

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 163

julho/setembro – 2004

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação

Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Sumário

1. Das considerações introdutórias: origens da autonomia. 2. A aliança-contrato e o pensamento canônico. 3. O desenvolvimento do Racionalismo e do Liberalismo: autonomia da vontade. 4. Autonomia da vontade e autonomia privada. 5. Autonomia privada da vontade e autodeterminação.

1. Das considerações introdutórias: origens da autonomia

A expressão autonomia, que se encontra em dicionários da língua portuguesa a partir de 1836, resulta, em termos etimológicos, da conjunção de duas palavras gregas, *autós* e *nomói*. De *autós* tem-se a idéia de *si mesmo*, representando uma qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser. E *nomói* corresponderia a norma ou regra. A junção do antepositivo grego *autós* com a palavra *nomói* gerou autonomia, que ingressou no vernáculo, provavelmente, por influência da palavra francesa *autonomie* (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 351).

Tanto em dicionários como na expressão vulgar, autonomia perpassa os significados de independência, liberdade, autorregulamentação de condutas, autogoverno. Em tempos modernos – e também pós-modernos –, esses sentidos são geralmente associados a aspectos ótimos, em contraposição a regimes nos quais o exercício desse “autogoverno de si” (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, em-

Otavio Luiz Rodrigues Junior é Doutorando em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado e Mestre em Direito (*magna cum laude*) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Ceará. Diretor-Executivo da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará – FESAC. Advogado da União junto à Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Membro da *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano* – Oviedo, Espanha. Coordenador da Comissão de Análise Legislativa da Escola Nacional de Advocacia.

baraços e contradições num certo ideal de poder extrínseco absoluto, seja este encarado por uma divindade ou por um *Leviatã*, para se referir à figura do Estado, homenageando a famosa metáfora de Thomas Hobbes.

Essa tensão era nítida desde os tempos da Antigüidade Clássica. De fato, Antígona, em seu dramático diálogo com o Rei de Tebas, grita aos recônditos espaços que há uma lei natural acima das leis positivas e que o direito de enterrar seus mortos é uma prerrogativa humana que nem o mais poderoso dos tiranos poderia suprimir (VASCONCELOS, 1986, p. 56; SÓFLOCLES, 1997, p. 40). Na Guerra do Peloponeso, o exilado Tucídides escreve uma das mais belas páginas do humanismo, reproduzindo as embaixadas dos atenienses junto aos humildes colonos mélios, que recusavam aliança aos áticos contra os espartanos.¹

Depois de exortados pelos súditos de Atenas, sob argumentos repletos de retórica, mas que não escondiam o puro e simples uso da força como mecanismo de persuasão, os mélios respondem-lhes de modo tocante: “Vemos que viestes para serdes vós mesmos os juízes do que devemos dizer, e o resultado do debate é evidente: se vencermos na discussão por ser justa a nossa causa, e então recusarmos a ceder, será guerra para nós; se nos deixarmos convencer, será servidão”.

Os áticos refutam que a justiça só prevalece quando entre os homens há compatíveis interesses, completando com a arrogância dos que se acham suportados pelo estímulo das armas: “Ser-vos-ia vantajoso submeter-vos antes de terdes sofrido os mais terríveis males, e nós ganharíamos por não termos de vos destruir”. Os mélios, posto que fracos, são resolutos e negam-se a aquiescer a tais propostas.

Em seu derradeiro esforço, os ilhotas mélios fazem o pungente apelo à misericórdia e à alteridade, lembrando aos atenienses que, se estes os destruíssem, aqueles perderiam o direito de, no futuro, invocar se-

melhantes sentimentos a seus adversários. Hoje, os mélios, amanhã, os próprios atenienses seriam vítimas da crueldade de seus algozes eventuais. A que respondem os conquistadores num tom irretorquível: “Dos deuses nos supomos e dos homens sabemos que, por uma imposição de sua própria natureza, sempre que podem eles mandam. Em nosso caso, portanto, não impusemos esta lei nem fomos os primeiros a aplicar tais preceitos; encontramos-la vigente e ela vigorará para sempre depois de nós; como-la em prática, então, convencidos de que vós e os outros, se detentores da mesma força nossa, agiríeis da mesma forma” (TUCÍDIDES, 1987, p. 282-285; VASCONCELOS, 2001, p. 33-34).

Desnecessário dizer que os atenienses voltaram à ilha de Melos e excidaram todos os homens, levando mulheres e crianças como escravos.

Essa tensão entre liberdade e opressão, direito e força, encontra-se presente por toda a Antigüidade Levantina e Clássica. Os gregos, por sua genial posição no pensamento do Ocidente, produziram diversos libelos em favor daquilo que se hoje costuma chamar de *humanismo*, embora, por variegadas oportunidades, suas práticas desmentissem seus filósofos (VASCONCELOS, 1998, p. 101-102).

Importa, no entanto, afirmar que a *autonomia*, ainda nebulosamente colocada no plano do autogoverno, da autodeterminação ou da *liberdade de conduzir-se a si próprio* – numa construção pleonástica –, permeou as épocas em que refulgiu o humanismo e a valorização do que é próprio dos homens.

No Egito, os homens não passavam de instrumentos exclusivos à existência de um só homem, feito deus – Faraó. Em um fenômeno singular, milhares de indivíduos – muita vez de modo surpreendentemente voluntário – renunciavam a qualquer esperança de uma vida digna em favor da acumulação, em um único espécime, de todas as glórias e de todos os louvores. Os sofistas, na Grécia, representam, com suas idéi-

as relativistas, humanistas e de um criticismo rudimentar, o que melhor se produziu na civilização helênica como resistência à supremacia do Absoluto (JAEGER, 1995, p. 347; VASCONCELOS, 1998, p. 89), tão recorrente nos escritos de Platão. Os sofistas vão comprometer até mesmo a crença popular nos deuses, fazendo-o por meio de sua retórica, demonstrando as contradições da teogonia pagã (BURKET, 1993, p. 591).

Estão depositados no comovente clamor de Antígona ou nos diálogos de Górgias e nas lendas de Prometeu os germens de uma visão de justiça, legitimidade e contratualismo (VASCONCELOS, 1998, p. 89), que, no período do Setecentos e do Oitocentos, vai florir nas mais veementes afirmações da liberdade no plano individual e no social.

Conforme Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 91): "...pode-se dizer com segurança que, na Grécia antiga, a doutrina do contrato social, tal como a concebeu a primeira geração de sofistas, era de fato democrática. Trata-se (...) da teoria da democracia laica, que entroniza valores humanos permanentes".

Não há algo de mais eloqüente a tal respeito que o diálogo entre Sócrates e Hípias, em que se percebe a lei como resultante de um contrato:

– Sócrates: Tem algum significado para ti a expressão leis do Estado?

– Hípias: Certamente.

– Sócrates: E que acreditas que elas são?

– Hípias: Contratos ou pactos feitos pelos cidadãos, pelos quais eles estabeleceram e promulgaram aquilo que se deve fazer e aquilo que se não deve fazer" (VASCONCELOS, 1998, p. 93).

Não se convocam os deuses para fundamentar uma criação socialmente relevante. Os homens fazem as leis e sua *vontade* é o elemento genético daquelas. Percebe-se o ingresso de um outro elemento, a emanção do querer humano como expressão última do autogoverno. Embora extremamente reducionista – o que não será assim compre-

endido nos séculos XVIII e XIX –, a aproximação entre *autonomia* e *vontade* por si só é revolucionária, considerando aquelas distantes centúrias, tão oprimidas pela idéia de divindades autocráticas.

2. A aliança-contrato e o pensamento canônico

Michell Villey (1957) irá usar da expressão "aliança-contrato" para descrever a associação entre Deus – não as deidades pagãs, mas o Todo-Poderoso, o Senhor dos Exércitos – e os homens, na fundamentação do Direito, suposto dentro do universo ainda pouco distinguível das normas éticas, morais e religiosas². A aliança-contrato revela a tentativa perene do Pai Eterno em resgatar o homem do estado pecaminoso, firmando com este relações que se estabelecem "mediante o dom da graça divina e em face da condição de ser livre do homem", como se observa dos pactos com Adão (Gênesis, 3), Noé (Gênesis, 9), Abraão (Gênesis, 14 a 17) e Moisés (Êxodo, 24) (VASCONCELOS, 1986, p. 127-129; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 34).

O Novo Testamento, que traz a revelação do Verbo Encarnado (São João, 1), também consagra a idéia teocrático-contratual, com a Nova e Eterna Aliança, pelo derramamento do sangue do Cordeiro, o Filho de Deus, o mediador da aliança nova: "Por sua morte expiou os pecados cometidos no decorrer da primeira aliança para que os eleitos recebessem a herança eterna que lhes foi prometida" (Epístola aos Hebreus, 9, 15; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 34).

Na Idade Média, exhibe-se a primeira ruptura com o realismo de Porfírio, Boécio e Aristóteles, por força da original contribuição do nominalismo, que colocava, de modo inédito, a concepção do indivíduo em detrimento de conceitos genéricos, de pouca significação existencial (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 35).

Guilherme de Ockham (1988, p. 49-50), o *Venerabilis Inceptor*, inserido nas querelas

de sua Ordem Jesuíta com o Papa João XII, é saudado por Michel Villey (1957, p. 90) como o precursor da idéia da força reitora da vontade humana na constituição de vínculos intersubjetivos, os quais nasciam exclusivamente pelas emanções volitivas, fundadas na lei do Evangelho (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 35).

Naqueles dramáticos momentos para a Cristandade, com a Igreja governada pelos *papas de Bolonha*, numa alusão ao fato de que, por quase trezentos anos, os pontífices eram oriundos da Escola de Direito daquela famosa universidade italiana, evidenciou-se a formação de um pensamento franciscano fortemente influenciado por Duns Scot (GILSON, 1998, p. 736) e Guilherme de Ockham, cujos vórtices estavam na idéia de que o amor e a liberdade ocupariam posição de preeminência sobre o conhecimento e a inteligência.

Orientados pelo desprestígio que o Santo de Assis conferia às discussões teológicas – o que era paradoxal numa época com tantos movimentos heréticos na Europa, citando-se por todos os cátaros no Langdoc e Trancavel –, os franciscanos pregavam que o exemplo de caridade superaria qualquer dúvida dos fiéis quanto à prevalência da doutrina católica. O amor e a liberdade seriam os lindes a guiar as condutas humanas.

Por tais raciocínios, permitiu-se, ainda que de modo rudimentar, inteligir que a *vontade livre* conferiria um caráter individual aos seres humanos. No plano sócio-político, tornou-se possível inferir que as emanções dos governantes – espirituais ou temporais – poderiam ser confrontadas com a idéia de *caritas* e até mesmo merecer objeções dos súditos de São Pedro, conclusão última levada a extremos por um Guilherme de Ockham (1988, p. 49-55), perseguido após o fracasso das tentativas de reconciliação com o papa.

Embora tais pensadores nunca tenham protestado e saído da comunhão plena com a Igreja, suas idéias somente seriam retomadas após o Renascimento e a Reforma, ain-

da que não confessadamente, por filósofos protestantes como Grotius, Leyser e Pufendorf (WIEACKER, 1993, p. 323), com seu *consensualismo*.

3. O desenvolvimento do racionalismo e do liberalismo: autonomia da vontade

O desenvolvimento do sistema capitalista exigiu novos paradigmas, prontamente alimentados por uma efusiva produção intelectual que, sob o controle ainda católico no Renascimento, explode após a Reforma e ganha fortes aspectos de contestação da Igreja e, posteriormente, do Estado Absoluto (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 27).

O jurista inglês Henry Sumner Maine conseguiu resumir tudo isso numa frase: “A História do Direito consiste num progresso que, partindo do *status*, conseguiu chegar ao contrato”³.

Herbert Spencer (apud REALE, 1994, p. 651) pronunciará que “o progresso da civilização assinalaria uma passagem gradativa de um regime institucional (próprio das sociedades de base ou estrutura militar) para um regime contratual (correspondente às sociedades de cunho industrial). Haveria, assim, uma crescente contratualização da sociedade, segundo o ideal de um contratualismo *in fieri*”.

As origens, a ancestralidade, as façanhas de seus antepassados em alguma batalha européia na III Cruzada ou na Guerra das Duas Rosas, as tradições de sangue, tudo deixava de ser importante naqueles anos intrépidos. Os vilões tornavam-se burgueses. A força do dinheiro substituía o poder das terras. Apenas em alguns setores do Estado, como a Administração Pública, o Poder Judiciário e o Exército, ainda importava ser um filho d’algo (WEBER, 1982, p. 424; RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 38).

O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. Se o *status* não mais importava, o novo ídolo era o contrato. A

vontade era a fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização.

É nesse espaço que se qualifica a *autonomia da vontade*.

Buscava-se diferenciar um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público. Resgatava-se o velho anexam romano de Ulpiano (D. I, 1, §2º) – “Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet” (Direito Público é aquilo que se volta ao Estado ou à coisa romana, Direito Privado é o que pertine à utilidade dos particulares) (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 41).

Nessa ordem de idéias, estar-se-ia distinguindo aquele confuso espectro – acima referido – em derredor da expressão *autonomia*, exilando no Direito Público tudo o que respeitasse à organização dos governos e de seus institutos – eleições, leis, administração. A *autodeterminação* encontraria um campo específico no Direito Internacional Público para justificar o direito dos povos de constituírem estados em face de suas peculiaridades gentílicas. É assim que Luís S. Cabral de MONCADA (1988, p. 16) afirma ser o modelo jurídico do Liberalismo assentado na distinção absoluta entre Direito Público e Direito Privado e na autonomia da vontade na esfera econômica.

A autonomia da vontade, por conseguinte, passa a exercer uma importante função no modelo jurídico ocidental moderno, destacadamente nos séculos XVIII e XIX.

4. *Autonomia da vontade e autonomia privada*

Nesse item, de modo mais específico, buscar-se-á a resposta ao problema: “como definir autonomia da vontade e autonomia privada?”

A título de preliminar epistêmica, é preciso reconhecer que não há uma *autonomia da vontade*, mas, verdadeiramente, diversas *autonomias*, conforme a visão de cada época sobre referido conceito. Dir-se-ia que o Oito-

centos e o Novecentos construíram uma concepção de autonomia, o que veio a ser subvertido totalmente no século XX, como bem assertou Federico Castro Y Bravo (1985, p. 11).

Procedida a essa ressalva, cumpre identificar o surgimento próprio da expressão autonomia da vontade nos tempos modernos.

Há duas visões a respeito.

Tradicionalmente, invoca-se Immanuel Kant (1997, p. 85) como o precursor da expressão autonomia da vontade, a partir de sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*. O Filósofo de Königsberg irá assim defini-la:

“Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.”

Marcel Waline (1945, p. 169-170) também invoca a autoridade kantiana como suporte da autonomia da vontade.

Anote-se, contudo, a posição de Véronique Ranouil (1980, p. 55), fortemente lastreada, no sentido de que a expressão ingressou no direito interno a partir de contribuições dos internacionalistas no século XIX, ao estilo de Brocher e Weiss⁴. Nadia de Araujo (2000, p. 50), ainda que de modo indire-

to, também reconhece que os autores de Direito Internacional, no Oitocentos, desenvolveram o conceito de *autonomia da vontade*, fazendo-o a partir das posições de Charles Dumoulin no século XVI⁵.

Não há, entretanto, como discordar da influência francesa na difusão desse conceito, seja pela tradução mais famosa da *Metafísica dos costumes*, tendo como fonte a versão gaulesa *Fondements de la métaphysique des mœurs*, seja pelos autores de Direito Internacional. Outrossim, é indiscutível o sentido de autonomia da vontade no século XIX, ainda persistente em boa parte da doutrina civilista, tal como anota Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 14).

Estar-se-ia diante da primeira concepção da autonomia da vontade, de caráter subjetivo ou individualista.

Após os sucessos da Revolução em França e a prevalência do dístico da igualdade, fraternidade e liberdade, nada mais natural que se desse uma hipérbole na posição humana na sociedade. A homens nascidos livres e iguais, indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito.

A autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas. Essa concepção, como visto, é o resultado de um constante evoluir do pensamento jusfilosófico, em que ocupam posições destacadas a doutrina da Igreja, o Direito Natural e o individualismo decorrente das idéias liberais da Ilustração (RIPERT, 2000, p. 52).

É assim que juristas como LAURENT (apud RANOUIL, 1980, p. 35) vão oferecer justificações filosóficas e positivas à autonomia da vontade. As primeiras fundam-se na idéia de que “la liberté est l’essence des contrats et la liberté de contracter est elle-même un droit naturel de l’homme (73.) Les formules utilisées sont très significatives: ‘...l’homme ne vit pas uniquement de pain; le corps n’est que l’instrument de l’âme; (...) ‘La liberté de contracter a toujours été considérée comme une dépendance du droit des gens, elle appartient à tout homme comme tel’”.

Antonio Junqueira de Azevedo (2002a, p. 13) identifica o período em que se forjou essa concepção de autonomia da vontade com uma óptica *insular* da dignidade humana, de caráter dualista, separando *homem* e *natureza* em níveis distintos. E, prosseguindo, vale-se de uma figura metafórica das mais elegantes: “O racionalismo iluminista, que deu origem à concepção insular, corresponde visualmente à figura do homem europeu: o terno que veste deixa-lhe à mostra somente a cabeça e as mãos (= razão + ação, ou vontade); o resto do corpo é a parte oculta do *iceberg* – a natureza física, cuja essência, no homem, aquela filosofia ignora”⁶.

Percebe-se que essa visão da autonomia da vontade, denominada “francesa” por Antonio Junqueira de Azevedo (1986, p. 77), corresponde a uma certa noção de liberdade ou de possibilidade conferida a cada pessoa para agir ou não agir, de um modo ou de outro. Seria “uma esfera de autodeterminação individual que pode, ou deve, ser maior ou menor, segundo a maneira de ver dos vários autores”.

Absolutamente emblemática sobre essa autonomia da vontade à *francesa*, fortemente contaminada por influxos jusnaturalistas, é a interessante passagem do Marquês de São Vicente (apud RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 40-41), abaixo transcrita:

“O direito ou liberdade de contratar é de tal modo evidente que ninguém jamais dirigiu-se a impugná-lo; seria para isso necessário pretender que o homem não pode dispor de sua inteligência, vontade, faculdade ou propriedade.

Não basta porém reconhecer este direito como inconcusso, é demais necessário saber respeitá-lo em toda a sua latitude e suas lógicas consequências, senão o princípio, posto que consagrado, será mais ou menos inutilizado com grave ofensa dos direitos do homem; entraremos pois em resumida análise do mesmo.

O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam para com uma outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.

O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade e condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em suma a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.

Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos, como de sua propriedade. Uma das primeiras garantias, sem a qual não há plenitude de propriedade, é a da livre disposição dela; ora, proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade”.

É paradoxal, como bem anota Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 15), mas a concepção francesa traz em seu interior o germen de sua própria destruição. A vontade individual estaria sendo *autorizada* pelo ordenamento jurídico. Tanto assim o é que os códigos do Oitocentos apresentam uma fórmula-padrão para definir o que se consi-

dera universalmente como o fundamento da autonomia volitiva: o art.1.134 do Código Civil dos Franceses de 1804⁷, reproduzido em termos simétricos no art. 702 do Código Civil Português de 1867; art.1.091 do Código Civil Espanhol de 1889; art.1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas⁸ (1983).

Ao indicar que as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram, os legisladores do Oitocentos geravam uma *contradictio in terminis*, perceptível pela simples leitura dessa passagem de Laurent (apud RANOUIL, 1980, p. 35), quando este cuida dos fundamentos positivos da autonomia da vontade: “La seconde explication de la souveraineté de la volonté est très précise: l’autonomie des parties contractantes est reconnue en droit interne par l’article 1134 du Code civil dont l’article 1387 n’est qu’une application particulière. Ces dispositions autorisent les parties à jouir ‘de la plus entière liberté tant qu’elles ne font que régler leurs intérêts privés”.

Henri de Page (1948, p. 15, t. 2), autor do século XX, mas profundamente influenciado pela visão francesa do Novecentos, também incorre na mesma contradição ao conceituar a autonomia da vontade como “o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções”.

Daí a procedência da crítica de Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 15), ao pontuar que “... é evidente, cai por terra a idéia da autonomia como poder de fato; tratar-se-ia, na verdade, de ‘poder jurídico’, isto é, autorização dada previamente pelo ordenamento, para que o indivíduo, respeitadas as regras legais, dê causa, por meio do negócio jurídico, a efeitos jurídicos”.

Por sua enorme simetria a tais observações, merece ser transcrita essa passagem de Marcel Waline (1945, p. 169):

“L’article 1134 du Code civil pose bien le principe célèbre: ‘Les conven-

tions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites’, mais il ne le justifie ni ne l’explique; et ce laconisme du Code a incité les juristes à tenter à sa place cette explication et cette justification. On sait qu’ils ont imaginé alors la doctrine de l’autonomie de la volonté.

A vrai dire, c’est plutôt d’ailleurs un constatation ou une systématisation de la règle de l’article 1134 qu’un essai d’explication rationnelle. Un adversaire de cette théorie, M. Gounot, a pu écrire que les auteurs classiques, pressés de justifier leur théorie sur l’autonomie de la volonté, ne pourraient finalement répondre que ceci: ‘Le contrat oblige... parce que le contrat oblige...’ (...).

Cette doctrine n’est cependant pas inexplicable. On peut tout au moins rechercher, à défaut de justification rationnelle, les raisons qui ont déterminé son élaboration et son succès à l’époque du Code civil, et celles qui déterminent son déclin actuel.”

Para concluir que a autonomia da vontade poderia ser enquadrada em duas posições essenciais: toda obrigação, por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente consentida, deve ser sancionada pelo Direito. As quais seriam sintetizadas em uma só fórmula: “le libre consentement est la condition nécessaire et suffisante pour qu’un engagement soi sanctionné par le Droit” (WALINE, 1945, p. 170).

Percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do *individualismo*, esquecendo o substrato *humanista* que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos designios da lei.

Durante todo o século XX, a autonomia da vontade estigmatizou-se por suas liga-

ções com os princípios tradicionais dos contratos (AZEVEDO, A. J., 1998, p. 115), ao estilo de certos súditos da República Francesa que colaboraram com os nazistas sob o governo em Vichy do general Henri-Philippe Petáin. De fonte da *liberdade contratual* – e indiretamente da liberdade de contratar –, passou a autonomia a sofrer toda sorte de deblaterações doutrinárias, quase sempre seguidas de brados a que se lhes fossem impostos limites e contenções⁹.

Emilio Betti (1969, p. 107, t.1), nesse contexto, adequadamente proclama que a autonomia sob a égide da vontade põe a perder a correta visão de negócio jurídico, o qual “não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática”.

Eis que o século XX tem início em 1914, sob as crateras de Verdun e do Somme, fertilizado pelo sangue de toda uma geração de jovens, muitos deles advindos das melhores famílias da aristocracia européia, como que saídos de um poema de Alfred Lord Tennyson, ao estilo da famosa balada *A carga da brigada ligeira* (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 79).

Dá-se, com o pós-guerra, o advento de um tempo novo para um *brave new world*, nas palavras de Aldous Huxley (2001, p. 178). Fascismo, comunismo, nazismo, intervenção estatal na Macroeconomia e na Microeconomia, quebra dos paradigmas e das certezas do Oitocentos.

Assim, tais fatores externos tornariam a Economia e seus institutos passíveis de submersão às chamadas *crises sistêmicas*, nas palavras de John Maynard Keynes (1992, p. 235). Sua influência no Direito é assertoada por Orlando Gomes e Antunes Varela (1977, p. 23), escrevendo numa época em que ainda imperava com grande fausto o Estado intervencionista:

“Nesse quadro, o substrato econômico, político e ético do Direito Civil desintegra-se, arrastando na queda as estruturas formais que o envolviam.

(...) Aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica e a expressão insubstituível da autonomia privada, e, da propriedade, um direito natural do homem sobre o qual se apoiaria a vida econômica da sociedade e dele próprio, não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado. Ele se fragmenta e cede terreno ao Direito Econômico. (...) O Direito Econômico compreende as normas relativas às relações econômicas, estejam no corpo do Código Civil, do Código Comercial ou em leis especiais, sejam de direito privado ou público, integrem este ou aquele ramo da árvore jurídica”.

Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*.

Dir-se-á, agora, apenas, *autonomia privada*. É a visão italiana, que guarda sonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo” (AZEVEDO, A. J., 1986, p. 78).

Com maiores ou menores discrepâncias entre suas orientações, podem ser alistados nas hostes da autonomia privada os nomes de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen. Sua linha dogmática tem recebido a denominação de objetivista ou prescritiva, essa última que se evita o uso para não confundir com *status* peculiar de Emílio Betti (AZEVEDO, A. J. 2002b, p. 9).

Os pontos de aproximação entre esses autores estariam nos seguintes aspectos: a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos

os, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

Hans Kelsen (1995, p. 285) di-lo com maior precisão: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”.

Em seguida, o autor de Viena procura resolver a flagrante contradição de homens livres criando sanções de base normativa para eventual aplicação a outros homens: “A sanção estatuída na norma jurídica geral constitui, como dever principal, o dever de omitir uma conduta contrária ao negócio jurídico e, portanto, de não provocar prejuízo que por ela é causado; e, como dever sucedâneo, o de indenizar o prejuízo causado pelo não-cumprimento do dever principal” (KELSEN, 1995, p. 287).

De modo bem nítido, Hans Kelsen (1995, p. 288) sustenta que o princípio da autonomia privada exprime-se na seguinte fórmula: uma norma criada contratualmente poderá instituir direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a formaram (ressalvados casos excepcionais, como os contratos a cargo ou em favor de terceiro, previamente admitidos por lei).

Já Luigi Ferri (1959, p. 4-5) enaltece que: “Tutto questo spiega l'imprecisione e il promiscuo uso delle espressioni 'autonomia privata', 'autonomia della volontà', 'libertà contrattuale', ecc., che ho ora rilevato; ma spiega soprattutto la nessuna utilità costruttiva del concetto di autonomia privata così configurato. (...) Ed infatti non vi sarebbe attività umana volontaria che non possa essere fatta rientrare in una tal concezione dell'autonomia privata (ad esclusione dell'attività attribuite allo Stato ed agli enti pubblici in generali)”.

Adiante, ao cuidar do caráter da autonomia privada, o mesmo autor reconhecer-lhe-á a função normativa, louvando-se em Hans Kelsen, embora se escude no uso do adjetivo *social*, com alguma freqüência, para qualificar sua visão de *autonomia privada*. Para Luigi Ferri (1959, p. 255), a autonomia privada estaria situada no âmbito de criação das normas jurídicas pelo particular, sempre *atribuído* pelo ordenamento.

Salvatore Romano (1957, p. 15) critica a posição puramente normativista da *autonomia privada*: “Non è possibile, in altri termini, prescindere dal sistema nel quale l’elemento normativo è, a sua volta, inquadrato. A parte le distinzioni prospettate tra varie specie di autonomie, ci sembrano senz’altro inaccettabili i sistemi fondati esclusivamente sulle norme; per essere più esatti i sistemi che risolvono l’autonomia in norme così come risolvono l’intero ordinamento giuridico in norme...”.

Embora reconheça ser um erro “reduzir tudo à norma”, Salvatore Romano (1957, p. 16) não apresenta soluções originais para o problema, limitando-se a invocar uma certa idéia de institucionalismo.

Esse caráter institucional da autonomia privada é também defendido por Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón (1995, p. 372), ao certo que para os autores espanhóis aquela se reveste do caráter de princípio geral do Direito, “porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado”. A tanto, não se deve vinculá-la aos postulados liberais, da autonomia da vontade, como um poder de criação particular, muito menos confundí-la com a prerrogativa de criação de regras jurídicas *in concreto*, como querem os objetivistas.

O império da autonomia privada na centúria que findou é inegável. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os *abusos* da liberdade pelos particulares.

Francesco Messineo (1952, p. 17), comentando as inovações do Código Civil italiano de 1942, enaltece a introdução de princípios capazes de conter e limitar a autonomia privada. Raymundo M. Salvat (1950, p. 19) noticia os abalos ao princípio da chamada *autonomia de la voluntad*, entretanto, reconhece que as mudanças sociais e econômicas exigiam a revisão dos antigos postulados.

Tais ressalvas não servem, contudo, a preservar teoricamente a visão italiana da chamada *autonomia privada*, o que se afirma em consideração a diversos aspectos, os quais, uma vez desenvolvidos, conduzem a uma visão *social da autonomia privada da vontade* – aqui se recuperando os três elementos da expressão.

Apenas a título de exemplo, capaz de demonstrar os exageros da visão normativa da autonomia privada, tem-se o art. 421, do novo Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”.

A par da errônea em substituir *liberdade de contratar* por *liberdade contratual*, o dispositivo sujeita a autonomia privada da vontade – corolário dessas liberdades – não somente aos limites, mas, exacerbadamente, *ad libitum* da interpretação que venha a ser conferida à *função social do contrato*. Essa crítica, manifestada por Antonio Junqueira de Azevedo, revela quão perniciosos podem ser os efeitos de uma óptica normativista-objetiva em derredor à noção de autonomia privada. O condicionamento de seu exercício *in concreto* às razões da função social opera um giro radical: dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatualismo.

Por influência das observações de Antonio Junqueira de Azevedo e de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 37), o Deputado Ricardo Fiúza, relator do novo Código Civil na Câmara Federal, apresentou o projeto de lei nº 6.960/2002, em que, entre outras modificações, propõe seja dada a seguinte redação ao art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Na justificativa, o Senhor Deputado Ricardo Fiúza aduziu que: “A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira Azevedo, objetiva inicialmente substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”.

Observe-se que o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade. Sua afirmação encontra grande justificativa nos conflitos entre o Antigo e o Novo Regime, o Absolutismo e a Revolução; os contrastes entre os calções e as perucas empoadas dos homens do Setecentos e as calças e as roupas escuras dos representantes do Oitocentos.

O século XIX, com a igualdade formal, a liberdade que se realizava apenas nos diplomas constitucionais e a fraternidade retórica, foi confrontado com as exigências de um século XX pulsante e incontrolável, contestador e céptico, descrente na capacidade humana de resolver seus problemas individualmente.

A autonomia da vontade teve em Friedrich Von Schiller (2001, p. 8) um de seus grandes poetas, expondo, por meio do aristocrata rebelde Karl von Moor, a insurgência contra os costumes de um passado ainda presente. E Aldous Huxley (2001, p. 178), com o Senhor Selvagem, investido na perfeição de um admirável mundo novo, no qual as vontades eram suplantadas desde os embriões e controladas por drogas lícitas, representou a denúncia de um século XX ainda encantado com a autonomia privada em sua concepção estatalista.

Impunha-se, como superação dessas concepções unilaterais de autonomia da

vontade e autonomia privada, uma solução que permeasse seu caráter pré-jurídico (MIRANDA, 1989, p. 63) e social.

Na análise dessa terceira concepção, utilizar-se-á a fórmula *autonomia privada da vontade*, de molde a recuperar os três termos da expressão.

O negócio jurídico, manifestação por excelência da autonomia privada da vontade, pode ser invocado para demonstrar que, sob uma visão estrutural – não funcional ou genética –, pode ser dito apenas *existente*, abstraindo-se considerações acerca de sua validade ou invalidez. Sob tal consideração, ter-se-ia um negócio jurídico válido ou inválido – nesse caso, nulo ou anulável – sem qualquer violência lógico-formal. Sua existência estaria assegurada, o problema seria colocado quando do ingresso no plano da validade (AZEVEDO, A. J., 2002b, p. 11-13).

Nesse caso, estar-se-ia afastando a idéia de voluntarismo e de normativismo como inerentes ao negócio jurídico, o que, reconheça-se, é a derivação lógica das duas concepções sobre autonomia privada da vontade até aqui estudadas.

Encontra-se espaço, portanto, para uma nova concepção – dita social – de autonomia privada da vontade.

Emilio Betti (1969, p. 89) e Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 17) referem-se ao famoso caso de Alvise Cá da Mosto (um navegador vêneta que realizava, no século XV, negócios com tribos africanas) e às narrativas de Heródoto sobre práticas comerciais dos cartagineses com povos bárbaros. Em ambas situações fica relevante a presciência da *juridicidade* desses atos, independentemente de disposições normativas antecedentes ou de alguma noção prévia de estado¹⁰.

Clóvis Beviláqua (1977, p. 154), em 1895, já percutia tais idéias, falando em “função social do contracto” e pronunciando que: “Por meio do contracto, o habitante do extremo da Asia ou da Australia e o que vive sob o céu americano, onde brilha a luz branca da estrella polar, ou onde resplandece a

constelação do cruzeiro, reconhecem a congruência de seus interesses, associam-se, ainda que momentaneamente, e, sem que jamais se vejam, entram numa cooperação, para o fim de satisfazerem as próprias necessidades. Embora não se conheçam, senão como armazéns de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transacções, centuplicando as energias”¹¹.

Na literatura moderna, encontram-se outros exemplos bem pertinentes. O primeiro é do naufrago Robinson Crusó, isolado em uma ilha no Atlântico. Na solidão, Robinson Crusó padece por não possuir uma referência ao outro – a alteridade –, que se revelaria na linguagem e no diálogo, expressões de sua racionalidade. Seu isolamento não permitia falar-se na existência do *social* e do *jurídico*. Somente com a chegada de Sexta-feira, o indígena, é que se transforma a realidade daquela personagem.

Sêneca, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino revelam esse caráter de sociabilidade de tudo quanto é humano em dísticos ou expressões como *zoon politikon*, *animal socialis* e *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* (“O homem é, por natureza, político, isto é, social”) (ARENDDT, 2001, p. 32).

A partir desse reconhecimento, é possível admitir a autonomia privada em termos bem próximos ao que Emílio Betti (1974, p. 1559) propõe em seu verbete no *Novissimo digesto italiano*, tendo em conta as exigências da moderna sociedade, destituída do simples caráter de suporte das relações patrimoniais ou obrigacionais: “La ragione saliente del riconoscimento dell’autonomia privata è da ravvisare in ciò: Che la funzione ordinatrice del diritto nell’ambito di una moderna società organizzata non può limitarsi al compito, per sé statico, di proteggere l’attuale distribuzione dei beni, ma deve assumere il perenne rinnovamento, agevolando la circolazione dei beni e la cooperazione fra consociati secondo i bisogni via via emergenti.”¹²

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2000, p. 81) também compreende a autonomia da vontade como algo que pode ser realizado num ambiente pré-jurídico e, a partir do qual, pode *ingressar* ou *não ingressar* no Direito. Embora a considere *auto-regramento da vontade*, o autor percebe muito bem que “a vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem jurídicos; b) as relações nascidas independentemente do direito se tornam jurídicas e, c) relações jurídicas, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem”.

Prosseguindo: “Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, privada, ou em movimentos grupais, de multidão ou de massa. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a relevância jurídica não implique disciplinação rígida da vida em comum.” (MIRANDA, 2000, p. 81). Chegando, por derradeiro, a conclusões similares às de Antonio Junqueira de Azevedo e Emílio Betti:

“Desde as tribos mais primitivas, assim foi e é; e não se poderia negar a existência de relevância jurídica das trocas entre homens do século XV ou XVI e os silvícolas, com a prática de se colocar em lugar certo o objeto oferecido e de se ir buscar o outro objeto, somente porque não há (diz-se) organização política. Ora, todo contacto, amigável ou pacífico, ou guerreiro, entre pessoas de sistemas jurídicos diferentes, é *político*; se há negócios entre elas, fazem-se jurídicos. Não havia, certo, ordem jurídica que regulasse o negócio; mas havia *duas* ordens jurídicas em contacto, regendo cada uma o dever e a obrigação do que a ela estava submetido” (MIRANDA, 2000, p. 82).

Tal perspectiva, dita social, não impede a formulação de *limitações* à autonomia pri-

vada. O século XX foi pródigo em tal intento, resgatando a velha cláusula *rebus sic stantibus*, sob a forma de teoria da imprevisão – atualmente vista à luz dos deslocamentos patrimoniais e da alteração das circunstâncias (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 1118-1122). Há, ainda, a limitação das cláusulas abusivas, a inserção automática de regras externas ao contrato ou a possibilidade de se realizar a execução específica da obrigação de contratar (PERLINGIERI, 1999, p. 279). O art. 334 do Código Civil de Portugal define que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Após a vigência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se um novo sistema contratual no âmbito das relações de consumo, fundado nos princípios da socialização da teoria contratual; da boa-fé; do intervencionismo estatal na edição de leis limitadoras do poder de auto-regulamentação de cláusulas contratuais e na determinação do conteúdo de alguns contratos em atividades essenciais, além de permitir ao Poder Judiciário controlar a economia contratual, pela coibição do cumprimento de cláusulas abusivas (RODRIGUES JUNIOR, 2002, p. 158-162).

Entretanto, o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito e, especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas, em que até a outra incontestável supremacia do Direito Público é passível de revisão, ainda que em ordenamentos mais estáveis como o italiano.¹³

Ressalte-se, por indispensável, que a concepção social é inconfundível com a pura e simples incidência do conceito jurídico de “função social”.

Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) anota ainda que o princípio da função social “difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-

se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilícitamente pessoas determinadas (...)”, deste modo:

“A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art.1º, inciso IV); esta disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.”

Observe-se, ainda, que a autonomia privada preserva em seu conteúdo positivo a possibilidade de se realizarem deslocamentos patrimoniais mediante negócios jurídicos e, em seu conteúdo negativo, uma cláusula geral de que os bens particulares somente podem ser dispostos por sua vontade.

Quanto ao primeiro aspecto, o fundamento desse poder negocial não se encontra na vontade por ser vontade ou na lei por ser lei, mas no caráter *social* e na utilidade que esse caráter oferece aos homens que vivem gregariamente (BEVILÁQUA, 1977, p. 155). No que se refere ao segundo, de natureza negativa, a proteção ao patrimônio é regra de índole magna – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, art.5º, inciso LIV, Constituição de 1988 –, da qual se pode extrair a proteção à autonomia privada como uma prerrogativa fundamental.

Um negócio jurídico dispositivo qualquer permite seja fixada a natureza proces-

sual da obrigação, pela incidência da cláusula do *due process of law*, e, nesse sentido, a realização mesma da autonomia privada da vontade como um valor constitucionalmente protegido. A *socialidade*, também, dá conteúdo fundamental e serve de alicerce principiológico à atividade econômica (valores sociais do trabalho e a livre iniciativa), sustentando a relevância da concepção do caráter social da autonomia privada da vontade.

5. *Autonomia privada da vontade e autodeterminação*

Por fim, cumpre fazer uma derradeira incursão terminológica em torno das expressões *autonomia* e *autodeterminação*.

O princípio da autodeterminação foi objeto de expressa adesão constitucional no art. 4º, inciso III, que o reconhece como um dos primados da República Federativa Brasileira em suas relações exteriores. Seu conteúdo é fornecido pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional Público, consistindo, em linhas bem gerais, na prerrogativa de cada povo constituir-se em estado soberano, produzindo regras próprias sobre seus súditos e sobre a organização interna de suas instituições políticas, com o respeito das demais pessoas jurídicas internacionais.

Autodeterminar-se politicamente é fazê-lo “através da criação de instituições políticas assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self-government*)”, o que se dá mediante uma representação territorial, um procedimento justo de seleção dos representantes e uma deliberação majoritária daqueles, limitada pelo reconhecimento de direitos e liberdades cívicos (CANOTILHO, 1999, p. 218).

Ocorre, porém, que no interesse mais peculiar ao Direito Privado, a palavra autodeterminação vem ganhando contornos diversos, prefigurando-se como uma categoria jurídica mais ampla que a autonomia privada da vontade, mas assimétrica com aquela idéia de ordem publicística.

Joaquim de Sousa Ribeiro (1999, p. 20-21) propõe uma distinção ontológica entre *autonomia privada* e *autodeterminação*, o que, por certo, permitirá sejam solucionados com maior segurança alguns dos complexos problemas que a pós-modernidade tem apresentado ao homem.

De fato, a *autonomia privada*, de que a liberdade contratual é um componente e a mais relevante expressão, constitui-se em um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada (RIBEIRO, 1999, p. 20).”

A *autodeterminação*, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no *poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências* (RIBEIRO, 1999, p. 22).

Tais concepções estão muito próximas às que José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1283), esforçado em John Elster e Saint Holmes, denomina *autovinculação*, princípio pelo qual os indivíduos e as sociedades, por meio de uma constituição, adstringem-se “a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades”.

A autovinculação, que se expressa de um modo positivo ou negativo, daria margem ao autogoverno dos indivíduos, mediante a pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, seja mediante restrições ou exigências, que resultariam em um comportamento ótimo dos homens, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à extinção das espécies discriminatórias (por etnia, sexo ou opção ideológica) ou à educação para condutas justas e úteis (CANOTILHO, 1998, p. 1284).

Entretanto, prefere-se o termo *autodeterminação*, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art.1º, inciso III), pois realiza a *dignidade da pessoa humana*, sob a óptica do *personalismo ético-social* e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.

Logo, a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita *opção sexual* e ao direito de renunciar à própria vida.

Os tempos pós-modernos exigem do jurista uma posição a esse respeito. Conforme Erik Jayme (1999, p. 29), “dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser (*die Absage na universelle Ansprüche eigener Anschauungen*). Isto pode ser dito de forma mais radical: é a aceitação do não conciliável”.

Abre-se, por conseguinte, o necessário ambiente para a superação de uma visão ultrapassada de idealismo, que contaminou o pensamento jurídico em parte do século XX, bem assim a colocação de um novo enfoque ao também incompatível racionalismo de matiz jusnatural.

O único campo em que será travada uma luta de maior interesse diz com o chamado *direito de morrer*, porquanto, bem ou mal, as demais questões – de ordem ideológica, religiosa e de *opção sexual* – tendem a ser resolvidas pelo embate legislativo ou pelos influxos jurisprudenciais, com uma forte tendência para a ampla autodeterminação, posto que, n’alguns casos, ofensiva a valores de índole teológica a que se deveria conferir maior importância.

Quanto ao problema do *direito de morrer*, há uma forte tendência no direito anglo-saxão a que seja considerado uma prerrogati-

va ínsita à esfera de autodeterminação da pessoa humana, encontrando-se no Brasil a obra de Rachel Sztajn (2002, p. 180) como exemplo dessa linha argumentativa.

Nesse tocante, ao estilo das orientações aqui sustentadas, seria incompatível com o texto constitucional e com o chamado *direito geral da personalidade* a admissão, ainda que *sub conditione*, do direito de morrer como expressão do âmbito de autodeterminação humana. É o que Jürgen Habermas (2002, p. 9) chamaria de uma responsabilização solidária pelo outro *como um dos nossos*, o que se alcança numa comunidade moral que “se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados – e de cada marginalizado em particular –, em uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. (...) Antes, a ‘inclusão do outro’ significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos”.

Notas

¹ Confira-se a interessante abordagem desse texto, realizada de modo original por Arnaldo Vasconcelos (2001, p. 32), a quem se atribui a inspiração dessa paráfrase.

² Para uma visão sobre as diferentes espécies de normas, vale conferir Hans Kelsen (1996, p. 27), especialmente por reproduzir o pensamento final do autor de Viena, após suas sucessivas mudanças quanto à norma hipotética e seu conteúdo.

³ “Com esta fórmula – conhecida simplesmente como ‘Lei de Maine’ – quer-se exprimir a idéia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens – poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade – eram determinadas, em larga medida, pela presença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na socie-

dade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação” (RO-PPO, 1988, p. 26).

⁴ Antonio Junqueira de Azevedo (1989, p. 14) faz referência a essa posição da autora francesa.

⁵ É necessário, porém, compreender que o sentido de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado assume contornos assaz peculiares, pois se relaciona, em grande medida, com a liberdade de escolha, no contrato internacional, do foro competente para executar e discutir os termos da avença e as relações da vontade particular em face das leis de ordem pública.

⁶ Segundo Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1990, p. 7-11), os códigos civis tradicionalmente cuidavam dos contratos com as impressões do século XIX, época de estabilidade e de segurança, qualidades essas incompatíveis com o século XX e suas profundas transformações. A título de exemplo, tem-se o repúdio à cláusula *rebus sic stantibus* pelo direito no Oitocentos, que encontra raízes no rigorismo normativo que se pôde manter apenas enquanto conservados estavam os pilares de seu tempo: moeda estável; instituições políticas reacionárias; controle da produção industrial e mercados consumidores cativos.

⁷ Redação original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite”. Em vernáculo: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”.

⁸ O Código Civil italiano de 1865 pronunciava que: “Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os fizeram.” (“I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.”). O Código Civil Português de 1867, no art. 702, estabelecia: “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas na lei”. O art. 1.953 do Esboço de Código Civil não discrepava da orientação reinante no mundo ocidental: “Os contratos válidos têm força de lei para as partes contratantes” (FREITAS, 1983, p. 364). O art. 1.091 do Código Civil Espanhol, aprovado por Real Decreto de 24 de julho de 1889, determina que: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

⁹ Qualquer perspectiva de intervenção do Estado na economia contratual era repudiada de modo veemente: “A lei não intervém no processo senão para impor o respeito àquilo que foi livremente convencionado. Ela oferece seus préstimos pelas disposições chamadas interpretativas ou supletivas,

para ajudar os contratantes em caso de dúvida em melhor compreender por eles mesmos o que estipularam ou para completar as lacunas eventuais de sua convenção” (BATIFOL, 1968, p. 13).

¹⁰ “A visão social do ‘jurídico’, como um dado de cultura, é comum a todos os membros do grupo social. Aliás, mesmo nas sociedades em que há grandes desníveis culturais, como a brasileira, aqueles colocados nas escalas mais baixas, nem por isso, deixam de perceber o caráter vinculante de certos comportamentos. O exame de nossa realidade, sob esse ângulo, é duplamente ilustrativo, porque, de um lado, temos os analfabetos, cuja assinatura a rogo representa a consagração, pelo ordenamento, de que também eles, apesar do analfabetismo, reconhecem a juridicidade do ato que praticam, e, de outro, temos, no mesmo território, os índios não integrados, que, justamente por estarem em outra cultura, poderão não entender o caráter jurídico dos atos que os membros da sociedade brasileira vêem como negócio jurídico. Ao ato negocial, praticado pelo índio não integrado, com qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, o direito brasileiro nega validade” (AZEVEDO A. J., 1986, p. 7).

¹¹ O texto conforma a grafia original.

¹² Percebe-se que, no direito italiano, ainda persiste a separação entre *autonomia privada* e *autonomia della volontà*, porquanto é comumente reservada a última expressão para identificar o instituto de Direito Internacional Privado, conforme o verbebo no *Novissimo digesto italiano* (BETTI, 1974, p. 1561).

¹³ Atualmente, essa dicotomia absoluta deve ser confrontada com as notas de Michele Giorgianni (1998, p. 54-55) sobre o ressurgimento da influência do Direito Privado no final do século XX: “Deste modo, podem ser colocadas sobre bases adequadas as relações entre Direito Privado e Direito Administrativo, reconhecendo-se uma evolução que aconteceu num e noutro campos. E, na verdade, o recíproco desconhecimento entre as duas esferas – que perdurou mesmo quando o Direito Administrativo tomou emprestado do Direito Privado alguns instrumentos dogmáticos essenciais – era compatível somente numa época em que o Direito Administrativo constituía quase que um capítulo do Direito Constitucional. A aproximação entre as duas esferas já está madura (...) pela íntima evolução que se está operando no próprio âmbito do Direito Administrativo. Também aqui – seja concedido ao privatista notá-lo com alguma satisfação – fala-se de crise ou até mesmo de ‘caos’ por causa da penetração dos elementos privatistas. Na verdade, já existe uma larga zona em que o Direito Administrativo se comporta exclusivamente como direito estatutário dos entes públicos, do qual deriva uma ampla comunhão de conceitos e princípios com a correspondente disciplina dos entes privados”.

Bibliografia

- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 11-26, mar. 2002b.
- _____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002a.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Edição do Autor, 1986.
- _____. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família: herdeiro e legatário. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 56-63, jan./mar. 2000.
- _____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais... (Parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- BATIFFOL, Henri. La 'crise du contract' et sa portée. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1968. t. 13.
- BETTI, Emilio. Autonomia privada. In: Azara, Antonio (a cura di). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974. t. 1.
- _____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1-2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. Edição histórica.
- BURKERT, Walter. *Religião grega na época clássica e arcaica*. Tradução de M. J. Simões Loureiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Civitas, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983.
- GILSON, Etienne. *A filosofia na idade média*. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, p. 24-40, jun. 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Théorie générale des normes*. Traduit de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani. Paris: PUF, 1996.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa et al. Buenos Aires: EJE, 1952. t.1.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra, 1988.
- OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o princípio tirânico*. Petrópolis: Vozes, 1988.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*. Bruxelles: Bruylant, 1948. t. 2.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina di Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: PUF, 1980.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Bookseller: Campinas, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: teoria da imprevisão e autonomia da vontade*. São Paulo: Atlas, 2002.
- ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino: fuente de las obligaciones*. Atualizado por Arturo Acuña Anzorena. 2. ed. atual. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1950.
- SCHILLER, Friedrich Von. *Os bandoleiros*. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: 2001.
- SILVA, Clovis Verissimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, p. 7-11, maio 1990.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- TUCÍDIDES. *História da guerra do Peloponeso*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- VILLEY, Michel. *Essor et décadence du volontarisme juridique*. In: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1957. t. 4.
- WALINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestien, 1945.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltenisir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.