordinários foi nulo, mas o mesmo já não aconteceu quando, através da ação constitucional de defesa, o Tribunal Constitucional Alemão teve de se pronunciar sobre o assunto. A ordem jurídica dos direitos fundamentais está presente na “ordem dos contratos”. Os contratos de arrendamento não são espaços livres de direitos fundamentais como o direito de informar-se e ser informado.

Nesse caso, pelo que nos foi apresentado, a recusa do senhorio foi imotivada, se não foi não nos foi passada a motivação.

Obviamente que o direito de informação é de extrema importância, estar conectado à sua terra natal faz parte da cultura da pessoa, e respeitar a cultura é respeitar o indivíduo e o povo com suas peculiaridades.

Contudo, apenas seria justificada a recusa por parte do senhorio se a instalação da antena parabólica danificasse de forma irreparável a sua propriedade, motivo pelo qual a arrendatária deveria procurar outra maneira de estar conectada à sua terra natal, mas

essa hipótese não foi levantada pelo problema, motivo pelo qual mantemos o nosso posicionamento acima.

O direito de propriedade, como a Autonomia da Vontade, não é absoluto. Tanto não o é que o poder público tem o poder de desapropriar a fim de satisfazer o interesse público. Ademais, diversas legislações vêm constantemente minorando os abusos que são passíveis de ser cometidos pelos proprietários.

Mais uma vez se menciona a impossibilidade de prever todos os fatos da vida humana, devendo a Constituição Federal e a legislação fornecer elementos para que o aplicador da lei possa minorar os abusos no caso concreto, mesmo em sacrifício de uma liberdade.

O que se verifica muitas vezes é o abuso de direito. Quando vemos casos como os expostos nesse trabalho, percebe-se claramente que os princípios são usados para impedir o abuso de direito, ou seja, aquela pessoa que não abre mão de um direito seu e passa a ferir o direito de outrem.

O quarto caso trazido pelo autor é denominado “Liberdade de consciência ou ciência aplicada?” O caso do “químico anti-radiativo”. O cientista “X”, que trabalhava em uma empresa de produtos químicos, viu-se confrontado com um projeto de investigação destinado a estudar tratamentos contra as doenças radioativas resultantes da utilização de armas nucleares. Defensor como era da utilização pacífica da energia atômica, recusou-se a participar de um projeto atentatório da sua liberdade de consciência e de convicção. O despedimento esperava-o. Mas poderá ou não invocar-se o direito fundamental da liberdade de consciência contra a violação de deveres funcionais resultantes de uma relação jurídica de emprego?

Esse caso é um pouco mais complicado, não há como invocar uma estabilidade ao contratado que mantiver justamente o seu direito de convicção. Não se pode no caso

fazer uma alusão à convicção do juiz ou promotor, exatamente pela peculiaridade do direito privado.

Em sendo lícita a atividade, não pode o empregado se recusar a fazer alguma coisa sob pena de insubordinação, ainda que contra suas convicções.

Eis um caso onde a liberdade de convicção e consciência é respeitada, reconhecida, mas não pode garantir estabilidade ao empregado, sob pena de abuso do instituto da aplicação direta, como nos referimos acima. Ninguém pode obrigar um empregador a manter um empregado que não faz o serviço que lhe é pedido, por mais justa que seja a motivação do empregado. Estamos supondo, obviamente que a atividade é lícita, sob pena de ter que arcar o empregador não só com as despesas da rescisão contratual como também indenizar o empregado pelo constrangimento.

O reconhecimento de um caso onde a aplicação direta da Constituição Federal não é possível não minora o que até aqui foi dito. Adverte-se durante toda a dissertação que nem sempre seria possível a aplicação de tal técnica, aliás, se disse que o método deveria ser usado apenas quando o jurista não vislumbrasse uma decisão consonante com a Constituição e adequada ao caso concreto.

O quinto e último caso trazido por Canotilho, é denominado “Liberdade de religião” ou “divórcio religiosamente correto”? Mais uma ingerência na ordem jurídica civil. Desta feita é a ordem civil matrimonial que está em causa. A senhora "X" solicitou o divórcio porque o seu marido mudou de religião, o que tornou insustentável uma relação matrimonial construída no pressuposto da igual religião dos cônjuges. Será juridicamente correto fazer apelo à liberdade constitucional de religião (e de mudança de religião) para se opor à dissolução do matrimônio num tribunal civil? Em que medida o contrato de casamento (e o seu termo) estará condicionado à ordem constitucional dos direitos fundamentais?

Em que pese a delicadeza do caso exposto, a motivação para a dissolução do casamento, pelo menos no Brasil, é um fato puramente de Direito Civil. O Código, de certa forma, minorou a busca de um culpado para a falência da sociedade conjugal. Sendo de menor importância decidir se a culpa está com o marido que mudou de religião ou da mulher que não soube respeitar a nova religião do marido.

Os direitos de livre expressão religiosa e de respeito à família não foram desrespeitados, mas não é possível minorar todos os efeitos da tomada de uma decisão.

Há casais que se separam por questões muito menos relevantes do que esta trazida pelo autor, o que revela que muitas vezes o fato trazido aos autos como motivo da discórdia é apenas um pretexto para a dissolução de um vínculo deveras enfraquecido.

O exercício proposto neste item é exatamente a proposta da interpretação tópica, analisar cada caso para ver a necessidade ou não de aplicação dos Princípios Constitucionais, viu-se que em alguns casos o exercício foi bem sucedido, no quarto caso prevaleceu a regra e no último não se achou qualquer afronta à Constituição Federal.

8.5 – A Jurisprudência do STF

Dois casos são freqüentemente usados para demonstrar a afeição do Supremo Tribunal Federal à aplicação dos Princípios Constitucionais nas relações privadas a fim de minorar os danos da Autonomia da Vontade.

O primeiro caso se refere ao Recurso Extraordinário 158.215-4 do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. Segue a ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal

direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Trata-se, portanto de exclusão de associado da cooperativa sem respeito ao Devido Processo Legal. A partir do momento que as pessoas se associam e fazem regras para o ingresso na cooperativa, a exclusão de pessoas deve ser motivada e devidamente analisada, até porque muitas vezes aquela associação é deveras importante para o associado, sendo impossível de mensurar os problemas que a pessoa enfrentará ao ser excluído daquela associação.

Mas o mais importante desta decisão é o precedente que ela abre. Ausente no Código Civil artigo que previa o evento danoso, os ministros do Supremos Tribunal Federal se valeram do Princípio do Devido Processo Legal, mesmo em sede privada, para que fosse assegurado o direito de defesa antes da possível exclusão do associado.

Tradicionalmente o devido processo legal foi concebido para resguardar o particular de dano proveniente do Estado. Contudo a sua aplicação no âmbito privado foi necessária e exemplarmente aplicada, abrindo precedentes para que as demais instâncias do judiciário utilizem o mesmo raciocínio.

Outro caso patente de utilização do Princípio Constitucional na relação privada diz respeito à isonomia no local de trabalho. O acórdão foi proferido no Recurso

Extraordinário nº 161.243-6 do Distrito Federal, cujo relator era o Ministro Carlos Veloso. Segue a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.

- I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput).
- II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célso Borja, RTJ 119/465.
- III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.
- IV. - R.E. conhecido e provido.

O Princípio da Isonomia resta patente no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Igualdade entre os empregados que desempenham a mesma função em uma empresa.

Tendo em vista que o branco não pode receber mais vencimentos que o negro, que o homem em relação à mulher, que o heterossexual em relação ao homossexual, também não é possível que o estrangeiro receba mais vencimentos do que o brasileiro.

Até porque todas as empresas atuantes no Brasil, embora o capital possa ser externo, são empresas regularmente inscritas no Brasil, atuando em igualdade de condições com as empresas de capital nacional, sendo claro que no Brasil recebem o mesmo tratamento que as outras empresas, não podendo assim fazer distinção entre seus trabalhadores.

Com relação aos exemplos era isso que se tinha a propor. Tendo sido demonstrado que nem sempre é possível encontrar um resultado sem impactos aos tutelados, que algumas vezes a Autonomia da Vontade não pode ser delimitada por Princípios Constitucionais, por não ser razoável a sua delimitação, e que algumas vezes a aplicação direta da Constituição não é possível. Contudo, a aplicação Direta dos Princípios Constitucionais é salutar se usada com moderação.

Conclusão

Não seria propriamente correto dizer, no sentido atribuído neste trabalho, que a Autonomia da Vontade foi diminuída, restringida a ponto de não ser mais um princípio basilar do contrato e da sociedade. Ao contrário, a Autonomia da Vontade individual foi restringida, mas o princípio se moldou às necessidades contemporâneas da sociedade.

Os valores éticos e a socialização do Direito Civil fizeram com que a Autonomia da Vontade ganhasse mais legitimidade, mais liberdade de ação, no sentido de incentivar os contratos que forem benéficos para ambos os contratantes e para a sociedade.

O Princípio da Autonomia da Vontade pode ser delimitado pelos Princípios Constitucionais por duas vertentes. A primeira delas é legislativa e a segunda é judicial.

A delimitação pelo legislativo já foi feita em grande parte e por certo continuará ocorrendo. Os sinais desta delimitação pelos princípios são patentes. Em cada regra ou princípio do Código Civil e das legislações pertinentes, como a lei de locação e o Código de Defesa do Consumidor, é possível indicar o princípio da socialidade, da dignidade da pessoa humana, da supremacia do interesse público, da liberdade, da igualdade, da livre iniciativa e valorização do trabalho, entre outros diversos que não é possível mensurar.

Os princípios da socialidade e solidariedade são possíveis verificar no cerne do Código Civil, nos princípios de boa-fé objetiva e função social do contrato, na legislação trabalhista, impedindo que o trabalhador labore por um período superior ao razoável e outros tantos institutos que nos são conhecidos.

A dignidade da pessoa humana pode ser reconhecida nos direitos da personalidade, nos artigos do Código Civil que protegem o consumidor dos danos que eventualmente o

fornecedor de produtos e serviços pode causar, na instituição do salário mínimo, na proteção ao locatário e à sua moradia, sendo esse rol também exemplificativo.

A supremacia do interesse público pode ser identificada em todas as vedações contratuais contidas na legislação, como função social do contrato e todas as regras de direito do consumidor.

A liberdade é vista no Código quando prevê os contratos inominados, dando ao contratante a faculdade de criar contratos que sequer foram regulamentados. Também é vista na liberdade de contratar, na dispensa imotivada da lei de locações e do direito do trabalho, neste último pagando o que couber.

O princípio da igualdade, de forma comutativa, é visto em todo tipo de artigo, aqueles que tratam os contratantes de forma parelha e os que tratam os contratantes de forma desigual. Isso porque a legislação reconhece que se naquele caso a lei trata de forma desigual é porque naquele momento as partes não são iguais.

O princípio da livre iniciativa e valorização do trabalho é, talvez, a personificação dos princípios descritos acima. Primeiro porque este princípio traz consigo o liberal e o social, o individual e o coletivo, a dignidade de ambos os contratantes, o interesse público e a igualdade paritária e comutativa.

Dessa forma percebe-se a presença dos Princípios Constitucionais na legislação privada delimitando o Princípio da Autonomia da Vontade a fim de o purificar e transformá-lo em um princípio novo.

Se é um princípio novo, por que não acolher a sugestão de mudança de nomenclatura e denominá-lo Autonomia Privada? Porque esta mudança não poupará o princípio da Autonomia da Vontade das críticas que recebe. A mudança de nomenclatura apenas reconhece a delimitação e altera a terminologia, mas nunca o conteúdo. Por isso se

mantém o entendimento de que Autonomia da Vontade e Autonomia Privada são sinônimos.

Desta forma, se nota, também, que não apenas a Autonomia da Vontade se moldou a fim de corresponder às necessidades da sociedade, mas o Direito Civil se modificou para adaptar os seus institutos aos novos parâmetros.

Nesse processo o Direito Civil se despatrimonializou, valorizando mais o indivíduo que seu patrimônio. Passou por um processo de descodificação, para poder atender a todas as vertentes da vida privada que insurgiam. Ainda passou por um processo de funcionalização, deixando o caráter individual que possuiu no passado. Adotou cláusulas abertas que potencializaram o alcance do jurista a fim de coibir os abusos no Direito Civil, reconhecendo que a capacidade do ser humano de renovar as suas relações e criar novas formas de contratar, ou mesmo de agir, é muito grande, sendo impossível que a legislação, mesmo que de forma descodificada, acompanhe todas essas mudanças.

Ademais, o Código Civil adotou, com a positivação de normas abertas, uma característica própria dos institutos da *commum law*, ou seja, passou a olhar o caso concreto como único, não como um objeto que se encaixa na norma, mas um evento da vida, que muitas vezes pode ser único, e que precisa obter uma decisão justa.

Para alguns, esta conclusão poderia parar por aqui, reconhecendo a eficácia da Constituição Federal na legislação infraconstitucional. Contudo para nós a Constituição Federal é atuante nas causas cíveis, de preferência atuando junto com o Código Civil.

Está-se fazendo referência à atividade judicial na delimitação da Autonomia da Vontade pelos Princípios Constitucionais. Esta atividade possui dois momentos marcantes. O primeiro é anterior ao Código Civil de 2002 e o outro é posterior ao referido código.

Antes do Código Civil de 2002 entrar em vigor tinha-se uma Constituição, a de 1988, com uma mentalidade social, despatrimonializada e voltada para a democracia e tinha-se um Código Civil de 1916, que obviamente não foi elaborado em consonância com a referida Carta Magna por ser o Código Civil muito mais antigo.

Neste caso a teoria da recepção resolvia o problema. Se o jurista se deparasse com uma regra que não fosse congruente com a Constituição vigente bastaria concluir que a regra não foi recepcionada pela referida Constituição, o que permitiria ao julgador considerar o artigo revogado e usar do espírito da Constituição Federal, ou seja, seus princípios, para solucionar o caso, quando outra forma de integração de normas não fosse mais apropriada.

Contudo, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, elaborado em consonância com a Carta Magna, este raciocínio não era mais possível, devendo o intérprete, quando se deparasse com um caso de conflito aparente entre a legislação civil e a Constituição Federal, verificar se a incongruência é real ou trata-se de uma opção legislativa.

Portanto, após a entrada em vigor do Código Civil vigente, as possibilidades de aplicação direta da Constituição Federal ficaram mais restritas, possível apenas nos casos em que o Código Civil é manifestamente inconstitucional ou quando o Código é omissivo.

Ainda assim, em conjunto com os Princípios Constitucionais é possível, e até aconselhável, o uso dos Princípios do próprio código, que como visto acima, refletem os ideais e valores da Constituição Federal.

Desta forma, a Autonomia da Vontade pode enfim ser exercida de forma livre e legítima, desde que respeitados os valores éticos e a ordem pública.

Desta forma vê-se que a Autonomia da Vontade valoriza o sujeito e sua individualidade; está estritamente ligada à cidadania, sendo de grande importância para a Democracia; foi importante como motivação para a conquista dos direitos de primeira dimensão; em alguns contratos está muito restrita, a ponto de se restringir ao exercício da atividade e não a cada contrato de forma individual; está fortalecida pela reforma social, sendo hoje em dia não apenas aquele conceito individual do início de sua veiculação, mas um princípio enriquecido pela igualdade das partes, eticidade e solidariedade em todas as fases de sua execução.

Referências Bibliográficas:

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Arruda. *A função social dos contratos no novo código civil*. Disponível em: <<http://www.novodireitocivil.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª ed., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; VIDAL, Serrano Nunes Júnior. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: EDIPRO, 2002

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p.113-120, abr. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In: Gustavo Tepedino. (Org.). *Direito civil contemporâneo - Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, A - 2. ed., rev. e at / 2006

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

BRITO, Carlos Ayres. *A Dupla Centralidade da Constituição e dos seus princípios*, in *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e outro. Coimbra: Almedina, 2008

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa, Almedina, 2003.

_____. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no contexto do Direito Pós-Moderno*, in GUERRA FILHO, Willis Santiago, e GRAU, Eros Roberto, coord. *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões Vinculantes*. 2005. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/17771/17335>. Acesso em 26 de maio de 2010

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado: Las "Formas de Estado" y las "Formas de Gobierno"*. Las Constituciones Modernas. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

DIMOULIS, Dimitri e outro. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais - Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999

EVANGELISTA, Raquel; BREGA FILHO, Vladimir. *Direito Civil constitucional: aplicação e efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/26454>. Acesso em 15 de Nov de 2009

FACHIN, Luiz Edson. *A "Reconstitucionalização" do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios*. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf. Acesso em 25 de novembro de 2009

_____. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Malheiros, São Paulo, 1997

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil Teoria Geral*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coor. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução por Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOTUFO, Renan (Coord). *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002

LOPES, José Reinaldo De Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002

MACHADO, João Baptista. Do Princípio da Liberdade Contratual. In: *João Baptista Machado - Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991. v. I.

MARQUES, Cláudia L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MARTINHO, Geraldo. *Função Social do Contrato na Dinâmica Constitucional*. Guarapari: Ex Libris, 2008

MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. 1ª Ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2000

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. atual. com a Emenda Constitucional n. 52 São Paulo: Atlas, 2006

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito: Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: vol. 1, 2 ed*. São Paulo, Saraiva, 2007.

PASSOS, Rosa. *A aplicação direta das normas e princípios constitucionais de Direito Civil*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35170>. Acesso em 10 de novembro de 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

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

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

QUEIROS, André Luiz Tomasi de. *Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais* Disponível em: http://74.125.155.132/scholar?q=cache:mtEf8_HDc yUJ:scholar.google.com/+André+Luiz+Tomasi+de+Queiróz+&hl=pt-BR&as_sdt=2000
Acesso em 10 de maio de 2010

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e Autonomia da Vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord). *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. ano 3. n. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2009

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade*. 4. ed, São Paulo: Cortez, 1997

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo : Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008

_____. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____, LEITE, J. R. M. (organizadores). *OS NOVOS DIREITOS*

NO BRASIL: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.