

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

Carlos Eduardo Dipp Schoembakla¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade, abordar as transformações da autonomia privada em face do Estado Democrático de Direito, bem como o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado. Será abordada também se a autonomia privada, uma vez tutelada pela constituição, pode ser definida como um direito fundamental ou apenas como um direito constitucionalmente protegido.

Palavras Chave: Autonomia Privada – Constitucionalização – Direitos Fundamentais

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE PRIVATE AUTONOMY

ABSTRACT

The following article intends to study the transformation of the private autonomy in the context of a democratic rule of law state model, and the phenomenon of constitutionalization of Private Law. It will also be analyzed if the private autonomy since it is protected by the Brazilian Federal Constitution can be defined as a fundamental right or merely as a constitutionally protected right.

Key words: private autonomy, constitutionalization, fundamental rights.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, Advogado. E-mail: carlos_dipp@hotmail.com

1. AS TRANSFORMAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Elege-se como ponto de partida, a análise sobre a liberdade negocial no direito privado brasileiro, buscando, desde logo, desvendar a finalidade dos Códigos Civis nas sociedades dos séculos XIX e XX, bem como demonstrar de que forma ocorreu o rompimento com o regime absolutista.

Durante o Regime Absolutista, o Estado deveria por meio de uma atuação negativa, abster-se de intervenções na esfera privada como forma de garantir à preservação a liberdade negocial entre os particulares. No âmbito privado o valor fundamental era o indivíduo², consagrando o homem como sujeito livre, igual e responsável por si mesmo e pelos seus atos.

É sob este regime que a autonomia da vontade³ torna-se o ponto de referencia do sistema jurídico.

Ocorre que, diante desta livre autonomia, começa a surgir um movimento que busca incessantemente o rompimento do regime absolutista e de seus privilégios de classe, movimento consagrado como “liberalismo jurídico” do século XIX, que possuía como característica a completude e a unicidade do direito, passando a ter como fonte única o Estado, com seu poder provido do povo⁴.

Com o passar dos anos, estas características liberais, acabam por influenciar a redação do conjunto de normas organizado em codificação que, seria suficiente, para os doutrinadores da época, para regulamentar a vida da

² Neste sentido, Gustavo TEPEDINO nos ensina: “O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiram senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais”. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p.2).

³ Entende-se como autonomia da vontade, a “possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade. (COUTO E SILVA, Clóvis do: **A obrigação como processo São Paulo**: Bushatsky, 1976. 17).

⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson. (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29. p. 5.

sociedade civil como uma única lei, ou seja, uma única fonte de direitos e deveres.

Ainda no âmbito do Estado Liberal, com a nítida separação entre o Estado e a Sociedade, a autonomia da vontade assume grande importância, sendo-lhes deferida quase totalmente na formação da ordem privada⁵.

Mas o liberalismo acaba por coincidir com o chamado Período das Grandes Codificações e com a Escola da Exegese. O *Code* foi “o primeiro dos códigos burgueses, constituindo um produto da vitória histórica obtida pela burguesia na Revolução”.⁶

Para a burguesia, a tão sonhada liberdade de contratar significava a livre possibilidade de adquirir os bens das classes mais antigas, o que era vedado no Estado Absolutista.

Por outro lado, o contrato baseado no consenso, na vontade recíproca, significava por outro lado, uma garantia para as classes proprietárias, ou seja, a de que para a transferência de seus bens era necessária também a sua vontade⁷.

Com o passar dos anos, o paradigma consagrado com a codificação francesa e, adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916, pressupunha uma igualdade fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de uma suposição meramente formal, baseado na autonomia da vontade e na iniciativa privada.

O Código Civil Brasileiro de 1916, como outros de sua época, era a Constituição do Direito Privado. De fato, é notório que se cuidava da garantia real mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a interferência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas⁸.

No entanto este paradigma veio acompanhado de um contra-senso, que se traduz em uma consequência liberal burguês adotando a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o indivíduo, impedindo a

⁵ COUTO E SILVA, op. cit., p. 18.

⁶ *Ibidem*, p. 15

⁷ *Id.*

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-22, 2001. p. 2-3.

efetiva valorização da dignidade humana, o respeito da justiça distributiva e a igualdade material ou substancial.⁹

Esta igualdade conquistada pela burguesia francesa, como bem denota Anderson SCHREIBER era, ao contrário do que se pensava, uma igualdade formal, dirigida apenas e tão-somente ao legislador, “uma igualdade perante a lei, que mascarava as profundas diferenças sociais e econômicas e atribuía pretensa legitimidade a relações desiguais, contratadas pela “livre” manifestação de vontade dos participantes, em uma espécie de coação amparada pela concepção liberal do direito privado”.¹⁰

Como se vê, este ideal de concepção liberal, que ficou em vigor por todo o século XIX, não passaria ileso às profundas transformações do século XX.

O culto a liberdade individual, como direito tendencialmente absoluto, continha em si mesmo as razões de sua insustentabilidade. Com o advento da Segunda Guerra Mundial, várias foram as conseqüências ao mundo, principalmente no tocante a autonomia da vontade, haja vista, a total intervenção Estatal sobre a liberdade contratual.

Diante destas transformações, como estavam diante de um sistema intervencionista e desigual, os teóricos e doutrinadores, com a finalidade de se demonstrarem contrários ao tal sistema autoritário, que diga-se de passagem, foi instituído pelas classes sociais hierárquicas, abraçaram a idéia da igualdade dos homens, “o que acabou refletindo nos negócios jurídicos, por meio da vestusta autonomia da vontade, com esteio em uma suposta igualdade dos contratantes”.¹¹

Buscava-se, então, a igualdade dos contratantes acima de tudo, com apenas um objetivo, o de se evitar um sistema autoritário e intervencionista nas relações contratuais.

⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

¹⁰ Id.

¹¹ FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 52.

Com efeito, a liberdade conjugada com a vontade, apresenta-se como fundamento básico do princípio da autonomia da vontade. Ficando, portanto, justificada a possibilidade de se encontrar a vontade, que se manifesta no ato jurídico com a criação, modificação ou extinção das relações jurídicas e a liberdade enquanto poder que possibilita ao sujeito atuar com eficácia e legitimidade no mundo jurídico atual.¹²

Para Rosalice Fidalgo PINHEIRO, vontade e liberdade conjugam-se, sob as vestes da autonomia da vontade, e vão propiciar um modelo de justiça contratual proclamado pelo liberalismo. A autora ainda menciona que seriam as próprias combinações, tratativas, ou seja, pelo livre jogo da oferta e da procura, que acabariam por propiciar o justo preço pelo negócio acordado, não se admitindo que o "justo preço" possa ser determinado de modo exterior e objetivo, sem a intervenção do Estado e/ou de terceiros.¹³

Ana PRATA, aduz ainda que quando a pessoa passa a poder dispor do bem, e não apenas a ter o poder de usar e assegurar a sua utilização produtiva, então ela afirma-se exclusivamente como titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de exclusão das restantes pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem¹⁴.

Diante de tudo o que foi exposto, implica dizer que o princípio da autonomia da vontade revela, "um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico".¹⁵

Esta concepção, de poder dispor de direitos particulares (propriedade), por meio de um negócio jurídico, se traduz na superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, que foi o norteador nas sociedades codificadas do século XIX, e se transforma por uma inversão daquela idéia, repercutindo sobre

¹² Id.

¹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 393.

¹⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 7.

¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 338.

o princípio, não mais configurado como autonomia da vontade, mas como autonomia privada¹⁶.

Desta forma, é possível de se dizer que estamos diante da decadência do voluntarismo, que retira da vontade o lugar de fundamento de nossos princípios e institutos de Direito Privado¹⁷.

Por estas razões, Guilherme FERNANDES NETO leciona que:

O voluntarismo e, conseqüentemente, a autonomia da vontade decaíram, perdendo sua aplicação prática, porque se fundaram na utópica igualdade formal das partes contratantes. O afastamento da desigualdade real foi, ao nosso ver, o motivo incoativo das injustiças e causador do declínio da concepção da autonomia da vontade; a desigualdade real dos contratantes, hodiernamente - ainda mais quando posta pelo próprio CDC (ao positivar a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, art. 4.º, I) - é motivo suficiente para nem se pensar em autonomia da vontade ou autonomia privada, nas relações de consumo¹⁸.

Desta maneira, o princípio da autonomia da vontade perde seu absolutismo, mas persiste ainda como princípio básico da ordem jurídica privada.

O problema passa a existir, quanto se faz necessário a imposição de limites¹⁹ aos particulares.

¹⁶ PINHEIRO, op. cit., p. 395-396.

¹⁷ Id.

¹⁸ FERNANDES NETO, op. cit., p.52.

¹⁹ Neste sentido, aduz Luigi FERRI: “o problema da autonomia é antes de tudo um problema de limites, e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas, na falta das quais o mesmo problema não poderia sequer colocar-se, a menos que se queira identificar a autonomia com a liberdade natural ou moral do homem”. (PRATA, op. cit., p. 13. *apud*. FERRI, Luigi. La autonomia privada, trad. Esp. Luiz Sancho Mendizbal, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969).

2. A AUTONOMIA PRIVADA E A BUSCA DE LIMITES²⁰

Não podemos deixar de reconhecer que o individualismo do século XVIII e o liberalismo do século XIX defenderam a condição humana. “Se é certo que o liberalismo sob o seu aspecto econômico foi responsável pela concentração desigual de riquezas e pela degradação dos mais vulneráveis, tais resultados derivaram de uma excessiva proteção à liberdade individual, também ela, em última análise, expressão da condição humana”.²¹

Diante desta concepção, é possível dizer que a diferença fundamental, entre o pensamento liberal-individualista, foi à nova racionalidade que se forma a partir da segunda metade do século XX.

Aduz SCHREIBER, que antes, enxergava-se a dignidade sobre o prisma individual, como um imperativo a sociedade. Protegia-se a dignidade do homem frente ao Estado, mas não se exigia dos indivíduos a proteção mútua às suas dignidades.²²

Tais indiferenças foram suprimidas com o surgimento do Estado Moderno, onde passou a existir a necessidade da separação entre o Estado e a sociedade.

Com esta dicotomia entre o público e o privado, nascem certos limites que ajudam estes institutos a se absterem um do outro. Entretanto, esta nítida separação perde lugar e se traduz em uma interferência cada vez maior do público sobre o privado.

Uma vez descaracterizados os pilares que a sustentavam, multiplicam-

²⁰ Para a teoria interna dos direitos fundamentais, que será utilizada no presente trabalho, o processo de definição de limites ao direito é algo interno a ele. Isso significa que não há interferência de aspectos externos, e, portanto, não há a possibilidade de existência de colisão entre direitos. A idéia central pode ser traduzida pela frase de PLANIOL e RIPERT de que “o direito cessa onde o abuso começa”

Já a teoria externa ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127 e 138).

²¹ SCHREIBER, op. cit., p. 48.

²² Id.

se os limites à autonomia privada, sob pena de destituí-la de seu lugar de soberania²³.

Ademais, com a soberania do Estado, alguns direitos subjetivos considerados absolutos, como a propriedade privada, passam a ser utilizados e controlados, sob a justificativa de tais interesses serem socialmente relevantes. Mas saliente-se que a intervenção do Estado, está sob a ótica de resguardar os interesses do lado mais fraco da relação, e por tais razões que SCHREIBER acredita que:

O Estado passa a intervir em defesa dos mais vulneráveis, limitando e redimensionando a atuação privada. Mas: a consagração da dignidade humana e da solidariedade social como princípios fundamentais das Constituições Contemporâneas passa a sujeitar o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva – e, sobretudo, das situações subjetivas patrimoniais – ao respeito dos múltiplos aspectos da personalidade de todos aqueles sobre os quais este exercício possa se refletir. A própria liberdade e a autonomia privada passam a estar, em si, condicionadas ao atendimento da dignidade da pessoa humana, subvertendo o esquema axiológico do liberalismo burguês.²⁴

Verifica-se, neste contexto, a inequívoca consagração do princípio da autonomia privada enquanto pedra angular do sistema civilístico.²⁵

Chega-se então à concepção de autonomia como poder-função, ou seja, a vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular e passa a assumir então uma função social, nunca antes explorada. Nas palavras de Heloisa CARPENA, “a vontade do indivíduo remanesce, mas vai encontrar seus limites no interesse que extrapola o individual”.²⁶

Portanto, é possível afirmar que o intervencionismo de fato foi necessário, porém como uma ressalva, não se deve afastar a liberdade

²³ PINHEIRO, op. cit., p. 396.

²⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 54-55.

²⁵ “É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, à medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.” (FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba : Educa; *Scientia et Labor*, 1988. p. 54).

²⁶ CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos contratos de consumo**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001. p. 30.

contratual, pelo contrário, deve-se garanti-la, preservando a principal função do contrato, qual seja, a de servir de instrumento de segurança das expectativas das partes contratantes²⁷. Desta forma será possível garantir a autonomia privada²⁸ dos contratantes.

Com o surgimento da liberdade de auto-regulação das atividades realizadas pelos particulares, também passa a existir a necessidade de serem impostos alguns limites ou condições que acabaram por regulamentar as relações jurídicas no âmbito privado.

Nesta perspectiva, PINHEIRO, menciona que ao reivindicar tais limites, permitiu-se o desenvolvimento da teoria do abuso do direito e do princípio da boa-fé, com vistas a alcançar a justiça contratual.²⁹

Tais limites foram definidos por Francisco AMARAL, como a ordem pública e os bons costumes. O primeiro como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica.³⁰ Pode-se citar o Código Civil e a Constituição Federal. E o segundo limite, ou seja, os bons costumes, como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios com o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo, etc.³¹

Busca-se na própria sociedade, os limites para a auto regulação dos particulares. Para Pietro PERLINGIERI, estes limites à autonomia não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional.³² O autor afirma

²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**, Coimbra: Almedina, 1988. p. 31.

²⁸ A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado". (AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.102, p. 207-230, 1989. p. 213).

²⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 397.

³⁰ AMARAL, op. cit., p. 349.

³¹ Id.

³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco.

ainda, que o contrato não pode ser mais tido como a única fonte e limite da relação contratual, são necessários e temos que considerar também a lei, e os bons costumes, para viabilizar a correta e justa relação contratual.

Partindo deste contexto e considerando que o entendimento do princípio da autonomia privada está sendo utilizado como essência ao negócio jurídico, se faz necessário saber onde esta concepção se desenvolveu primeiramente.

De acordo com PINHEIRO, esta concepção desenvolveu-se, primeiramente, em território alemão:

No BGB, à semelhança do que ocorre como o Código francês, não se encontra qualquer enunciado que se refira ao princípio, em termos expressos. Mas diversas regras consagram-no implicitamente, como aquela que se refere à liberdade contratual,³³ o que não significa que o princípio da autonomia privada encontre-se destituído de limites no BGB. Assim, apresentam-se limites aos atos jurídicos, que não poderiam ser ultrapassados sob pena de nulidade, como as proibições legais, no parágrafo 134 e os bons costumes no parágrafo 138. Isto revela uma perspectiva diversa daquela que se quis alcançar no sistema francês. Não se trata de afirmar que o *Code* não apresentava limites, tanto que estes podem ser encontrados na ordem pública e nos bons costumes, à liberdade contratual. Mas enquanto estes limites resultam apagados pela interpretação voluntarista, que se delineou ao Código Francês, aqueles apresentados pelo BGB evidenciam-se ainda mais por uma jurisprudência, que reforçou os limites legais do princípio da autonomia da vontade.³⁴

A autora ainda aduz que é possível dizer que a autonomia privada, não se apresenta como um conceito destituído de limites, mas um conceito que engloba limites que são reconhecidos pela ordem jurídica,³⁵ ou seja, apesar de estarem implícitos a jurisprudência acaba por reforçar tais limites, criando precedentes aos casos que envolvem o princípio da autonomia da vontade.

Fernando NORONHA, explica ainda que a autonomia privada, vem sendo adotada como fundamento do negócio jurídico, pois “costuma ser vinculada a força obrigatória dos contratos, mas, a obrigação de cumprir o

Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 280.

³³ “A autonomia privada não se encontra uma menção expressa nas normas jurídicas privadas, uma vez que estas a pressupõem; apenas com base neste pressuposto são realmente entendíveis. Na verdade, a autonomia privada necessita da ordem jurídica como correlativo, visto que o indivíduo estabelece e conforma relações jurídicas”. (HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 2001. p. 92).

³⁴ PINHEIRO, op. cit., p. 399.

³⁵ Ibidem, p. 400.

contrato está associada essencialmente ao dever ético, de respeitar a palavra dada, e está ligado essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé”.³⁶

Porém, conforme dispõe autor, o princípio da autonomia privada é também tradicionalmente invocado, como fundamento tanto do princípio da liberdade contratual como dos princípios do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.³⁷

Assim, o princípio da autonomia privada revela-se como a liberdade de as pessoas regularem, por meio de seus negócios jurídicos, os seus interesses pessoais, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços.³⁸

A autonomia privada, portanto, é o fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e dos efeitos relativos ao contrato.

Nesta ótica, a vontade individual³⁹ deixa de ser aceita como fundamento do direito privado, e “para passar a ser tutelado apenas quando e na medida em que se mostre em consonância com a dignidade humana, entendida sob uma ótica solidarista”.⁴⁰

Conforme leciona SCHREIBER, a autonomia privada deixa de seu um espaço de livre exercício de interesses privados, para integrar-se ao ordenamento jurídico, submetendo-se, como todos os demais institutos jurídicos, aos valores consagrados em nível constitucional.⁴¹

Estamos diante do fenômeno chamado Constitucionalização do Direito Privado, onde todos os estatutos privados foram recepcionados pelo texto constitucional de 1988, devendo estes serem interpretados a luz dos princípios fundamentais da referida Carta Magna.

³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116.

³⁷ Id.

³⁸ Id.

³⁹ A vontade continua sendo elemento essencial à formação dos negócios jurídicos, mas é a lei que protege e legitima o vínculo contratual, voltado para a realização de uma função social, consentânea com os valores situados no vértice do ordenamento. (CARPENA, op. cit., p.34).

⁴⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 57.

⁴¹ Id.

3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Com as constantes transformações da sociedade brasileira no curso deste século, o direito como um todo, sofreu uma contínua adaptação, com uma série crescente de leis especiais em torno das principais instituições do direito e, de acordo com AMARAL:

Publicado o Código⁴², tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em transformação, e tamanha foi a dificuldade do código em se adequar às novas exigências. Assim foi necessário partir para a aplicação de leis especiais, tentando adequar os institutos tradicionais de sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação. Rompia-se, desse modo a edição de normas especiais que, editadas para disciplinar certas categorias de relações, passaram a ter mais importância do que o próprio Código, desarticulando este de sua posição de lei fundamental do sistema de direito privado para a condição de lei inferior e ou auxiliar.⁴³

Como consequência, as alterações traduzem uma crescente intervenção do Estado na economia e na vida social, o que vem marcando o Direito Civil brasileiro das últimas décadas.

Pois bem, partindo de dois aspectos: “a constitucionalização dos princípios e institutos fundamentais do direito privado e a fragmentação da matéria privada em ramos distintos e autônomos, passamos de monossistemas das codificações do século XIX para o plurissistema típico da época contemporânea”.⁴⁴

De acordo com Carmem Lúcia Silveira RAMOS, com esta fragmentação surge certa dificuldade de se operar o texto constitucional

⁴² Gustavo TEPEDINO no mesmo sentido aduz que: Pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação do Código Civil o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código. (TEPEDINO, op. cit., p.4)

⁴³ AMARAL, op. cit., p. 51.

⁴⁴ Id. 52.

... no sentido de tornar efetivas as garantias estabelecidas, e que pode ser relacionada com a seguinte circunstância: ao reconhecer as falhas ao caráter ultrapassado do modelo codificado para trabalhar com a realidade, adotou-se a mesma estrutura lógico-formal a partir da qual foi engendrado o sistema jurídico vigente, cuja sobrevivência, neste passo, foi garantida, de onde a pertinência, v.g da continuidade da discussão relativa à aprovação de um novo código civil para o Brasil, quando poderia ter sido feita a opção pela descodificação.⁴⁵

Em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, ocorre o fenômeno chamado Constitucionalização do Direito Privado, o que significa dizer que os princípios básicos do Direito Privado emigram do Código Civil para Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, transformando-se, nas palavras de AMARAL, em um satélite do sistema constitucional.

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc. Saem do seu *habitat* natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado.⁴⁶

No entanto, é primordial, reconhecer que as disposições inseridas na carta constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias acima mencionadas, num constante movimento de ruptura, que busca atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século.⁴⁷

Não se olvide ainda que com a elevação do plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, estes passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais da legislação infraconstitucional.⁴⁸

Neste aspecto, assevera RAMOS:

⁴⁵ RAMOS, op. cit., p. 10.

⁴⁶ AMARAL, op. cit., p. 52.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, nº 141, p. 99-109, jan/mar. 1999.

Ao recepcionar-se, na Constituição Federal temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).⁴⁹

Desta forma, podemos afirmar que a constitucionalização teve como objetivo, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e, por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.⁵⁰

Depois de verificado os intensos paradoxos da codificação brasileira frente à realidade das relações fáticas da vida apresentam-se perspectivas e possibilidades de repersonalização de institutos primordiais, tais como a propriedade, o contrato e a família.

O Código Civil, que foi elaborado com a finalidade de centralizar o sistema de regras jurídicas destinadas a conduzir as relações privadas, abre, espaço para a chamada despatrimonialização do direito privado. Deste modo, a Constituição sucede o Código Civil como ponto central do sistema normativo.

4. TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA: DIREITO FUNDAMENTAL OU DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO?

⁴⁹ RAMOS, op. cit, p. 10-11.

⁵⁰ TEPEDINO, op. cit, p. 7

Diante de tendências contemporâneas, tal como a constitucionalização, repersonalização, despatrimonialização, o estudo de Direito Civil envolve, atualmente, não só o Código Civil, mas também e principalmente a Constituição de 1988. Daí a relevância e pertinência da análise desses institutos à luz da Carta Magna.

Mas diante de tudo o que foi exposto até agora e, principalmente pelo fato de que nossa Carta Magna não contemplar expressamente em seus artigos a autonomia privada, como encontraremos o fundamento constitucional para ela?

Esta resposta pode ser sintetizada na afirmação de Pietro BARCELLONA, quando aduz que “a Constituição não se ocupa da autonomia privada, mas da iniciativa privada”.⁵¹ Eis o caminho então, que se segue para conferir dignidade constitucional à autonomia privada: relacioná-la ao conceito de livre iniciativa econômica, delineando-lhe uma garantia indireta.⁵² Trata-se de se conceber a autonomia privada como um direito fundamental.

Tal conclusão não poderia ser diferente. Uma vez recepcionada no texto constitucional, por meio da liberdade de iniciativa econômica, indiretamente, segundo AMARAL, se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. O autor ainda elucida que são conceitos conexos, mas não coincidentes, pois a autonomia privada teria um caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõe também atuam quanto àquela.⁵³ Ao passo que, com as relações de consumo, emerge a tutela da boa-fé⁵⁴.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, sobretudo no artigo 170, atribui nova moldura constitucional, eis que a rigidez contratual encontra-se

⁵¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 491-508. p. 502. *apud*. BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e processo economico**. Napoli: Jovene, 1977.

⁵² *Id.*

⁵³ AMARAL, *op. cit.*, p. 364-365.

⁵⁴ Nesse contexto salienta Rosalice Fidalgo PINHEIRO, que o princípio da boa-fé impõe-se como novo paradigma para as relações contratuais, especialmente configurado nas relações de consumo, delineando-se como limite à autonomia privada. (*Op. cit.*, p. 410)

mitigada, o contrato não interessa apenas àqueles que contrataram, até porque os reflexos dos contratos também interessam aos não contratantes, tidos como terceiros interessados.

Com base nesse caráter instrumental, AMARAL reconhece a tutela constitucional da autonomia privada, na medida em que os art. 1º e 170 da Constituição da República proclamam a livre iniciativa entre os princípios do Estado Democrático de Direito e a base da ordem econômica.⁵⁵

A Carta Magna de 1988, em várias de suas normas, ajuizou um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente, as pressões sociais na procura de meio capazes de diminuir as necessidades dos cidadãos.

Neste sentido, Daniel SARMENTO aduz que:

A tutela da autonomia privada, entendida no seu sentido mais amplo, também foi significativamente fortalecida pela Carta de 88, em razão da riqueza e extensão do catálogo de direitos fundamentais inscritos, de modo não exaustivo, no texto constitucional, e dos inúmeros remédios judiciais e garantias materiais instituídos para a sua defesa.⁵⁶

Para PERLINGIERI, não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções, a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contratantes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas antes internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional.⁵⁷

Percebe-se, desta maneira, a existência de uma intrínseca relação entre autonomia privada, Constituição e solidariedade social, cabendo tão somente ao Poder Judiciário a árdua tarefa de conjugar todos estes valores.

Por este motivo, as liberdades garantidas pelo texto magno, não podem ser consideradas absolutas. É claro que a Constituição garante a todo o cidadão o direito de autogovernar-se, de fazer as suas próprias escolhas existenciais e de viver de acordo com elas.

⁵⁵ AMARAL, op. cit., p. 198.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2008. p. 174.

⁵⁷ PERLINGIERI, op. cit., p. 280.

Na ótica de SARMENTO, “a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial”.⁵⁸

Com efeito, partindo-se deste princípio, poderíamos considerar a autonomia privada como um direito fundamental de todo o cidadão.

De opinião divergente da que foi exposta, para Wilson STEINMETZ, a autonomia privada é um bem e/ou um princípio constitucional protegido e, para defender sua tese, nos traz dois argumentos para elucidar seu posicionamento:

A tutela constitucional da autonomia privada tanto pode ser deduzida (i) do direito de propriedade (CF, art. 5º, caput, e XXII) como (II) do princípio da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput). (ii) Uma das faculdades básicas que o direito de propriedade assegura ao titular é o poder ou direito de livre disposição da propriedade. O exercício de livre disposição da propriedade se viabiliza concreta e instrumentalmente pelo contrato. A autonomia privada – aqui, particularizada na liberdade contratual – é princípio fundamental do direito contratual. Logo, se a Constituição tutela a propriedade (seja como direito fundamental, seja como garantia de instituto), então ela também tutela a autonomia privada. Dizendo em enunciação mais concisa, se o exercício do direito de propriedade exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada. (iii) A Constituição elegeu a livre iniciativa econômica (CF, art. 170, caput) como também da república Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV). Ora, é lógica e faticamente impensável e impraticável a livre iniciativa sem a autonomia privada. Logo, ao elegeu a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a Constituição também tutelou a autonomia privada⁵⁹.

Independentemente de como será classificada a autonomia privada, esta será sempre um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista liberal e, serão sempre estabelecidas limitações, voltadas para a preservação dos interesses coletivos da sociedade como um todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁸ SARMENTO, op. cit., p. 177.

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 201.

Pois bem, diante das constantes transformações da autonomia privada, seja pela evolução da sociedade, seja pela evolução das relações entre os particulares, restou evidenciado que com a Constitucionalização do Direito Privado, a autonomia privada foi fortalecida pela Carta Magna de 1988, em razão não só da extensão do catálogo de Direitos Fundamentais inscritos, mas principalmente pela repersonalização dos pilares fundamentais do direito privado, quais sejam a propriedade, o contrato e a família.

Desta forma, não se pode deixar de concluir, pelos argumentos acima expostos, que a autonomia privada foi concebida pela Constituição Federal de 1988, com um direito fundamental e não como um bem constitucionalmente protegido, o que não quer dizer que ela seja absoluta.

Diante desta proteção constitucional, caberá ao poder judiciário, sopesar a sua aplicação ao caso concreto e, de acordo com as peculiaridades de cada caso impor limites à autonomia privada visando sempre o restabelecimento da justiça contratual entre as partes.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.102, p. 207-230, 1989.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos contratos de consumo**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis do: **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, p. 99 -109. jan./mar. 1999.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, p. 491 - 508, 2007.

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

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29. 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato**, Coimbra: Almedina, 1988.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STEIMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil,
In: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro.
Renovar, p.1 -22, 2001.