
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TRANSMODERNIDADE

MICHÉLLE CHALBAUD BISCAIA HARTMANN¹

Resumo

O presente artigo visa traçar alguns apontamentos iniciais sobre uma necessária resignificação do princípio basilar do direito privado, a autonomia privada, diante de um quadro de complexidade das sociedades transmodernas. Para tanto, em um primeiro momento justifica-se esta influência da cultura da sociedade para a interpretação do ordenamento jurídico à luz da Constituição, para ao final após um sucinto desenvolvimento histórico da autonomia individual a privada, demonstrar que não se pode mais sustentar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Palavras-chave

Transmodernidade - Relações interprivadas -
Autonomia privada.



¹ Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais, pela Unibrasil e doutoranda em Ciência Jurídico-Política pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal, Professora de Direito Constitucional da Faculdades Dom Bosco e advogada (mcbhartmann@hotmail.com).

Introdução

No Brasil, tradicionalmente e especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, adota-se, quase que de forma uníssona, a aplicabilidade direta (imediate) dos direitos fundamentais, lastreada no artigo 5º, §1º, que disciplina os direitos e deveres individuais e coletivos da seguinte forma: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Percebe-se, no entanto, que em outros países especialmente europeus, há vezes que apontam sérias restrições a tal posicionamento. O que deixa transparecer a relevância e permanente atualidade do enfrentamento da problemática em torno da teoria direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Cumprir não olvidar que, a maior parte dos estudiosos do tema se limitam a apresentar os modelos teóricos até então desenvolvidos, apontando argumentos para a adoção de algum deles ou então, tomam por pressuposto a teoria da aplicabilidade imediata, fundamentando a escolha na redação do referido artigo 5º da Constituição Federal, na dignidade humana, na força normativa da Constituição ou em uma caráter “superior” dos direitos fundamentais face aos demais direitos constitucionalmente garantidos (preponderância). O que por consequência, representa uma redução maior ou menor da autonomia do indivíduo dentro do Estado.

Com efeito, o que se pretende demonstrar é que vivemos em uma sociedade complexa (especialmente nos países da América Latina), o que exige uma releitura dos institutos jurídicos e das suas bases, para de algum modo “flexibilizar” a ideia de aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, ao ponto de se adequar as perplexidades econômicas e sociais de um país em desenvolvimento e tão díspares como o Brasil.

Isto porque, como descreve Bauman, vivemos o momento da passagem de uma modernidade “sólida” para uma modernidade “líquida”, ou seja,

(...) para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas (...) tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir de arcabouço de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consciente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um ‘projeto de vida’ individual².

² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 07.

Veja-se, portanto, que o presente artigo pretende demonstrar, após a construção histórica do conceito de autonomia privada, a necessidade de sua “releitura” à luz do contexto social moderno ou da transmodernidade.

1. A influência cultural da Constituição no Direito Privado.

O processo histórico de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, está intimamente relacionando com o papel atribuído a eles, com a forma como o Estado se organiza e exerce as suas funções, bem como pelo papel da Constituição dentro do Estado.

Desta forma, atualmente é firme a noção de que as Constituições não podem estar alheias às realidades sociais cambiantes e afastadas dos desenvolvimentos científicos, econômicos, sociais, pois devem refletir, em certa medida, os anseios e a cultura da sociedade que pretende organizar.

Nesta linha leciona Jorge Miranda,

A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e, garantindo a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação³.

Assim, a efetividade de uma Constituição e sua solidez dependem da concretização do seu texto (regras e princípios) e, sobretudo, das suas intenções (valores) subjacentes, de acordo com a realidade histórica, social e cultural da sociedade, pois somente assim é possível haver uma aproximação da Constituição com a realidade.

Portanto, a realização ou a materialização das normas constitucionais é um passo no processo de solução dos problemas jurídicos atuais, levando-se em consideração as singularidades das relações sociais, de maneira que a concretização será uma forma de se obter um resultado correto da interpretação constitucional, pois completa o conteúdo da norma de forma racional (levando em consideração o contexto da sociedade onde a norma encontra-se inserida), aproximando a Constituição da realidade⁴.

Neste sentido, com base nas lições de Konrad Hesse, a interpretação constitucional é imprescindível para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição (bem como para sua concretização), estando o ato interpretativo submetido à regra hermenêutica da ótima concretização da norma

³ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. In: **Revista “O direito”**. n. 138, vol. IV, ano 2006, p. 751-768, p. 752.

⁴ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98 e 108.

constitucional, estando a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigurando possível que a interpretação faça dos direitos tabula rasa, com mera aplicação subsuntiva⁵.

Com efeito, quando se pressupõe a concepção de *Constituição cultural*, pretende-se destacar uma aceção *no sentido mais amplo* de cultura como proposto por Vasco Pereira da Silva, pois compreende uma “realidade complexa, enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas, que conjuga nomeadamente elementos de ordem histórica, filosófica, antropológica, sociológica, ou mesmo, psicológicas, aglutinados de acordo com três vectores orientadores, a saber; <tradição, inovação e pluralismo (leia-se abertura)>⁶”.

Isto quer dizer que, para compreender a Constituição como um fenómeno cultural é preciso ir além do direito posto (o texto) para compreender os fenómenos jurídicos. Deve-se ter em consideração todo o contexto, ou seja, a cultura leva em consideração três aspectos diferentes: a tradição, inovação e pluralismo, no sentido do que em um determinado momento histórico foi; o posterior desenvolvimento do que foi em um momento e que se aplica a transformação social; e, o fato de que num mesmo grupo humano podem se desenvolver diferentes culturas.

É o que Peter Häberle considera ser a valorização não só do texto constitucional, mas também da realidade (contexto) que lhe é subjacente, pois por meio da cultura é que se forma o contexto da Constituição. Assim, “a Constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é antes a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um modo de auto-representação próprio de um povo, espelho do seu legado cultural e fundamento da sua esperança e desejos⁷”.

As realidades culturais impregnadas na sociedade devem ser utilizadas como pano de fundo da interpretação das normas constitucionais postas, para que tais normas estejam adequadas as necessidades sociais e possam solucionar os problemas jurídicos de modo mais adequado.

Portanto, segundo este ponto de vista, a cultura é uma realidade aberta, de maneira que o ser humano ostenta necessidades culturais diferentes em cada período histórico, motivo pelo qual o Direito Constitucional cultural deve ser um instrumento aberto que acompanha este desenvolvimento.

A apreensão do entorno cultural pelo Direito (leia-se: pelas Constituições) acarreta uma importante transformação, pois a interiorização da cultura provoca uma ação positiva de proteção e fomento, de procura das condições mais idôneas

⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1991. p. 22.

⁶ SILVA, Vasco Pereira. “A cultura a que tenho direito” **Direitos Fundamentais e Cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 09.

⁷ HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34.

para o seu desenvolvimento e difusão, de modo que desfrutar da cultura não seja apenas um meio de desenvolvimento da personalidade do cidadão, mas também um meio de integração e coesão social, instituindo-se “uma comunidade racional assentada em valores compartilhados⁸”.

Destarte, como as Constituições (reais ou “de letra viva”) resultam da obra de todos os interpretes da sociedade aberta e representam a cristalização de aspectos culturais, “(...) são no fundo e em sua forma expressão e instrumento de mediação da cultura, marco reprodutivo e de recepção cultural e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes⁹”.

É por este viés cultural, portanto, que se realizará esta breve análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas em Estados transmodernos, a fim de demonstrar uma necessidade de resignificação da autonomia privada diante dos novos contextos econômicos e sociais.

2. Alguns aspectos da autonomia da vontade à autonomia privada: da antiguidade aos tempos de transmodernidade.

Como prescrições estabelecidas em normas jurídicas que organizam e disciplinam a vida em sociedade, por meio da instituição de modelos de comportamento, o Direito pode ser estudado a partir das mais diversas concepções, isto é, a partir de diversas perspectivas, tais como: a sociológica, a jurídica, a política, a histórica, a cultural e outras.

No entanto, como será brevemente apontado na ordem jurídica brasileira, não se justifica mais a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, de maneira absoluta e totalizante, em razão da complexidade da sociedade transmoderna que deve assegurar, em algumas situações a autonomia dos indivíduos e a livre iniciativa.

Como alerta Celso Luiz Ludwig¹⁰, fortemente influenciado pelo pensamento de libertação de Enrique Dussel¹¹, é preciso ter cuidado com discursos totalizantes de sociedades desenvolvidas e que visam apresentar algum consenso, pois muitas vezes deixam de analisar ou ter em consideração a realidade (o exterior) e as iniquidades de uma sociedade subdesenvolvida, o que por si só pode gerar injustiça e exclusão.

A justiça desta perspectiva:

⁸ *Ibidem*, p. 120.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: conceito editorial, 2006.

¹¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

(...) se fundamenta não na totalidade, mas no momento da exterioridade” e a (...) inclusão do mundo periférico no mundo de centro (europeu-ocidental), processo histórico-real da lógica da totalidade, é o mal na ordem da história mundial. Portanto, a totalidade egótica do centro é sempre morte da cotidianidade histórica. Assim, o primeiro nível de exigência de justiça se dá no plano geopolítico: a periferia descobrindo-se como o Outro em relação ao Mesmo¹².

Seguindo este entendimento, pode-se dizer que em um sentido literal, a autonomia privada consiste no *poder* reconhecido aos indivíduos de autogoverno dos seus interesses na realização de negócios jurídicos e de autoregulamentação dos efeitos jurídicos daí decorrentes. Em outras palavras, significa que “(...) os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas¹³”.

Antonio Menezes Cordeiro vai mais além, ao estabelecer que a autonomia privada consiste num espaço de liberdade jurídica, atribuída pelo Direito às pessoas, ou seja, um livre espaço para as pessoas desenvolverem as suas atividades jurídicas, desencadeando os efeitos que pretenderem¹⁴.

Em suma, é possível identificar uma clara distinção entre a autonomia originária, como dado imanente das pessoas, ligada a noção de direito natural e autonomia derivada, como concessão, criação do Direito, de maneira que, a primeira liga-se ao individualismo, implicando na inclusão no Direito de fatores que o transcendem, já, a segunda, liga-se ao iluminismo e ao positivismo. O que de certa maneira nos permite distinguir entre os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada¹⁵.

Assim se por um lado, a autonomia da vontade representa o princípio do direito privado que confere ao agente a possibilidade de praticar livremente atos jurídicos, determinando-lhe o seu conteúdo, forma e efeitos. É a mais pura manifestação da liberdade individual no campo do Direito¹⁶. Por sua vez, a autonomia privada se refere ao poder que o particular tem para estabelecer regras para reger o seu próprio comportamento, nos limites ou ditamente da lei.

Resta mais evidenciada tal diferenciação por meio da análise das consequências de tais princípios nos contratos, pois “(...) sendo o contrato expressão da autonomia da vontade, sua formulação viria de ‘dentro para fora’, sendo fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato deixa de ser fenômeno exclusivamente volitivo, passando a vontade a ser condicionada por

¹² LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit. p.146.

¹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra editores, 1976. p. 65. Sobre o sentido literal da autonomia privada conferir Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19).

¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1986/87. P. 332.

¹⁵ Sobre a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada conferir também a obra de Luigi Ferri. (FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1959).

¹⁶ AMARAL, Francisco. Op. cit., p.337.

fatores exteriores a ela, por necessidades que dizem respeito aos motivos contratuais. As pessoas não contratam simplesmente porque desejam, mas porque tem em mente a realização de determinadas necessidades¹⁷”.

Desta maneira, tomando as palavras de Ana Prata, a autonomia privada como sinônimo de liberdade negocial, “(...)traduz-se no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade, (designadamente, a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos¹⁸”.

Pode-se perceber por um estudo histórico das civilizações, que a passagem do homem naturalmente livre para o homem inserido em uma sociedade civil ocorre de maneira gradual, já que nos primórdios tem-se o homem como auto-suficiente¹⁹ e, somente após uma instabilidade do equilíbrio original, impulsionada pelo ambiente físico (como a necessidade de preservar o fogo para os períodos inverniais ou a caça de animais para a utilização da pele, dentre outros), ele irá reconhecer a necessidade da ajuda dos outros homens para alcançar o bem comum (a felicidade).

Assim, pode-se dizer que as necessidades físicas fizeram com que os homens formassem os primeiros grupos, dando origem a novas ideias sobre relações humanas, civilidade e cumprimento de obrigações²⁰.

E mais, é com o advento da sociedade que ocorre a transformação da ordem de fato em uma ordem de Direito, surgindo com ela a noção de moralidade, pois o homem passa está obrigado a agir segundo algumas normas criadas pelo pacto social (produto da deliberação/convenção entre as vontades individuais).

Essa ideia fica clara ao analisar *O contrato social* de Rousseau pois nele “(...) estabelece as condições de possibilidade de um pacto legítimo, através do qual os homens, depois de terem perdido sua liberdade natural, ganham, em troca, a liberdade civil²¹”.

¹⁷ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Buno Torquato de Oliveira. **Direito civil. Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. São Paulo: Del Rey, 2007. p. 61.

¹⁸ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1980. p. 11.

¹⁹ Sobre o entendimento de Rousseau sobre o estado da natureza, analisa Emile Durkheim que o homem natural não é moral nem imoral, mas amoral, deste modo, não havia qualquer laço moral que os unissem e nenhum dever conhecido, pois a moralidade só passa a existir quando se fala em sociedade. Portanto, o estado de natureza é um estado de inocência. Entretanto, enquanto perdurar a harmonia entre o ser humano, o ambiente físico, o instinto e a sensação, este estado de natureza pode ser tido ideal, por satisfazer todas as suas necessidades e o trazer felicidade. Porém, se as coisas mudam, as condições de felicidade podem não ser mais as mesmas, dando origem a preocupação, quebrando-se o equilíbrio existente. Assim dos conflitos de forças com o estado de natureza é que fazem surgir a sociedade. (DURKHEIN, Emile. **Montesquieu e Rousseau: Pioneiros da Sociologia**. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008. p.83)

²⁰ Ibidem, p.86-87.

²¹ Nascimento, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2001. p.195-196.

Portanto, “(...) no processo de legitimação do pacto social, o fundamental é a condição de igualdade das partes contratantes²²”. Assim, “(...) o corpo soberano que surge após o contrato é o único a determinar o modo de funcionamento da máquina política, chegando até mesmo ao ponto de poder determinar a forma de distribuição da propriedade, como uma de suas atribuições possíveis, já que a alienação da propriedade de cada parte contratante foi total e sem reservas²³”.

Isso porque, o Estado é uma pessoa moral criada, pela união da vontade geral de seus membros, de forma que estes atribuem o exercício do poder soberano ao próprio homem, mas sem deixar de resguardar uma esfera individual de cada pessoa que, naturalmente, não interessa para o bem da coletividade.

Assim, surge no pensamento de Rousseau uma distinção entre a esfera do que é decisão da vontade comum e imposição da lei, regra a ser imposta a todos e a esfera do que é decisão puramente individual e interessa apenas a particulares, de forma que não pode o poder soberano, então, sobre ela interferir²⁴.

E, deste modo, estavam postas todas as condições para o exercício da liberdade e para se conceber o homem como indivíduo autônomo, pois o povo soberano é quem dita as leis que irão ser seguidas pelo próprio povo. Porquanto, há submissão a vontade geral do poder soberano e não a vontade de um indivíduo.

A força da coletividade garante e preserva a liberdade e a igualdade. Assim, a liberdade de cada pessoa é limitada e regida pela vontade geral, transformando-se em um acordo, acordo este que transcende o individual. Logo, a liberdade de um indivíduo se baseia na obrigação oriunda do contrato fundamental de respeitar a vontade geral²⁵.

Porém, não é toda dimensão da liberdade individual que é transferida ao Estado, mas tão-somente aquela que importa para a formação da própria vontade geral soberana, assim ainda remanesce parcela de autonomia individual para que os indivíduos estipulem livremente suas regras.

Por outro turno, a política liberal (decorrência dos acontecimentos históricos, em especial, em 1789, da Revolução Francesa e do movimento iluminista), provocou um processo de conquista do poder político pelos burgueses e a garantia de liberdades individuais privadas, como forma de aniquilar os privilégios feudais, fazer circular a riqueza e adquirir bens²⁶.

Isso porque, ao dominar a economia francesa, os burgueses - proprietários e contratantes - imbuídos pela necessidade de proteção contra o despotismo estatal,

²² Idem.

²³ Ibidem, p. 196.

²⁴ “O supremo poder, tão absoluto, sagrado, e inviolável como é, não transpõe nem pode transpor os limites das convenções gerais, e que todo homem pode plenamente dispor da liberdade e bens que lhe deixaram as convenções; de sorte que nunca o soberano tem o direito de onerar mais a um que a outro cidadão, porque então, particularizado o negócio, não é mais competente o seu poder”. (Ibidem, p. 45)

²⁵ DURKHEIN, Émile. Op. cit., p. 106.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.02

proclamaram a proteção dos direitos individuais na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É que, até então, era a vontade soberana do monarca que imperava - justificada pelo direito divino (Bodin) ou pelo contrato social (Hobbes) -, o que representava opressão e arbítrio aos cidadãos.

Assim, somente com a disseminação do paradigma liberal-burgês seria possível superar o Estado Absolutista. A garantia de preservação dos valores individuais só seria possível se houvesse uma reeducação do poder estatal, devendo ser dividido em funções e com intervenção nas relações humanas para garantia e preservação dos valores necessários à condição humana, em uma atuação negativa frente aos direitos de liberdade.

A classe burguesa alavancada pelo movimento iluminista e com o intuito de proteger a liberdade de contratar e a propriedade individual frente ao Estado, dá início à Revolução Francesa e às grandes codificações civilistas, construídas com base no lema que enuncia os princípios da própria revolução – liberdade, igualdade e fraternidade e, principalmente, a busca por segurança jurídica.

Diante de tal perspectiva, o Estado deveria por meio de atuação negativa, abster-se de intervenções na esfera privada (regulada pelas leis civis) como forma de garantir e preservar a liberdade negocial entre os particulares. É nesse tempo, e em vista das circunstâncias históricas, que a autonomia da vontade torna-se o ponto de referência do sistema jurídico.

Deste modo, nas relações entre Estado e indivíduo, a Constituição limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de Constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia da vontade e ampla liberdade do indivíduo.

Dentro desta análise, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de liberdade foram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados e, o advento do Estado Liberal, representou uma nítida separação entre Estado e Sociedade com grande relevância da autonomia dos particulares na formação da ordem privada e na regulamentação de suas relações.

Desenvolve-se, portanto, o paradigma do Código Civil como “Constituição do Direito Privado”, e esse paradigma veio acompanhado de um contrassenso, que se traduz em uma consequência liberal burguesa – as disparidades de condições econômicas²⁷ -, pois acabaram adotando a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o indivíduo, acarretando no impedimento de se efetivar

²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**, Coimbra: Almedina, 1988. p. 38.

a valorização da dignidade humana, o respeito da justiça distributiva e a igualdade material ou substancial.²⁸

Portanto, durante o século XIX, para alguns a sociedade estava diante de um sistema intervencionista e desigual²⁹. Almejava a igualdade dos contratantes acima de tudo, com apenas um objetivo, o de se evitar um sistema autoritário e intervencionista nas relações contratuais. Esta igualdade conquistada pela burguesia francesa 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”³⁰.

Porém, esse ideal de concepção liberal, que ficou em vigor por todo o século XIX, não passaria ileso às profundas transformações do século XX. O culto à liberdade individual e a autonomia, como direito absoluto, continha em si mesmo as razões de sua insustentabilidade.

Verifica-se uma profunda decadência do voluntarismo e da autonomia da vontade, pois ambas perderam a aplicação prática nas relações negociais, na medida em que surgiram com base em uma igualdade formal “utópica” entre os contratantes, que não mais podia ser admitida nos tempos modernos:

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 consumo³¹.

Diante dos anseios de uma sociedade que almejava uma igualdade real e não meramente formal nas relações privadas (como ocorria no período da ascensão da burguesia), o Estado passa a intervir na sociedade, proporcionando uma “sensação” de bem estar social ao impor alguns limites à autonomia da vontade.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

²⁹ Diante disso, 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 ideia da igualdade dos homens, “o que acabou refletindo nos negócios jurídicos, por meio da vetusta autonomia da vontade, com esteio em uma suposta igualdade dos contratantes”. (FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 52).

³⁰ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 41.

³¹ FERNANDES NETO, Guilherme. Op. cit., p.52.

Porém, com tal imposição, não está em jogo o fim da autonomia da vontade, eis que ela não se desfaz do papel de princípio fundamental do Direito Privado, transformando o seu sentido em autonomia privada.

Como princípio basilar do direito civil³², a autonomia privada passa a ser entendida como a faculdade ou a possibilidade, não ilimitada, concedida aos particulares para promoverem sua autodeterminação e determinarem a solução adequada para seus conflitos de interesses.

Neste caminho, a autonomia privada traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos – prévia e necessariamente qualificados como sujeitos jurídicos – de juridicizar a sua atividade, de sorte a realizar livremente negócios jurídicos e determinar os seus respectivos efeitos. A liberdade contratual, por outro lado, circunscreve-se à possibilidade conferida a cada indivíduo para decidir sobre os aspectos gerais de uma disposição contratual: como, com quem, quando, em que condições³³. Porquanto é expressão do princípio geral de liberdade, mas restringível por imperativos da ordem constitucional, como o bem-estar social e a dignidade humana.

No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se detentores do poder de legislar sobre os próprios interesses, seja para criar direitos, seja para estabelecer deveres. Com isso, o princípio da autonomia privada manifesta-se com maior ou menor intensidade e algumas exceções, nos diferentes âmbitos materiais de regulação do direito privado.

Constata-se, desta maneira, que a autonomia privada passou a atuar, (...) mais amplamente no plano das relações patrimoniais e da troca dos bens e serviços, com menor extensão no domínio das relações pessoais e das relações familiares, domínio onde o caráter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou limitação de certos direitos (v. g., certos direitos de personalidade) ou reduz a liberdade de contratação a uma mera liberdade de concluir ou não o acto jurídico, mas fixando-lhe, necessariamente, uma vez celebrado, os efeitos (v.g., casamento, adoção)³⁴.

De um lado, isso significa que a função ordenadora da autonomia privada no âmbito das relações entre particulares não é uniforme ou linear e, por isso, não assume sempre a mesma relevância; de outro lado, significa que, em maior ou menor medida, via de regra, ela está presente e, como princípio fundamental, deve ser devidamente considerada ou, ao menos, não deve ser simplesmente desconsiderada.³⁵

³² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 633.

³³ PRATA, Ana. Op.cit., p. 10-11.

³⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., p.92.

³⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 191.

Atualmente, pode-se verificar um contexto social de forte intervenção estatal nas relações jurídicas privadas representa o declínio do Direito Civil clássico, essencialmente liberal, e a construção de um Direito Civil contemporâneo, fortemente influenciado pelos ideais constitucionais, em que a liberdade, a propriedade, o poder autônomo de contratar e comercializar, passam a sofrer interferências estatais em nome dos possíveis prejuízos que esses atos possam causar à coletividade.

Emerge uma nova vertente do direito contratual e da autonomia privada, que, atenta aos preceitos da justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional³⁶, segurança jurídica e boa-fé objetiva, acarretaram uma significativa ampliação do emprego do contrato.³⁷ O que significa dizer em outras palavras que o Estado passa a ser interventor e regulador das relações interprivadas.

Veja-se, no entanto, que tradicionalmente os estudiosos dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja de uma perspectiva civilista ou de uma perspectiva constitucional, encerram aí sua análise sobre a importância da autonomia frente a sociedade moderna.

Contudo, não se pode olvidar que a sociedade moderna ou pós-moderna não é mais a mesma do início do século XX, preocupadas de forma homogênea com as polêmicas em torno da igualdade, liberdade, paz e solidariedade.

O paradigma aqui adotado para tratar da complexidade social hodierna é transmoderna, no sentido de que o paradigma transmoderno tem como ponto de partida complexas realidades sociais e projetos/propostas factíveis, criativamente formulados pela discordância, pelo dissenso, legitimamente obtidos pelas diversas e heterônomas pessoas que integram a comunidade.

Tal ponto de partida é o substrato axiológico para uma interpretação constitucionalmente adequada do ordenamento jurídico, uma vez que o paradigma constitucional, destacado no início destes breves apontamentos, é de que o conteúdo da Constituição depende definitivamente do contexto social, econômico, político e cultural do qual está inserida.

3. Conclusões

Com efeito, se vivemos em uma “sociedade líquida”, uma “modernidade líquida” ou em “tempos líquidos” como aponta Bauman, não podemos adotar, um modelo de incidência de autonomia privada aprioristicamente sempre relativizado pela incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados.

³⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, p. 99 -109. jan./mar. 1999. p. 107-108

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 154-155

É indispensável aos estudiosos da incidência dos direitos fundamentais, perceber a complexidade da sociedade transmoderna e não afastar-se da noção de que a Constituição e ordenamento jurídico compreendem uma construção cultural, de maneira que os aspectos econômicos, políticos, jurídicos, influenciam diretamente na aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1986/87.

DURKHEIM, Emile. **Montesquieu e Rousseau: Pioneiros da Sociologia**. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. *In*: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Buno Torquato de Oliveira. **Direito civil. Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. São Paulo: Del Rey, 2007.

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

HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HERRERA, Miguel Ángel García. Consideraciones sobre Constitución y Cultura. *In*: CALLEJÓN, Francisco Balanguer. (coord) **Derecho Constitucional y Cultura**. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, 2004. p. 119-129.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: conceito editorial, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *In*: **Revista “O direito”**. n. 138, vol. IV, ano 2006, p. 751-768.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. *In*: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra editores, 1976. p. 65.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1980.

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

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

SILVA, Vasco Pereira. **“A cultura a que tenho direito” Direitos Fundamentais e Cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

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

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

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.