

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA – FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH

EDUARDO MORAES LAMEU SILVA

LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA

Belo Horizonte

2018

EDUARDO MORAES LAMEU SILVA

LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC, na área de concentração em Direito Privado, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Belo Horizonte

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586l Silva, Eduardo Moraes Lameu, 1990 -
Limitações à autonomia privada / Eduardo Moraes Lameu Silva.
– Belo Horizonte, 2018.
123 f. ; 29,7 cm

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte,
2018.

1. Contratos - Interpretação e construção. 2. Autonomia. 3.
Direito privado - Brasil. I. Título. II. Fiuza, César Augusto de Castro.
III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e
da Saúde.

CDU: 347



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza _____

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior _____

MESTRANDO: EDUARDO MORAES LAMEU SILVA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA”

RESULTADO FINAL: aprovado

Data da Defesa: 03/07/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Primeiramente, a Deus pela coragem para enfrentar os desafios diários; à Paula, meu amor, minha força, meu conforto; e também a meu pai Carlos. Essa conquista é nossa!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela coragem, fé e prudência para enfrentar um dia de cada vez.

Agradeço à Paula, minha companheira, aquela que faz tudo valer a pena sempre ao chegar em casa após um dia difícil.

Agradeço a meus pais, pelo apoio de todas as formas; afinal, eles foram meus primeiros professores para a vida. Agradeço também a minha irmã Mari, aquela que sempre está disposta a me ouvir e me ajudar.

Por fim, agradeço a todos os professores que tive durante minha vida, desde aqueles do primário, que me ensinaram os primeiros passos, até os dias de hoje, principalmente aos professores da FUMEC – em especial, meu orientador César Fiuza, para mim um ídolo e inspiração no Direito brasileiro.

“as asas de um coração sonhador ninguém irá roubar”

(Edu Falaschi)

RESUMO

A autonomia privada, potência da relação contratual e de todas as relações jurídicas privadas, com o decorrer dos anos, passou por uma releitura de seu conteúdo. Com as mudanças sociais ocorridas no século passado e a constitucionalização do Direito Civil, com a mudança de seu epicentro, que passou do patrimônio para a pessoa, a autonomia privada, há muito não é mais encarada de forma ilimitada. O tema dessa pesquisa abrange a autonomia privada, objetivando uma releitura do instituto, tanto nas relações jurídicas ditas patrimoniais, como nas relações existenciais – em que permeia maior subjetivismo. Um problema é colocado ao se perguntar se hoje se poder-se-ia falar em função social da autonomia privada (em âmbito contratual), ou se tal tema seria maléfico ao âmago do próprio instituto, bem como à segurança jurídica dos contratantes? Outro dilema diz respeito à limitação da autonomia do indivíduo em situações jurídicas existenciais, onde, em tese, o Estado não deveria intervir, desde que não se esteja diante de alguma ilegalidade ou ilicitude explícita. Buscar-se-á trabalhar com o conceito original da autonomia para, após isso, colocar em cerne a discussão sobre a sua relativização, procurando valer-se também do Direito Comparado para melhor desenvolvimento dos argumentos aqui apresentados. Assim, procura-se um pensamento acerca dessa possibilidade da função social da autonomia privada dentro do seio contratual, bem como trabalhar as limitações da autonomia privada nas situações cujas decisões são (deveriam ser) privativas do indivíduo – sem a intervenção estatal limitativa. Tudo de forma a não ferir a segurança jurídica das partes.

Palavras-chave: Limitação autonomia privada. Autonomia Privada. Função Social. Autonomia Contratual. Situações existenciais.

ABSTRACT

Private autonomy, potency of the contractual relations and of all private juridical relations, over the years has undergone a re-reading of its content. With the social changes that took place in the last century and the constitutionalisation of civil law - with the change from its epicenter, which passed from patrimony to the person, private autonomy has long since ceased to be unlimited. The subject of this research encompasses private autonomy, aiming at a re - reading of the institute, both in juridical relationships called patrimonial, as in existential relations - in which more subjectivism permeates. A problem arises when one asks whether one could speak today of the social function of private autonomy (in a contractual scope), or whether such a topic would be harmful to the very heart of the institute itself, as well as to the juridical security of contractors? Another dilemma concerns the limitation of the individual's autonomy in existential juridical situations, where, in theory, the State should not intervene, as long as there is no explicit illegality or illegality. It will be sought to work with the original concept of autonomy, after that, to put in the core the discussion about its relativization, seeking to use also the Comparative Law to better develop the arguments presented here. Thus, a thought is sought about this possibility of the social function of private autonomy within the contractual sphere, as well as to work the limitations of private autonomy in situations whose decisions are (should be) private to the individual - without limiting state intervention. All so as not to prejudice the legal certainty of the parties.

Keywords: Limitation of private autonomy. Private Autonomy. Social role. Contractual Autonomy. Existential situations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AUTONOMIA PRIVADA	13
2.1 CONCEITOS DE AUTONOMIA.....	13
2.2 A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE KANT PARA O CONCEITO DE AUTONOMIA EM FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES.....	17
2.3 LIBERDADE E SOCIEDADE.....	21
2.4 AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE.....	26
2.5 AUTONOMIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO.....	28
2.6 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO LIBERAL.....	28
2.7 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO SOCIAL E “PÓS-SOCIAL”.....	31
2.8 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..	37
2.9 DA MIGRAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO PARA O ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO: CRISE?.....	39
2.10 A AUTONOMIA PRIVADA E PÚBLICA.....	41
2.11 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ROMANO: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	43
2.12 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	45
2.12.1 Direito norte-americano	45
2.12.2 Direito alemão	47
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS	50
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	50
3.2 DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	52
3.3 EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
3.4 TEORIAS NEGATIVAS SOBRE A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES.....	55
3.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	56
4 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS .	61
4.1 AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES CONTRATUAIS.....	62
4.2 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E DIRETRIZES CONTRATUAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	64
4.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	68

4.4 AUTONOMIA, PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL	72
4.5 FUNÇÃO SOCIAL DA AUTONOMIA PRIVADA?	77
5 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS ...	80
5.1 IMPOSIÇÃO PELO ESTADO DE OBRIGATORIEDADE DE REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS	82
5.1.1 Dos Regimes de Bens admitidos no ordenamento jurídico pátrio	82
5.1.2 Da limitação (inconstitucional) da autonomia na definição do regime de bens dos maiores de setenta anos.....	84
5.2 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO PRÉ EMENDA CONSTITUCIONAL 66/ 2010.....	92
5.3 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE EM ESTADO TERMINAL	94
5.3.1 Os princípios bioéticos em voga: autonomia, beneficência e não-maleficência, justiça	95
5.3.2 A “imposição da vida” em confronto com a liberdade individual de morrer	96
5.3.3 Discussão embasada na autonomia centrada (Dworkin) e Teoria dos Sistemas... 	101
5.4 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA – A OBRIGATORIEDADE DA TRANSFUSÃO DE SANGUE EM DETRIMENTO DA LIBERDADE RELIGIOSA	105
6 CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	114

1 INTRODUÇÃO

Uma questão que ainda não se tornou consensual entre os juristas e que suscita, a cada dia, novas discussões jurídicas e sociais diz respeito à limitação da autonomia privada. Sabe-se que o princípio da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* não são princípios absolutos e o Estado, na medida dos poderes em que lhe é investido, exerce sua prerrogativa limitadora – na maioria das vezes em prol social –, no âmbito contratual e patrimonial. Um problema maior surge quando se fala da limitação da autonomia em situações existenciais. Várias situações cuja decisão é de caráter personalíssimo hoje não são decididas de forma livre, havendo intervenção do Estado – seja legislativa, seja jurisprudencial –, limitando a esfera de liberdade das partes.

Quando se discute autonomia privada, discute-se a questão das fontes do Direito. A autonomia privada do indivíduo pode ser considerada como fonte jurídica, visto as diversas situações que podem advir de sua manifestação. Porém, tal fonte não é totalmente livre ou ilimitada. O Estado, em diversas situações, intervém na autonomia do indivíduo a fim de resguardar valores eleitos como socialmente mais relevantes do que as finalidades buscadas pelo indivíduo. Vários institutos jurídicos privados passaram pela funcionalização, principalmente em vista de questões sociais e econômicas. Porém, acredita-se nesse trabalho que, nas situações existenciais (pelo menos as aqui trabalhadas), não há nenhum interesse metaindividual que justifique a ação limitadora por parte do Estado.

O método utilizado nessa pesquisa foi o jurídico-dedutivo, através da análise de várias obras jurídicas, filosóficas, literárias e artísticas relacionadas à questão da autonomia, além do estudo da legislação nacional e estrangeira acerca do tema. Quanto à estrutura, o trabalho aqui apresentado foi dividido em quatro partes de forma a se tornar mais organizado.

O primeiro capítulo é dedicado ao estudo da autonomia, objetivando trabalhar as diferenciações conceituais entre autonomia da vontade e autonomia privada, liberdade, autodeterminação, autonomia pública e autonomia privada. Além disso, é feito um estudo da evolução do conceito de autonomia nos principais modelos estatais ocidentais, quais sejam: Estado Liberal, Social, “Pós-social”, e Estado Democrático de Direito. Também é trabalhado nesse mesmo capítulo o tratamento dado à autonomia privada em âmbito do Direito Romano e do Direito estrangeiro, elegendo-se como objeto de estudo o direito norte-americano e alemão. Espera-se, nesse primeiro título, apresentar um substrato com as mais variadas conceituações e posições acerca do conteúdo do chamado princípio da autonomia privada para, posteriormente, debater a (im)possibilidade de suas limitações.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo dos direitos fundamentais e sua aplicação nas relações horizontais (relações entre particulares – sem a figura do Estado em algum de seus pólos). Tal capítulo é necessário devido ao fato de que o Estado (principalmente funcionalizado na figura do Poder Judiciário), ao interferir e desconstituir relações privadas, alterando seu conteúdo, usa-se da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas como justificativa. É apresentado nesse capítulo um estudo sobre os direitos fundamentais: características, classificação, divisão em dimensões e as teorias acerca da aplicabilidade e não aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, valendo-se das teorias oriundas, principalmente, da Alemanha.

Seguindo, o terceiro capítulo é voltado para o estudo da limitação da autonomia privada nas situações patrimoniais, enfocando-se nas figuras do contrato e da propriedade. Um dos objetivos dessa parte do trabalho é apresentar o tratamento dado ao contrato pelo ordenamento jurídico pátrio, além da influência da função social na manifestação da autonomia em âmbito contratual. Outro objetivo é apresentar a visão da propriedade no Direito brasileiro, além do princípio da função social da propriedade prevista constitucionalmente. Por fim, trabalha-se com a possibilidade (ou não) da função social da autonomia privada em âmbito patrimonial. Ressalta-se que não será objeto desse trabalho o tratamento da função social da empresa.

O último capítulo guarda maiores divergências ideológicas, discussões doutrinárias e novas situações jurídicas: a limitação da autonomia privada nas relações extrapatrimoniais (ou, se preferir, existenciais). Pretende-se eleger algumas situações em que o Estado limita (ou em algum momento já limitou) a autonomia do indivíduo para, assim, argumentar acerca da viabilidade ou inviabilidade da excessiva limitação em situações que, em tese, seriam de alçada do próprio indivíduo. As situações aqui escolhidas são: 1) a limitação da autonomia privada na definição do regime de bens para os indivíduos que contam com mais de 70 anos de idade; 2) a limitação da autonomia privada que existia antes da Emenda Constitucional 66/2010, quando da dissolução da sociedade conjugal; 3) a limitação da autonomia privada do paciente em estado terminal; e 4) a limitação da autonomia privada com a consequente afronta ao direito à liberdade de crença e religião. Ressalta-se que não são as únicas situações existenciais que levam à discussão sobre a limitação da autonomia privada. Apenas foram escolhidas quatro a fim de que o trabalho não fique muito extenso. Acredita-se que com essas situações já se tem um arcabouço bem sólido para a justificação dos argumentos aqui apresentados.

O objetivo geral desse trabalho é apresentar um estudo sobre limitação da autonomia privada. Os objetivos específicos que podem ser elencados são: fazer um estudo sobre autonomia, trabalhando com vários conceitos atrelados; apresentar um estudo sobre a relação entre os direitos fundamentais e as relações privadas; e trabalhar as limitações da autonomia privada nas situações patrimoniais e existenciais.

Para se chegar às conclusões aqui propostas, parte-se do estudo de filósofos como Immanuel Kant, John Locke, Hegel e Rousseau, além de juristas como César Fiuza, Daniel Sarmiento, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Maria de Fátima Freire de Sá, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

O interesse na pesquisa de tal tema veio desde as cadeiras da graduação. Primeiramente, o autor desta dissertação escreveu um artigo, ainda no sexto período da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL, denominado “Direitos fundamentais e autonomia privada”. Tal artigo foi responsável por despertar o interesse em pesquisar e entender como funciona a questão da limitação da autonomia privada para resguardar os direitos fundamentais. Mais adiante, tal tema foi escolhido para ser aprimorado e apresentado como trabalho de conclusão de curso da graduação em Direito do autor, denominado: “Direitos fundamentais e autonomia privada: coexistência e conflitos”. Mas o debate acerca da autonomia privada não está restrito à graduação, tendo se tornado interesse do autor em ser trabalhado no âmbito do curso do Mestrado e, ainda, sob a orientação de uma autoridade no assunto Direito Privado – o Professor Doutor César Fiuza.

As conclusões que foram feitas aqui inclinam-se para uma visão em favor da autonomia em sede existencial, tendo sido adotado como um dos marcos teóricos para essas conclusões a concepção da autonomia centrada na integridade de Ronald Dworkin.

Espera-se, assim, apresentar um estudo desenvolvido há anos acerca da autonomia privada e suas limitações. Consolida-se aqui o pensamento que por muitas vezes se modificou, em vários períodos da pesquisa, sempre sendo instigado por questionamentos e reflexões acerca do real papel do Estado atual e sua prerrogativa de limitar a autonomia do indivíduo.

2 AUTONOMIA PRIVADA

Escrever sobre a limitação à autonomia do indivíduo não é uma tarefa fácil. Diversos são os posicionamentos a favor ou contra, além do fato de que tal tema pode ser analisado sob diversos enfoques (econômico, filosófico, político). O fato é que cada situação comporta uma análise específica acerca da limitação ou não da autonomia do indivíduo. Em certos casos, valer-se da Lei, como norma abstrata, para limitar a autonomia privada pode acabar por gerar intervenções excessivas, conseqüentemente, afrontando-se a dignidade da pessoa humana dos indivíduos que, em tese, não seriam os destinatários da norma ou não carecem de proteção estatal nos negócios de sua vida privada. Antes de entrar no cerne da questão, qual seja, a limitação da autonomia privada, impende que seja feito um estudo introdutório sobre a autonomia.

Nesse primeiro capítulo do trabalho serão abordados: a parte conceitual (na medida do possível, com algum enfoque filosófico, valendo-se dos ensinamentos de Kant, Hegel, Rousseau, Locke e Habermas); a diferenciação entre autonomia privada, autonomia da vontade e autodeterminação, sempre visando estabelecer um liame com o tratamento dado à autonomia do indivíduo nos modelos de Estado Liberal, Social, “Pós-Social” e Democrático de Direito. Além disso, será dada atenção à questão do binômio autonomia pública e autonomia privada. Por fim, serão feitas considerações ao tratamento da autonomia privada no Direito Romano e estrangeiro, especificamente, no Direito norte-americano e alemão.

Após esse capítulo introdutório, que servirá de substrato do trabalho, é que se partirá para as discussões práticas, abarcando os direitos fundamentais e as situações patrimoniais e existenciais.

2.1 CONCEITOS DE AUTONOMIA

Etimologicamente, o vocábulo autonomia provém do grego *autonomía* que é resultado da aglutinação do adjetivo *autós* – que possui o significado de único, próprio, pessoal – e do verbo *nomos* (nomia) – que significa lei, regra ou norma. Para o dicionário técnico jurídico “autonomia”, dentre outras definições, seria: “faculdade de alguém reger-se por si mesmo” (GUIMARÃES, 2010, p. 125).

Seu significado original denota a ideia de poder para se autogovernar, independentemente de forças ou influências externas. Costumava-se ter a ideia, inclusive, de autonomia como propriedade do indivíduo sobre si mesmo. Em um primeiro momento, pode-

se partir da ideia de autonomia como uma propriedade absoluta do indivíduo, não podendo sofrer influências exteriores. O indivíduo dotado de autonomia seria aquele que se governa por suas regras e, conseqüentemente, tais regras devem ser respeitadas pelos outros indivíduos a fim de que se preserve sua vontade. Autonomia, nesse sentido, comporta aspectos de liberdade moral, física, psíquica e de pensamento. Historicamente, Otávio Luiz Rodrigues Júnior observa que:

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 (JÚNIOR, 2004, p. 114).

Quando a manifestação da vontade não é livre, não é plena (seja por fatores naturais e internos do próprio sujeito, seja por fatores externos impeditivos ou coercitivos), não há que se falar em autonomia. Roberta Elzy Simiqueli de Faria conceitua autonomia como: “o poder de autodeterminação do homem, marcado pela liberdade de tomar decisões” (FARIA, 2007, p. 58). Sobre a conceituação de autonomia e as influências externas na determinação de seu conceito, observa Olga de Castro:

Autonomia é independência, na medida em que independência refere-se à capacidade que cada ser humano tem de saber agir para tornar-se autônomo. Logo, autonomia é mais do que ter comportamentos de independência, uma vez que a autonomia prevê pensamentos, sentimentos e tomadas de decisão que envolvem o próprio indivíduo, dentro ou fora do seu ambiente sócio familiar e envolve transformações multidisciplinares e interativas. Autonomia não é independência acabada ou efetivada, mas antes uma ação permanente visualizada num *continuum* de crescimento do sujeito e da própria sociedade pelos processos permanentes de educação, formação e adaptação. Assim, a autonomia não pode estar dependente de justificações de ordem econômica ou ideológica, porque se constitui como um valor que capacita a nossa participação no percurso de todas as circunstâncias da vida. Por tudo isso, a autonomia é por excelência uma necessidade humana, uma vez que somente um indivíduo autônomo ("sujeito ativo") possui condições de entender as contradições que permeiam a sua vida no mundo em permanente interação no sentido da construção das mudanças qualitativas. Logo, a autonomia só pode ser entendida no âmbito do rompimento com as políticas sociais e culturais instituídas, muitas vezes perpetuadas no tempo, manifestadas em muitas situações pela dependência, pela submissão, pelo conformismo e pela alienação (CASTRO, 2011, p. 2).

A autonomia deve ser trabalhada não somente com enfoque jurídico, mas também com enfoque filosófico. Para isso, é impossível não mencionar a contribuição do pensamento de

Immanuel Kant (2011) no que concerne à autonomia. Como tal tema será objeto do próximo tópico, por hora é necessário apenas valer-se de seu conceito de autonomia dado na obra

Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal (KANT, 2011, p. 70).

Outro filósofo que trabalhou de forma veemente a questão da autonomia e da liberdade e que merece ser mencionado aqui foi o alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Esse mesmo autor entende que o ser e o pensar possuem de certa forma relação em si, uma inter-relação. Acredita-se que Hegel foi influenciado por Kant no que concerne à autonomia, porém, também criticava o formalismo kantiano. Sobre as ideias de Hegel, no que concerne à autonomia e à liberdade, Vinícius Silva Bonfim nos ensina que: “Falar de liberdade em Hegel é assumir a autonomia individual como principal característica do cidadão moderno. A modernidade impõe exatamente a motivação da autonomia individual” (BONFIM, 2013, p. 27). Para Hegel, o direito a autonomia e a liberdade dos homens é um dos elementos responsáveis pela criação do próprio Estado. O Estado, assim, não seria visto como limitador da autonomia, mas sim o responsável por garantir a existência dessa autonomia. Bonfim complementa que: “Hegel entende que a autonomia individual está na base do Estado. O indivíduo só é cidadão em uma comunidade. Mais ainda, o indivíduo (livre) será o elemento estruturante do próprio Estado de Direito” (BONFIM, 2013, p. 37).

A própria ideia de autonomia remetia ao reconhecimento do *status* de pessoa pelo Estado. Se o indivíduo tinha potencial para agir, com autonomia e vontade própria, logo lhe era atribuído o *status* de pessoa na ordem jurídica, podendo, inclusive, participar das decisões políticas e coletivas. Nesse sentido, André Rüger e Renata de Lima Rodrigues explicam:

A apropriação dos elementos da natureza, dentre os quais o próprio homem, era, numa antiguidade não tão remota, fator de determinação até mesmo do *status* pessoal: a humanidade dividia-se entre sujeitos-proprietários e indivíduos-propriedades. Nesse contexto, a personalidade era reconhecida aos que possuíam autonomia, ou seja, aos que não estavam sob o julgo de um *dominus*, no direito das coisas, ou de *um pater familias*, no direito de família.

Essa visão da autonomia como espécie de “propriedade” sobre si mesmo marcou profundamente o tratamento dos chamados direitos da personalidade, que até hoje, segundo certa doutrina tradicionalista, são

tratados com institutos herdados do direito das coisas (RODRIGES, RÜGER, 2007, p. 4).

Quando se fala da relação autonomia e Estado, é importante mencionar que a percepção de autonomia do indivíduo modificou-se junto com os modelos estatais, como os Estados Liberal, Social e Democrático de Direito – assunto que será abordado futuramente nesse mesmo capítulo.

Ainda sobre autonomia, André Rüger e Renata de Lima Rodrigues entendem que:

O papel da vontade como substrato da autonomia foi substancialmente alterado em face dos influxos sociais e do reconhecimento de que o ser humano é como os demais. Há que se indagar, contudo, se a vertente estritamente volitiva da autonomia respalda algum tipo de relação ou situação jurídica na contemporaneidade.

Algum espaço de preservação de vontade na autodeterminação do sujeito é inegavelmente reconhecido a cada pessoa. Em sua esfera mais íntima, cada qual é senhor de sua própria vida e age com plena autonomia em suas escolhas individuais. O fato de que a vida social seja composta de intersubjetividades compartilhadas não implica uma necessária dissolução da autonomia dos participantes no meio social, embora o exercício da vontade individual sofra influência ou condicionamento do meio cultural (RODRIGES, RÜGER, 2007, p. 7).

Outra conceituação que surge para autonomia, dentro do ordenamento jurídico brasileiro é no Direito do Trabalho. Ser autônomo na seara trabalhista é exercer a atividade laboral por conta própria, sem subordinação a nenhum terceiro (empregador), assumindo todos os riscos econômicos da atividade. Como exemplo, citam-se o pedreiro, o médico, o advogado¹.

Para fins de complementação, também no Direito Administrativo e Constitucional brasileiro, têm-se a figura de autonomia com relação à organização do Estado. Para esses ramos do Direito, a autonomia é a característica dos entes federativos de se auto-organizarem, elaborando suas leis complementares à Constituição (autonomia legislativa) e detendo capacidade de autoadministração e autogoverno para melhor se adequar às necessidades de sua população. Nesse sentido, autonomia tem uma conotação política, diferente da autonomia do direito civil aqui trabalhada.

De início, se expôs aqui o que seria uma ideia inicial do que seria o termo autonomia. Como visto anteriormente, no âmbito filosófico, Kant foi um dos precursores dos estudos sobre autonomia. No próximo tópico, será abordada a contribuição de Immanuel Kant para o

¹ Tal conceituação foi trazida aqui para que o trabalho possa se apresentar o mais amplo possível nessa primeira parte, pois a questão da autonomia nesse escrito será com enfoque no Direito Civil e não no Direito do Trabalho.

desenvolvimento do conceito de autonomia – mais especificamente em sua obra **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos** (2011).

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE KANT PARA O CONCEITO DE AUTONOMIA EM FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES

Com o fito de providenciar uma base filosófica, essencial ao trabalho, nesse tópico será demonstrada a construção do pensamento de Kant no que diz respeito à autonomia. Ressalta-se o enfoque aqui ser tratado em sua obra **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (original de 1785), não se aprofundando em outras obras do autor para não se perder o foco do trabalho².

Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão conhecido por seu trabalho acerca da natureza do conhecimento e por sua contribuição aos estudos sobre a moral. Entre suas principais obras estão: **Crítica da Razão Pura** (1781), **Crítica da Razão Prática** (1788) e **Crítica do Julgamento** (1790).

Em seu trabalho denominado **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Kant faz uma introdução à outra obra sua denominada **Metafísica dos Costumes**. O livro funciona como um elo de pensamento crítico de suas próprias obras, inclusive a **Crítica da Razão Pura**, que é diversas vezes citada em seu escrito. Traz-se aqui alguns conceitos fundamentais trabalhados pelo autor.

Kant distingue o conceito de “vontade” do conceito de “querer”. O conceito de querer está atrelado ao conceito de “felicidade”. Por outro lado, o conceito de “vontade” está atrelado ao conceito de “dever” (moralidade). Para o autor: “A boa vontade não é boa pelo que promove ou realiza, pela aptidão de alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma” (KANT, 2011, p. 22). O caráter possui o valor maior quando se faz o bem por dever e não por nenhuma inclinação (interesse individual).

O autor acredita na existência de uma lei interna determinante da razão e, conseqüentemente a vontade livre seria aquela de acordo com essa mesma lei interna. Complementando: “[...] a razão não é suficiente apta para guiar com segurança a vontade no que respeita aos seus objetivos e à satisfação de todas as necessidades [...], visto que um instinto natural inato levaria com muito maior certeza a esse fim [...]” (KANT, 2011, p. 24).

² Também não será trabalhada toda a extensão dessa obra, pois o pensamento de Kant para ser compreendido em sua totalidade levaria a uma abordagem diferente da dada nesse trabalho.

Assim, a vontade encontrar-se numa dita “encruzilhada” entre um princípio *a priori* (formal) e o impulso motor *a posteriori* (material).

Sobre a moralidade, Kant nos ensina que não se pode tentar entender e conceituar o que seria moralidade através de exemplos. Pois, ao utilizar exemplos, dever-se-iam fazer comparações com princípios morais anteriores. Os conceitos morais têm origem na razão (*a priori*). O autor observa que:

[...] tais conceitos não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico, o qual, portanto, seria puramente contingente; que precisamente nessa pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servir de princípios práticos supremos; que sempre que lhes acrescentamos algo de empírico subtrairmos em igual medida a sua pura influência e o valor ilimitado das ações [...] (KANT, 2011, p. 42).

Outro pensamento exposto na obra é o de que “a vontade seria a razão prática”, pois, somente um ser racional, dotado de vontade, pode agir segundo as leis da natureza. Assim, a razão determina a vontade.

As ações do ser humano, para Kant, são objetivamente necessárias – que dizem respeito à universalidade e subjetivamente necessárias (internalizações). Como toda ação está sujeita a esse subjetivismo (ações subjetivamente contingentes), pode-se afirmar que somente a razão não é suficiente para determinar a vontade. Assim, a determinação da vontade em conformidade com as leis objetivas é chamada de obrigação. A representação do princípio objetivo dentro da subjetividade do ser humano é denominado “mandamento da razão”. Por sua vez, a fórmula desse mandamento é chamada por Kant de imperativo.

A partir daí, o autor trabalha a questão dos imperativos (expressos pelo verbo dever) que são: “[...] fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional – da vontade humana, por exemplo” (KANT, 2011, p. 45). Basicamente os imperativos são de duas ordens, quais sejam, os imperativos hipotéticos e os imperativos categóricos. Os primeiros denotam à ideia de ação ser praticada como um meio para se alcançar um resultado almejado pelo seu autor na busca de sua felicidade. Por outra ponta, os imperativos categóricos representam a prática da ação como um fim em si mesma, sem visar objetivos posteriores – implica em fazer o bem. Kant descreve o imperativo categórico como: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2011, p. 51). Dessa forma, o imperativo categórico possui o *status* de “Lei”, ao passo que o imperativo hipotético somente guarda o

caráter de “princípio da vontade”. O imperativo categórico também é chamado de “imperativo da moralidade” ou “mandamento absoluto”.

Ainda na temática dos imperativos, o autor trata de diversas subdivisões do imperativo hipotéticos e categórico, como imperativo da habilidade, imperativos técnicos, pragmáticos, dentre outros. Porém, a fim de não se estender por demais no tema, não serão aqui trabalhadas tais classificações. O que deve ser aqui mencionado é o questionamento feito por Kant se realmente é necessária a existência de uma lei que determine que suas ações sejam máximas universais, em outras palavras, se é necessária a existência do dito imperativo categórico.

Acerca da felicidade, Kant nos ensina que é o fim ao qual todos os seres almejam, valendo-se para isso do imperativo hipotético. Porém, o conceito de felicidade é indeterminado, não podendo nenhum ser humano dizer o que é a plenitude nesse sentido. Dentro desse contexto, a prudência é descrita como a capacidade para se escolher os meios a fim de que se atinja o próprio bem-estar. O autor distingue também os princípios subjetivo e objetivo, sendo o primeiro relacionado ao desejo (impulso), ao passo que o segundo se relaciona ao querer (motivo), chegando-se, assim, à distinção entre fins subjetivos (impulsos) e fins objetivos (motivos).

Dessa forma, Kant chega em uma de suas ideias fundamentais e que será utilizada nesse trabalho como um dos fundamentos no trato da limitação da autonomia privada nas situações existenciais:

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – **existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio** para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

[...]

Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais se denominam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito) (KANT, 2011, p. 58-59, grifo nosso).

Seguindo na obra, Kant chega àquilo que se denomina como o “princípio formal supremo” – a autonomia da vontade. Muitos acreditam que Kant foi o precursor do termo autonomia da vontade, sendo conceituada como:

[...] a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). **O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da**

escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal.

[...]

Porém, por meio de uma simples análise dos conceitos da moralidade pode-se mostrar perfeitamente bem que o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral. Pois, dessa forma resulta que esse seu princípio tem de ser um imperativo categórico, o qual, contudo, não exige nem mais nem menos do que precisamente essa autonomia (KANT, 2011, p. 70-71, grifo nosso).

Nesse ponto, Kant afirma que o princípio da autonomia deveria ser demonstrado através de um imperativo categórico. A autonomia seria então: “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2011, p. 66). Logo, a existência digna pressupõe o respeito à autonomia do indivíduo. Nessa mesma oportunidade, o filósofo distingue autonomia de heteronomia:

Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não na aptidão de suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é sempre a heteronomia. Não é, pois, a vontade que dá a lei a si mesma, mas sim o objeto que por sua relação com a vontade dá a esta a lei (KANT, 2011, p. 71).

A heteronomia seria quando a vontade busca em um objeto externo sua lei. Busca uma razão naquilo que satisfaz a vontade.

Na terceira seção, destaca-se aqui o tratamento dado por Kant à figura da liberdade (que seria a “chave para a explicação da autonomia da vontade”): “Que outra coisa pode ser, pois a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? [...] Vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa (KANT, 2011, p. 79-80).

Negativamente falando, têm-se que a liberdade seria a propriedade da vontade (uma causalidade) – vontade essa presente apenas nos seres racionais. Ao passo que a propriedade da causalidade dos seres irracionais seria a necessidade natural. Porém, para o autor, tal conceito negativo é estéril, sendo necessário um conceito positivo de liberdade.

Um dos principais problemas na teoria seria conciliar a liberdade com a autonomia da vontade. Em outras palavras, a liberdade em Kant obriga, pois, a liberdade estar ligada à moralidade. A liberdade, para ser caracterizada como tal, deve ser universal (prática):

Não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribuí-la também a todos os seres

racionais. Pois como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, ela tem de valer também para todos os seres racionais; e como não pode se derivar senão da propriedade da liberdade, a liberdade tem de ser demonstrada como propriedade da vontade de todos os seres racionais, e não basta, como se vê, verificá-la por certas supostas experiências da natureza humana (se bem que isso seja absolutamente impossível e só possa ser demonstrado *a priori*), mas temos de demonstrá-la como pertencente à atividade de seres racionais em geral, e dotados de uma vontade.

Digo, pois: todo ser que não pode agir senão sob a ideia de liberdade é, por isso mesmo, verdadeiramente livre em sentido prático, quer dizer, valem para ele todas as leis que estão inseparavelmente unidas à liberdade, exatamente como se a sua vontade fosse definida como livre em si mesma e de modo válido na filosofia teórica. Pois bem; agora afirmo: - **a todo o ser racional que tem uma vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele age** (KANT, 2011, p. 80-81, grifo nosso).

Conclui-se, assim, que, dentro dessa linha de pensamento, o ser racional dotado de liberdade deveria ser o responsável por seus próprios princípios, independentemente de forças externas, e que a autonomia é pressuposto básico da vida digna do ser humano.

A seguir serão feitas abordagens sobre a liberdade, propriedade da autonomia privada.

2.3 LIBERDADE E SOCIEDADE

Tratamento conceitual necessário ao estudo aqui proposto é de autonomia privada, liberdade, autonomia da vontade e autodeterminação. Será tratado nesse tópico sobre o primeiro conceito: a liberdade. Certos autores são essenciais para se trabalhar sobre as concepções de liberdade, como John Locke, Rousseau e Hegel.

Liberdade, para o filósofo inglês John Locke, consiste no principal bem do ser humano. Em sua obra **Segundo Tratado sobre o Governo**, o autor demonstra sua visão acerca do estado de natureza e o estado civil, apresentando oposição à ideia de compatibilidade da monarquia absoluta com uma sociedade civil. O estado da natureza seria, para o autor: “um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem” (LOCKE, 2011, p. 15). Além do estado da natureza, por excelência, um estado de liberdade, também seria um estado de igualdade, no qual o poder pode ser exercido por todos os homens, sem distinção, na mesma intensidade, e seus efeitos também devem ser suportados por todos. A lei que regeria esse estado seria a lei da razão. Porém, quando algum ser humano (seja quem for, inclusive algum

monarca), tenta impor o poder absoluto a outro homem instaura-se o chamado estado de guerra. A inclinação natural do ser humano de convivência com outros e a possível iminência de sofrer invasão em sua propriedade por outro ser humano acaba por despertar a vontade nos homens de constituir uma sociedade (através de um contrato social). Locke entende que a principal razão dos homens para viver em sociedade e “abandonar” sua liberdade natural é a preservação e a segurança da propriedade privada. Além disso, outro escopo da sociedade seria a positivação dos ditos direitos naturais: vida, liberdade e propriedade. Tal positivação desencadearia no chamado jusnaturalismo.

Mas o fato de constituir sociedade não é garantia de evitar o estado de guerra, pois, ao se constituir uma sociedade e, uma vez surgindo um Estado limitador, ocorre a submissão do homem, saindo do estado de natureza, desaparecendo assim a liberdade natural. Chega-se ao estado de guerra, nada adiantando estar constituída a sociedade, pois não há nem liberdade natural, nem liberdade do cidadão. Para o autor, a liberdade seria o estado natural do homem que não é submisso a nenhum poder superior (nem mesmo o poder estatal), somente sendo submetido à razão.

Porém, o próprio autor reconhece a necessidade da existência de um poder constituído para traçar ditames à conduta dos indivíduos e, conseqüentemente, preservar a existência da propriedade. Tal poder seria o Poder Legislativo, que guardaria o caráter de poder supremo, “sagrado” e “intocável”. Ainda sobre liberdade, John Locke ensina que:

A liberdade natural do homem nada mais é que não estar sujeito a qualquer poder terreno, e não submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, tendo como única regra apenas a lei da natureza. A liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado.

[...]

a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da mesma sociedade e feita pelo poder legislativo estabelecido em seu seio; a liberdade de seguir a própria vontade em tudo o que não está prescrito pela lei, não submetida à vontade mutável, duvidosa e arbitrária de qualquer homem; assim como a liberdade de natureza consiste em não sofrer qualquer restrição a não ser a lei da própria natureza (LOCKE, 2011, p. 27).

O Poder Legislativo seria, então, o poder por excelência, capaz de traçar limites à liberdade dos indivíduos – desde que, constituído legitimamente pela vontade dos mesmos.

Porém, tal função não poderia ser exercida para escravizar o cidadão. O exercício do poder pelo legislativo deveria visar o bem-estar e a proteção da sociedade.

Baseado nos ensinamentos do autor, trazendo a discussão para o debate atual, não há que se falar em liberdade irrestrita. Ser livre, hoje, não quer dizer fazer tudo o que se deseja. A liberdade civil encontra o Estado como “legítimo agente limitador”.

Outro autor que trabalhou a questão da liberdade foi o filósofo suíço Jean Jacques Rousseau. Rousseau, em seu **Do Contrato Social**, apresenta o pensamento de que os homens nascem bons e livres, vivendo em um primeiro momento, sem a preocupação com a propriedade privada, num estado natural. O homem nesse estado é chamado de “bom selvagem”. Porém, posteriormente, a convivência em sociedade corrompe o homem (o segundo momento seria a vida em sociedade, porém, ainda em estado de natureza). Daí, surge o conflito entre os grupos sociais pela propriedade gerando as desigualdades. Assim, é necessária a realização de um contrato social para a garantia da liberdade e igualdade, através de uma convenção (o contrato social representaria um terceiro momento).

Para Rousseau, a liberdade primeiramente advém do estado natural do ser humano. O indivíduo livre não é escravo de ninguém, não se submete a nenhum outro. Nesse sentido, Rousseau escreve que: “O homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhado; o que julga ser senhor dos demais é de todos o maior escravo” (ROUSSEAU, 2011, p. 17).

Ao celebrar o contrato social, o indivíduo abandona sua liberdade natural em troca de obter a liberdade civil. Abandona seu estado instintivo para um estado mais racional, tendo sua liberdade balizada por princípios sociais³. O modelo ideal proposto por Rousseau é aquele que respeita a vontade geral, sendo o poder soberano do povo, inalienável e indivisível. E o homem, nesse modelo, seria antes de indivíduo, cidadão – com papel ativo na sociedade.

Comparando o pensamento de Rousseau ao de Locke, Augusto Júnior Clemente e Maíra Cabral Juliano observam que: “[...] Rousseau foi um autor liberal heterodoxo em relação aos iluministas de seu tempo, pois advogou em favor de um “eu comum” social, dando grande peso aos auspícios comunitários e alertando para os perigos do individualismo liberal, aos moldes de John Locke” (CLEMENTE; JULIANO, 2017, p. 45). Rousseau, dessa forma, já se inclinava para um pensamento mais comunitário.

Traçando um comparativo do pensamento sobre autonomia de Kant e de Rousseau, observa Frederico Barbosa Gomes (2007):

³ Rousseau conclui que: “[...] em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e por direito” (ROUSSEAU, 2011, p. 31).

Diante de tudo isso, Rousseau lança as bases para uma nova compreensão da autonomia. Com base em seu pensamento, não seria possível imaginar o exercício da autonomia como um ato privado, solipsista, tal qual imaginava Kant, mas sim como uma atividade pública, ligada a uma política deliberativa, por meio da qual o conjunto dos cidadãos é quem definiria as normas e as convenções que iriam regulamentar a sua vida (GOMES, 2007, p. 42).

Apenas para fins de complementação e conexão das ideias, como visto alhures, Kant entende: “à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este, o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à ideia de todas as ações dos seres racionais, tal como lei natural está na base de todos os fenômenos” (KANT, 2011, p. 85). Interessante a observação de Maria de Fátima Freire de Sá acerca do pensamento kantiano: “A liberdade é o fundamento do direito em Kant, sendo traduzida em fundamento transcendental, porquanto não pode ser demonstrada por não se dar na experiência. Somente sob o pressuposto da liberdade é que são possíveis a moral e o direito” (SÁ, 2005, p. 55).

Sobre a liberdade, outra temática que pode ser abordada aqui diz respeito aos conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa trabalhados por Isaiah Berlin em **Two Concepts of Liberty** (Duas Concepções de Liberdade), de 1958. A liberdade negativa seria aquela que diz respeito ao poder do indivíduo de determinar suas ações e viver sua vida sem a interferência de terceiros. Isaiah Berlin, sobre o tema, discorre:

A defesa da liberdade consiste na meta “negativa” de contrapor-se à interferência. Ameaçar um homem com perseguição, a não ser que ele se submetta a um tipo de vida em que não exerce qualquer escolha de suas metas, deixar-lhe aberta apenas uma porta, fechando todas as outras, qualquer que seja a perspectiva nobre que tal porta lhe ofereça ou por mais benevolentes que sejam os motivos daqueles que se encarregam disso, é pecar contra a verdade, segundo a qual ele é um homem, um ser com uma vida própria a ser vivida. Eis aí a liberdade no sentido em que tem sido concebida pelos liberais do mundo moderno desde a época de Erasmo (alguns diriam de Occam) até os nossos dias (BERLIN, 1981, p. 140).

Já a liberdade positiva diz respeito ao poder do indivíduo em ser o “Senhor” de sua própria vida. A liberdade positiva teria a acepção de autorrealização. Valendo-se das condições necessárias o indivíduo poderia se denominar livre na sua vida e em suas escolhas. Novamente, Isaiah Berlin sobre o tema:

O sentido “positivo” da palavra “liberdade” tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas

decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas, que me afetem, por assim dizer, a partir de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, autoconduzindo e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las (BERLIN, 1981, p. 142).

Ainda sobre a liberdade, Hegel, em seu **Princípios da Filosofia do Direito**, ensina que:

O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo (HEGEL, 1997, p. 12).

Comentando o pensamento de Hegel, Thadeu Weber traz valiosa distinção entre livre-arbítrio e liberdade:

Há que se insistir numa distinção fundamental entre livre arbítrio e liberdade. Livre arbítrio é vontade livre imediata, portanto sem mediação. É um momento da liberdade. Liberdade é vontade livre mediada e reconhecida. Liberdade não é fazer o que se quer. Isso seria desconhecer as instâncias mediadoras pelas quais passa a vontade livre: o direito, a moralidade e a eticidade. O arbítrio não é a vontade em sua verdade, isto é, como conceito realizado, mas “vontade como contradição”. O mais imediato é o mais contingente. Portanto, entre vontade imediata (arbítrio) e liberdade há uma “contradição” a ser superada (WEBER, 2010, p. 60).

Trazendo para a seara jurídica-positiva, a liberdade foi reconhecida pelo texto constitucional brasileiro desde 1824, figurando até hoje como um direito fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No plano internacional, a liberdade como valor fundamental também aparece em diversos pontos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nessa declaração, encontram-se várias vertentes da liberdade do ser humano: liberdade de crença, de associação, de pensamento:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis **é o fundamento da liberdade**, da justiça e da paz no mundo [...] Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...] Art. III. **Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal** (ONU, 1948, grifo nosso).

Após tal explanação será feita a diferenciação – essencial ao trabalho aqui proposto – entre autonomia privada e autonomia da vontade.

2.4 AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE

Seguindo o estudo, apesar de aparentemente e muitas vezes tratados como iguais, os termos autonomia privada e autonomia da vontade guardam sentidos diversos e figuram em momentos históricos também divergentes.

Primeiramente, deve-se entender que o termo autonomia da vontade guarda relação com os ideais do Estado Liberal, que permeou durante os séculos XVIII e XIX, na Europa. Para esse ideal, o Estado deveria interferir na vida e nas relações do particular de forma mínima ou nula, podendo as partes pactuar livremente sem a preocupação com a imersão estatal em suas relações obrigacionais e contratuais. A autonomia da vontade denota, assim, o poder do indivíduo de gerador das normas jurídicas. Sobre a origem do termo autonomia da vontade, costuma-se apontar Emmanuel Gounot (1885-1960) como responsável pela difusão inicial dessa expressão em sua tese sobre autonomia privada denominada: *“Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme”*⁴.

Do pensamento liberal surge o conceito de igualdade formal, segundo o qual “todos são iguais perante a Lei”. Seria preocupação a positivação da igualdade. Ao trazer para o âmbito legal a igualdade, acreditava-se que estaria resolvido o problema e, conseqüentemente, todos os indivíduos seriam iguais. Porém, tal conceito não garante efetivamente a igualdade, sendo necessária então a chamada igualdade material, resumida da melhor forma possível na máxima Aristotélica: “tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de sua desigualdade”. A igualdade material traduz-se em medidas que garantam que

⁴ “O princípio da autonomia da vontade no direito privado: contribuição para o estudo crítico do individualismo legal” (tradução nossa).

essa igualdade (meramente formal) saia do papel da Lei e se concretize efetivamente no seio social.

Com a gradual derrocada do Estado Liberal em muitos países, o princípio da autonomia da vontade⁵ necessitava passar por uma atualização, não mais pendendo pelo irrestrito, o ilimitado.

Historicamente, o princípio da autonomia da vontade precede ao reconhecimento da chamada autonomia privada. Ou, conforme expõe Bruno Torquato de Oliveira Naves: “a autonomia privada é a atualização da autonomia da vontade” (NAVES, 2007, p. 236).

Assim, com a preocupação na garantia da justiça material pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade foi moldado a se tornar o chamado princípio da autonomia privada.

Francisco dos Santos Amaral Neto conceitua autonomia privada como: “o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (NETO, 1999, p. 26). Assim, a autonomia privada seria a liberdade conferida aos particulares para constituírem suas relações jurídicas – tudo dentro dos limites estabelecidos em Lei pelo próprio Estado.

Comparativamente, a autonomia da vontade tem um caráter mais subjetivo, enquanto que autonomia privada tem um caráter mais objetivo. Ou, ainda nas palavras do mesmo autor:

[...] a expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos (NETO, 1999, p. 26).

Deocleciano Torrieri Guimarães, em seu dicionário técnico-jurídico, entende ser autonomia da vontade: “princípio pelo qual a vontade dos contratantes, ou, do agente do ato jurídico, é soberana e produz efeitos legais, quando a pessoa é capaz, não contraria o direito expresso, o interesse coletivo nem a ordem pública” (GUIMARÃES, 2010, p. 126).

Assim, para fins de consolidar todo o exposto no presente tópico traça-se aqui a diferenciação entre autonomia da vontade e autonomia privada: a autonomia da vontade é a subjetividade conferida para a manifestação da vontade humana para satisfação de interesse próprio; já a autonomia privada seria então a faculdade conferida pelo ordenamento jurídico

⁵ A concepção da autonomia especificamente no Estado Liberal será melhor abordada futuramente nesse mesmo capítulo.

de criação de situações jurídicas pelo indivíduo – dentro dos limites traçados em lei. Percebe-se que, no primeiro caso (autonomia da vontade), há a preocupação com o carregado caráter subjetivo (o que, em tese não é do interesse do Direito), enquanto que, no segundo caso (autonomia privada), há a baliza objetiva – não eliminando o subjetivismo, porém limitando-o ao que prevê o próprio Direito.

A seguir será feita a diferenciação entre autonomia privada e o princípio da autodeterminação.

2.5 AUTONOMIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO

Autonomia privada e autodeterminação são dois termos que parecem carregar o mesmo caráter semântico, juridicamente pertencem a situações diversas. Nesse tópico, será feita a diferenciação entre eles.

A autodeterminação, como princípio, é de interesse principalmente do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional. O texto constitucional consagra-se como princípio que rege o Estado brasileiro em suas relações internacionais, a autodeterminação dos povos, no art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] III - autodeterminação dos povos” (BRASIL, 1988).

Levando em conta o caráter estritamente privado, pode-se entender que a autodeterminação está contida dentro da autonomia, no que diz respeito à capacidade do indivíduo de reger o rumo de sua vida e tomar suas decisões, como visto anteriormente. A autonomia privada guarda relação com o Direito Privado, sendo a possibilidade conferida ao indivíduo de criar situações jurídicas, dentro dos limites da lei. Assim, não se pode confundir os princípios. Determinadas as diferenciações, agora, faz-se necessária uma análise da concepção da autonomia nos modelos de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.

2.6 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO LIBERAL

A proteção do indivíduo em face do Estado e a garantia de direitos naturais – como a liberdade e a propriedade – ganhou força na Europa (mais especificamente na França e Inglaterra), no século XVIII. Nessa época, surgiu o chamado movimento liberal, em resposta ao Estado Absolutista que maculava os direitos do cidadão à época.

O modelo de Estado Liberal (Estado de Direito) veio como uma resposta e sucessão ao Estado Absolutista. O Estado Absolutista, modelo adotado em vários países europeus no

início da Idade Moderna, apresentou sérios problemas sociais devido ao abuso por parte do governante e a mistura entre o patrimônio público e o privado, além da veemente intervenção do Estado na economia. A sociedade clamava pela garantia do império da Lei.

Com o surgimento do movimento liberal, uma das preocupações era garantir os direitos individuais como vida, liberdade e propriedade. O Estado deveria agir minimamente, de forma passiva, negativa, garantindo a esfera de liberdade e autonomia ao particular. O Estado, assim, não deveria intervir na vida do indivíduo, sendo seu escopo a garantia dos direitos básicos do homem.

O inglês John Locke é considerado por muitos como o “pai do liberalismo político”. Como trabalhado anteriormente no tópico relativo à liberdade, o autor era totalmente contrário ao absolutismo, defendendo a existência do governo com o fito de preservar o direito à propriedade, manifestando-se, por excelência, através do Poder Legislativo. Essa importância dada à seara legal foi uma das bases ideológicas do Estado Liberal, além da separação dos poderes e a não intervenção estatal.

Direcionando as ideias para a área político-econômica, o modelo Liberal pautou-se também na preocupação de separação entre Estado e economia. Assim, não seria função do Estado participar ativamente da vida econômica de um país – sendo deixada tal função para os indivíduos. A função estatal aqui seria garantir a livre concorrência e salvaguardar o direito de propriedade. Dessa forma, percebe-se que o liberalismo também guarda estreita relação com o capitalismo, o estímulo da concorrência, sintetizando-se tudo pela famosa expressão francesa que consubstancia os ideais do liberalismo econômico: “Deixe fazer, deixe ir, deixe passar”⁶. Não se pode deixar de mencionar também economicamente a contribuição de Adam Smith, com sua teoria sobre o liberalismo econômico, em sua obra **A Riqueza das Nações**, trazendo uma importância à divisão do trabalho e ao livre mercado. Daí surge a ideia da “mão invisível” que seria uma força que age por trás do livre mercado (aquele mercado sem a influência de interferências externas), regulando-o e promovendo o interesse da sociedade⁷.

⁶ No original: “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”

⁷ Para Adam Smith: “[...] já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo” (SMITH, 1996, p. 438).

Comparando as vertentes do liberalismo, Marcelo Novelino observa que: “Se o **liberalismo político** postula um Estado limitado, o **liberalismo econômico** propugna por um Estado mínimo” (NOVELINO, 2014, p.72, grifo do autor).

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 sofreram influência do pensamento liberal, sendo essa última muito influenciada pela Constituição norte-americana. Sobre a influência do liberalismo no texto constitucional de 1824, em dissertação sobre o tema, Diego de Paiva Vasconcelos observa que:

A ideologia liberal encontrou seu lugar dentro da Carta de 1824, mesmo porque os interesses dos donos da capital foram ali atendidos, entretanto estava deformada e mutilada, não numa comparação ao liberalismo europeu, mas em relação ao próprio ideário do liberalismo brasileiro. As mudanças no cenário político afastaram o liberalismo mais acentuado do Partido Brasileiro e puseram em execução o conservadorismo do Partido Português. A nova ordem do poder direcionava-se para um Estado liberal sob o aspecto econômico, e monárquico constitucional sob o aspecto político, entretanto assentava suas bases econômicas sobre pilares de uma estrutura política tirânica (VASCONCELOS, 2008, p. 63-64).

O mesmo autor conclui em outro momento que:

A Constituição de 1824 criou uma monarquia constitucional entre os pólos do conservadorismo e do liberalismo. Foi decisiva para manutenção da Unidade do território quando centralizou a administração e o poder. E veiculou uma transcrição de Direitos do Homem para garantir as liberdades individuais dos donos da propriedade (poder). Formalmente a Carta de 1824 expressou preceitos da doutrina liberal para organização e estrutura do Estado. (VASCONCELOS, 2008, p. 77-78).

Assim, o Brasil viveu um liberalismo peculiar – em sede econômica, uma política liberal, porém, no aspecto político, perdurou vestígios da Monarquia.

Após todo o exposto sobre o modelo de Estado Liberal, o que interessa para o trabalho é o tratamento dado à autonomia da vontade. A autonomia da vontade (nessa época, não se falava ainda em autonomia privada) ganhou força, principalmente, pela ascensão e potencial força da figura do contrato no seio social. O Estado, que até então era absoluto e supremo em suas decisões, chocou-se com a força ganhada pela autonomia do indivíduo, surgindo, assim, o respeito ao subjetivismo e ao individualismo, consubstanciado muitas vezes na figura do contrato. O monopólio das fontes jurídicas também saiu das mãos do Estado, podendo os cidadãos – agora autônomos, sendo livres e iguais – criar seu próprio direito através do contrato. Nessa seara, o Estado Liberal pretendia concretizar a separação entre Direito Público

e Direito Privado, conseqüentemente, atribuindo ao particular a potencial criação das normas que regiam sua vida, principalmente na esfera econômica. Porém, como se sabe, tal modelo estatal não logrou êxito. Otávio Luiz Rodrigues Júnior observa que:

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 desígnios da lei (JÚNIOR, 2004, p. 120).

Como consequência do excesso de liberdade e garantia apenas da igualdade formal surgiram muitos abusos por parte dos detentores de maior poderio econômico, conseqüentemente, ocasionando sérias desigualdades sociais. A respeito desse perecimento do Estado Liberal, Janice Silveira Borges discorre:

Com o desenvolvimento histórico da sociedade, vislumbrou-se que não era apenas o Estado que limitava e oprimia a livre manifestação e o desenvolvimento do ser humano. A vontade manifestada também se submetia à poderes não-estatais, como as questões de cunho econômico, as relações contratuais privadas com desequilíbrio entre as partes; ocasionada, especialmente, pelo posicionamento omissivo do Estado. Situação que acabou por ampliar as desigualdades sociais e fomentar movimentos sociais organizados na época, vez que favoreceu a construção dos grandes capitais, por parte do que detinha os meios de produção. Na verdade, a conquista da liberdade havia se transformado na exploração da própria liberdade. A liberdade era apenas meramente formal, presente nas declarações jurídicas, mas sem eficácia na prática (BORGES, 2007, p. 85).

Seguindo para melhor compreensão de como a concepção de autonomia modificou-se junto com a concepção de Estado predominante em vários países, tratar-se-á no próximo tópico acerca do tratamento da autonomia no Estado Social e no modelo “Pós-Social”.

2.7 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO SOCIAL E “PÓS-SOCIAL”

Como visto anteriormente, o Estado Liberal tinha por foco a garantia da liberdade e igualdade formal do indivíduo e a proteção em face do Estado. No presente tópico, serão feitas breves considerações sobre o Estado Social (também chamado Estado do Bem-estar social ou *Welfare State*) e a sua sucessiva crise, levando a um modelo chamado por alguns de “Estado Pós-Social”, porém de forma a não se aprofundar no assunto, pois o enfoque maior é no tratamento da autonomia nesses modelos estatais.

Graças ao desenvolvimento dos meios de produção e a ascensão do modelo capitalista e industrial percebeu-se que não era suficiente apenas a garantia de uma igualdade formal por parte do Estado e sua posição passiva não asseguraria a proteção da dignidade dos indivíduos. Os anseios da população por direitos sociais clamavam a intervenção do Estado no modelo até então vigente. Outro momento marcante nessa transformação de modelos estatais foi a Grande Depressão de 1930⁸. Tal evento histórico contribuiu em muito para o declínio do modelo liberal até então vigente.

Mais um expoente que contribui no processo de migração para o Estado Social foi a ascensão do Keynesianismo⁹, que, basicamente, consistia no modelo econômico em que o Estado deveria sair de sua inércia e intervir de forma a complementar na economia, visando, principalmente, a garantia de emprego aos cidadãos e a reestruturação econômica em período pós-liberal.

Nesse contexto, surge, na Europa, no início do século XX, o modelo de Estado Social, com um viés mais protetivo e intervencionista. Augusto Júnior Clemente e Maíra Cabral Juliano apresentam de forma sucinta as características desse modelo de Estado:

Fundado no consenso entre capital e trabalho, o Estado do bem-estar social se expandiu juntamente com os anos dourados do capitalismo e a emergência da social-democracia, colocando nas mãos do Estado, além da regulação da economia, a responsabilidade pelos direitos sociais, que tratavam de garantir a proteção dos indivíduos e de suas famílias contra as intempéries do capitalismo e do próprio ciclo de vida (CLEMENTE; JULIANO, 2017, p. 135).

Em suma, a função do Estado de bem-estar social era dupla: equilibrar os interesses da população¹⁰, através de políticas públicas, corrigindo as mazelas causadas pelo sistema anterior, e interferir na seara econômica de forma reguladora. A figura do Estado, que antes

⁸ A Grande Depressão de 1930 foi uma grande crise de consequências impactantes não somente na economia, como também na sociedade mundial (principalmente nos países industrializados), tendo como maior reflexo o alto índice de desemprego global.

⁹ “Keynesianismo é o termo utilizado para designar o conjunto de políticas econômicas que foram influenciadas pela teoria do inglês John Maynard Keynes e que, com o enfraquecimento do ideário liberal construíram a alternativa principal à ortodoxia do laissez-faire após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Com o keynesianismo, o Estado voltou a ter um papel importante nos assuntos econômicos, não como condutor do desenvolvimento dos países – como no mercantilismo ou no Estado socialista –, mas como regulador das relações que se estabelecem no mercado, complementando-o naquilo que está fora de seu escopo” (CLEMENTE; JULIANO; 2017; p. 103-104).

¹⁰ Nesse sentido, Daniel Sarmiento observa que: “Aliás, o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas” (SARMENTO; 2010; p. 46).

era visto com receio, agora, passa a ser ator fundamental na garantia de direitos, principalmente, os sociais.

O ideal de Estado do bem-estar social influenciou na elaboração das Constituições do México, de 1917¹¹, e da Constituição de Weimar, de 1919¹². A preocupação agora era garantir direitos sociais, além da simples liberdade e igualdade. Emerge a preocupação com o bem-estar dos cidadãos.

Uma importante distinção, que não pode ser confundida, diz respeito ao Estado do bem-estar social não ser sinônimo de Estado Socialista. Este está relacionado, principalmente, à questão da ascensão do proletariado e da luta de classes, sendo influenciado pelas ideias de Karl Marx¹³, ao passo que o Estado do bem-estar social não visava eliminar o capitalismo, mas sim corrigir suas mazelas por meio da intervenção estatal.

Com o *Welfare State* as preocupações sociais ganharam protagonismo perante ao Estado, como saúde, seguridade social e proteção em face do trabalho escravo. Nesse modelo, a intervenção estatal não é somente nas áreas sociais, mas também na economia. Uma temática correlata a esse contexto diz respeito ao dirigismo contratual que guarda relação com a intervenção do Estado nas relações econômicas com o fito de garantir a ordem pública. Para fins de complementação, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Danúbia Ferreira Coelho de Rezende explicam:

O momento histórico que definiu a mudança na ótica da autonomia privada teve início com a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo na década de 1930. Constatou-se a necessidade do Estado intervir na economia, o mercado não se autorregulamentaria como fora previsto. Adentrou-se na época do dirigismo contratual, no qual prevaleciam os interesses coletivos e não os particulares. Evidenciou-se a existência da desigualdade entre as partes, posto existir sempre uma parte mais vulnerável em um dos pólos do contrato. Diante de tal constatação, era impossível não assumir que a

¹¹ A Constituição mexicana de 1917 foi um texto em que se positivou, pela primeira vez na história da humanidade, os direitos sociais como fundamentais ao homem – ao lado dos direitos individuais –, guardando uma importância histórica ímpar, influenciando diversos textos constitucionais subsequentes, inclusive o brasileiro. Outra característica dessa Constituição é ser considerada como anticlerical.

¹² A Constituição de Weimar, de 1919, foi outro texto de extrema importância no que concerne aos direitos sociais na Europa, mais especificamente na Alemanha. A elevação dos direitos sociais ao patamar de direitos constitucionais na Alemanha por essa Constituição, sem dúvida, representou um avanço no estudo das funções do Estado.

¹³ “O pensamento de Karl Marx influenciou diversas revoluções socialistas pelo mundo, das quais a mais emblemática foi a Revolução Russa de 1917, dando origem a outro tipo de organização estatal não liberal: o Estado Socialista. Em teoria, o Estado socialista seria fruto de uma revolução feita pelo proletariado que resultaria na ditadura do proletariado. Contudo, este deveria ser um estágio intermediário em direção ao comunismo: a utopia da sociedade sem desigualdades em que a existência do Estado não mais seria necessária. Trata-se de uma visão evolucionista: partindo do capitalismo, passando pelo socialismo e chegando ao comunismo” (CLEMENTE; JULIANO; 2017; p. 81).

igualdade já não bastava. Fez-se premente a busca pela igualdade material (NAVES; REZENDE, 2007, p. 93).

O contrato que até então era visto como a expressão máxima da autonomia e dos interesses econômicos e individuais passou a ser balizado por regras estabelecidas pelo Estado.

Constitucionalmente, destacam-se como marcos as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Após esses textos, outros Estados começaram a se preocupar em trazer para o bojo constitucional questões sociais como trabalho, relações econômicas e sociais.

No Brasil, no que diz respeito à transformação no modelo de Estado, impende mencionar a chamada “Era Vargas”, após a Revolução de 1930. Representando uma preocupação com o assistencialismo e a garantia dos direitos sociais, Getúlio Vargas, durante sua gestão, criou o Ministério do Trabalho, integrou seu governo ao corporativismo, implantou diversos direitos trabalhistas, como horas-extra e jornada de trabalho fixa, exercendo um governo fortemente intervencionista.

Antes da ascensão à Presidência da República, durante o Governo Provisório de Vargas, como consequência dessa nova ideologia e da Revolução Constitucionalista de 1932, promulgou-se a Constituição brasileira de 1934 que apresentou avanços na seara dos direitos sociais, visando o bem-estar dos cidadãos¹⁴, influenciada em muito pelas Cartas de Weimar de 1919 e pela Lei de Born. Tal texto, trouxe, dentre outros, as seguintes inovações: a criação da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral; a instituição do voto secreto e obrigatório para os maiores de 18 anos e do voto feminino; e a positivação de diversos direitos trabalhistas¹⁵, como proibição de diferença de salário em razão de critérios discriminantes (sexo, idade), salário mínimo, jornada de trabalho diária limitada a oito horas, férias anuais remuneradas.

¹⁴ A preocupação com o bem-estar inclusive estava inscrita no preâmbulo desse texto constitucional: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte” (BRASIL, 1934).

¹⁵ Conforme prevê a Constituição de 1934: “Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho” (BRASIL, 1934).

Porém, como se sabe, tal carta teve curta vigência, sendo substituída pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, instituindo-se o Estado Novo. Esse período histórico pode ser apontado como o início do Estado Social no Brasil. Paulo Bonavides (2004) escreve que inclusive a atual Constituição brasileira de 1988 pode ser considerada como uma Constituição de Estado Social¹⁶.

Como é de interesse desse trabalho, a questão do tratamento da autonomia no modelo de Estado do bem-estar social, tecem-se aqui algumas considerações. Acredita-se que esse marco de transformação de Estado Liberal para Estado Social foi também um marco de mudança de paradigma com relação à autonomia do indivíduo, que não bastava apenas ser concedida pelo Estado, mas também deveria estar balizada com os ditames legais, a fim de garantir o desenvolvimento e a justiça social. O Estado não tinha somente a preocupação de se omitir e garantir ao máximo a parcela de liberdade ao indivíduo, queria-se mais: agora a ação estatal era essencial para a garantia dos direitos sociais¹⁷ que, historicamente, foram sendo reconhecidos nessa época. Começou-se a limitar a autonomia da vontade para atender a fins sociais. Nesse contexto, Daniel Sarmiento nos ensina que: “No Direito Privado, multiplicam-se as normas de ordem pública, ampliando-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade” (SARMENTO, 2010, p. 45).

O mesmo autor, comparando o tratamento dado a autonomia nos modelos de Estado Liberal e Social, escreve:

No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuía no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas (SARMENTO, 2010, p.49).

¹⁶ Sobre, o tema: “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição anti-governo e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” (BONAVIDES, 2004, p. 371).

¹⁷ Sobre o Estado Social, Francisco Amaral diz: “O direito evolui suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea, caracterizando o chamado Estado Social” (AMARAL, 2006, p. 12).

Assim, para fins de consolidação do exposto até aqui, no Estado Social, o tratamento da autonomia se mostrava diferente ao modelo liberal anterior. Agora, não se falava em autonomia da vontade, mas sim em autonomia privada.

Historicamente, porém, em meados dos anos setenta, com a crise do petróleo mundial, o Estado do bem-estar social começou a passar por uma crise de compatibilidade com o momento econômico atual. Para muitos Estados, já havia se tornado insustentável manter tantos direitos reconhecidos no período do *Welfare State*. O Estado do bem-estar social, ao elencar os direitos que deveriam ser de sua incumbência, acabou por crescer demais e consequentemente demandar mais recursos para o cumprimento do seu escopo. Junto a isso, a crescente burocratização do serviço público veio junto com esse inchaço estatal.

O fenômeno da globalização também se mostrou um forte expoente para a crise do Estado social. O Estado, nesse contexto, vê-se influenciado por diversos fatores externos em seu plano econômico, fugindo de seu alcance a manipulação de várias variáveis econômicas. As mudanças passaram a ocorrer cada vez mais rápido na economia. Surge, assim, espaço para a ascensão do movimento, chamado por alguns de “neoliberalismo”¹⁸.

Fato é que o movimento pós-Estado Social, buscando uma política econômica mais liberal e uma política social mais conservadora, teve como expoente Margareth Thatcher e Ronald Reagan, chamados por alguns de a “nova direita”. Citam-se apenas os dois como exemplo para realçar a mudança no paradigma que, como já ressaltou a própria Thatcher, não exclui o assistencialismo estatal – apenas limita no tempo a assistência para aqueles que temporariamente a necessitam.

Salienta Daniel Sarmiento que, no Brasil, nos últimos anos, vem se desenhando um modelo de Estado que não pode ser chamado de “neoliberal”, sendo chamado pelo autor de pós-social (SARMENTO, 2010). Para o autor, tal tipo de Estado:

[...] restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização.

¹⁸ Muitos criticam o neoliberalismo – denominação cunhada por Chomsky, afirmando não existir um neoliberalismo e sim apenas o liberalismo por excelência. Luiz Philippe de Orleans e Bragança é um deles: “Não é por acaso que Chomsky escolhe o termo “neoliberal”: seu objetivo com essa escolha lexical é atacar o liberalismo e todas as suas variantes, mesmo que de forma imprecisa. Na sua argumentação, Chomsky tenta estabelecer uma relação de causalidade entre a desigualdade social causada pela concentração dos meios de produção e a instabilidade política que ela pode gerar. Chomsky usa o termo desigualdade social para criar desconforto e um senso de urgência em seus seguidores e para validar mais controle e impostos sobre os mais ricos” (BRAGUANÇA, 2017, p. 169). Não se entrará aqui no mérito da questão, visto que é interesse desse trabalho o tratamento da autonomia privada no modelo do Estado pós bem-estar social.

É um Estado que não apenas se retrai, mas que também modifica a sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual. Ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o Direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm o poder social (SARMENTO, 2010, p. 59).

Nesse contexto, fala-se numa pluralidade de fontes em relação às normas jurídicas, valorizando-se muito a arbitragem e a solução pelas partes. O privado volta a ganhar mais espaço, mas não excluindo o público, complementando-o e fazendo-se como faces de uma mesma moeda. O tratamento da autonomia privada volta a sentir as mudanças junto com o modelo de Estado vigente.

Enfim, independente da nomenclatura, fato é que o modelo de Estado Social hoje se mostra incompatível com muitos Estados atuais, havendo hoje um grande dilema dos governos atuais entre equilibrar o interesse público e privado.

A seguir, serão feitas considerações sobre a autonomia privada no Estado Democrático de Direito.

2.8 A CONCEPÇÃO DA AUTONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o fim do segundo pós-guerra, amadureceu-se a ideia de Estado Democrático de Direito, que vem sendo amplamente utilizado até os dias atuais. O princípio da soberania popular é essencial ao ideal de Estado Democrático de Direito. Junto a isso acrescenta-se crescente número de formas de participação popular na vida política e social de um país. É impossível hoje conceber a ideia de Estado sem a participação frequente do povo nas tomadas de decisões. Afinal, o poder é do povo.

O surgimento do Estado Democrático de Direito foi o ponto de ignição para o aprofundamento teórico e doutrinário acerca da possibilidade de um movimento de constitucionalização do Direito Civil – fato esse que se provou possível e permeia até os dias atuais. Atreladas a isso, as discussões acerca da autonomia privada voltaram à voga, principalmente, devido aos avanços na área científica, com as várias consequências da manipulação de dados genéticos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como norte no Estado Democrático de Direito, é levado em conta em qualquer disposição legal ou constitucional e deve ser considerado em qualquer interpretação e aplicação de normas que envolvam os

institutos privados, como a família, propriedade, contrato. A Constituição brasileira de 1988 afirma o modelo de Estado do Brasil e eleva a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, junto com os valores do trabalho e da livre iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Assim, essa proteção à dignidade acabou por atingir de forma reflexa a autonomia privada. O Estado busca proteger o indivíduo e, se for necessário, busca intervir em sua esfera de autonomia privada para concretizar essa preocupação. Porém, não se deve esquecer que a livre iniciativa também tem seu valor constitucional de fundamento da República Federativa do Brasil. Falar em dignidade da pessoa humana comporta a liberdade para o indivíduo se manifestar e viver. Sem liberdade não há dignidade.

Além disso, o modelo de Estado Democrático de Direito têm como preocupações primordiais, dentre outras, a concretização, aplicação e valoração dos direitos fundamentais e não somente a sua mera positivação. Daí a força que se ganha na chamada funcionalização dos institutos privados, seja o contrato, a propriedade e até a empresa.

Nesse contexto, André Rüger e Renata de Lima Rodrigues escrevem:

O tratamento reclamado pelo princípio da autonomia, contexto do Estado Democrático de Direito, é o mesmo igualmente problemático que reivindicam todos os chamados direitos humanos, que na sua acepção positiva, recebem o nome e o status de direitos fundamentais. Consistem tais direitos, em núcleos de normatividade que, pela evolução cultural do mundo ocidental, radicam tanto no moral quanto no direito, gênese que torna sua compreensão, densificação e coexistência especialmente controversa. A feição que a autonomia privada assume nesse contexto possui contornos de função social, pois consagra o não individual, o bem comum e o bem-estar da coletividade sem ignorar a realização dos interesses individuais (RODRIGES, RÜGER, 2007, p. 15).

Acredita-se que, hoje, o equilíbrio entre o interesse privado e o público é um dos grandes desafios, além de outros a serem enfrentados no discurso sobre as funções do Estado na sociedade contemporânea.

A autonomia privada, no atual Estado democrático de Direito, situa-se no liame de concretização do interesse público e o respeito aos desejos privados, sendo muitas vezes limitada em prol do interesse público. Assim, no Estado Democrático de Direito não se fala

em autonomia privada absoluta, sempre tendo como norte o valorado princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, além da função social dos institutos privados.

No próximo tópico serão feitas reflexões acerca da migração do tratamento da autonomia do âmbito privado para o público e a chamada “crise” do Direito Civil.

2.9 DA MIGRAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO PARA O ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO: CRISE?

Inicialmente, como vimos alhures, o reconhecimento da autonomia privada foi concebido como inerente ao Direito Privado. A importância de tal princípio foi responsável não somente pela transformação da sociedade como também do próprio Estado. Posteriormente, o Estado saiu da inércia e começou a limitar o princípio da autonomia, visando fins sociais. Mais adiante chega-se ao ponto em que o Estado se encontra no dilema em que precisa adequar o princípio da autonomia privada de forma a manter sua coexistência junto com os outros de ordem pública e a funcionalização dos institutos privados.

Um reflexo da mudança de paradigmas no tratamento do Direito privado é o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil. Sobre esse tema, César Fiuza entende que: “[...] deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição [...] Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica [...]” (FIUZA, 2013, p. 119). Porém, o autor deixa claro que a constitucionalização do Direito Civil não significa que a Constituição veio a se tornar o centro do sistema privado (FIUZA, 2013). O Código Civil permanece com sua força, principalmente com relação às Leis esparsas que o complementam, mas, tais diplomas legais devem seguir sempre os ditames constitucionais a fim de concretizar os objetivos traçados pelo legislador constituinte.

Não somente houve a constitucionalização do Direito Civil como de todos os outros ramos do Direito. Na égide da Constituição de 1988, percebe-se que todos os ramos do Direito encontram vários de seus institutos enraizados no texto constitucional. O atual texto trata de temas de Direito do trabalho, processual, penal, civil, ambiental, administrativo e previdenciário.

O constituinte, assim, percebeu a necessidade de trazer para o âmbito público as questões privadas e não as isolar como já havia ocorrido em épocas remotas, onde existia as Constituições para tratar de assuntos públicos e os Códigos Civis para cuidar de questões

particulares – não havendo sua interligação quando da tarefa de aplicação e interpretação dos seus dispositivos. Observam André Rüger e Renata de Lima Rodrigues:

A importância da autonomia é tão arraigada na tradição que tal instituto jurídico, originariamente informador apenas do direito privado, foi incorporado pelo direito público. A autonomia, nos modelos contratualistas de Estado, significava não somente expressão de liberdade individual, como fundamento e legitimação da atuação dos sujeitos de direito livres e iguais, mas também apontava para um fenômeno, ainda que hipotético ou pressuposto, que fundamentava a própria gênese e necessidade do Estado moderno.

Para a justificação do Estado, foi, portanto, utilizada a imagem do contrato. Essa figura do direito privado, presente desde tempos imemoriais, é o local onde por excelência radica a autonomia do sujeito. A ideia de sujeitos livres e iguais, que por atos de vontade consoantes conjugam forças e realizam reciprocamente suas necessidades, passou a se confundir com a própria ideia de democracia (RODRIGES; RÜGER, 2007, p. 10-11).

As limitações à autonomia privada surgem da preocupação em resguardar valores constitucionais como a ordem pública e os bons costumes. Nesse sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto escreve:

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, 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; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. (NETO; 1999; p. 27).

Porém, deve-se ter cautela com esse excesso de publicização do Direito privado e, principalmente, da autonomia, para que essa não seja completamente desapossada de seu real significado e o Direito privado não seja absorvido totalmente pelo público, gerando um “totalitarismo publicista”.

Pode-se afirmar que, hoje, o ordenamento jurídico brasileiro está vivendo um choque entre aqueles que defendem a ordem pública como limitadora da autonomia privada, sempre visando o bem comum (publicização), e aqueles, mais apegados às vertentes do Direito Privado, que defendem maior concretização da autonomia privada, não a desvirtuando. Dentro desse contexto, muitos falam em “crise do Direito Civil”. César Fiuza (2003) entende que essa crise guarda aspectos mais positivos que negativos, representando quebra de paradigmas. O Direito Civil está em constante transformação, junto com a sociedade. A

dignidade da pessoa humana hoje é radiante a ponto de nortear a conduta civilista e afastar seu caráter individualista.

Defende-se nesse trabalho a posição no mesmo sentido do renomado civilista. Não se pode chamar de crise a inevitável evolução do Direito privado. É hipocrisia defender que trazer preocupações privadas para o âmbito público seria uma crise no âmbito civilista. O que se defende aqui é a parcimônia e a proporcionalidade na adequação pública das situações privadas. Ou, nas palavras de Fiuza:

Há que ter cuidado e não cair na ditadura da dignidade, da função social, do politicamente correto, do interesse público, dos direitos das minorias ou das majorias. Tudo há de ser sobrepesado com boa dose de bom senso e, sobretudo, com muito amor à liberdade, que afinal de contas, é o alicerce da dignidade (FIUZA, 2013, p. 121).

Para fins de complementação, Daniel Sarmiento observa que:

[...] quando se afirma que o Direito privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista. A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titulares de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes [...] (SARMENTO, 2010, p. 118).

Dessa forma, defende-se, nesse trabalho, que a migração no tratamento da autonomia privada para o âmbito público reflete preocupação geral e não maculação do dito princípio, devendo-se sempre levar em conta a parcimônia em sua relativização para que não se elimine um dos valores fundamentais do ser humano: a liberdade.

A seguir serão feitas considerações sobre a autonomia privada e autonomia pública.

2.10 A AUTONOMIA PRIVADA E PÚBLICA

Nesse tópico serão feitas considerações acerca da diferenciação entre autonomia privada e autonomia pública, com algum enfoque na teoria discursiva do Direito de Habermas. Têm-se ao trabalhar autonomia privada e pública as concepções do liberalismo e republicanismo.

Seguindo o pensamento liberal (que guarda relação com pensamento de Kant), a autonomia não deveria ser tratada na esfera pública, devendo somente ser discutida como

autonomia privada, pois acreditava-se que existiam direitos pré-existentes à ordem jurídica que deveriam ser contrapostos ao Estado. Percebe-se aí a ideia de liberdade negativa.

No sentido oposto, observa-se o pensamento republicano (que mais se aproxima ao pensamento de Rousseau), no qual somente a coletividade poderia estabelecer os direitos de um grupo. Valorizava-se a soberania popular. Enfim, a autonomia seria a autonomia pública. Nesse caso, sente-se a liberdade positiva. A participação nas decisões coletivas em condições de igualdade com outros cidadãos é o retrato da concepção de sujeito autônomo para o pensamento republicano.

Sobre o pensamento rousseauiano acerca da autonomia pública, Frederico Barbosa Gomes explica:

[...] a autonomia passa a ser a autonomia pública, na medida em que a definição das normas e da dignidade dos projetos de vida digna dependem de um processo público de tomadas de decisão, que se cristaliza na ideia de vontade geral, que, sem ser o somatório das vontades individuais, representa uma síntese delas, ressaltando-se, ainda, que tais deliberações populares são soberanas, devendo, pois, haver um profundo respeito a elas. Com essa construção, Rousseau acredita criar mecanismos para o resgate daquela igualdade originária, permitindo, com isso, que os homens sejam livres, liberdade essa que, no pensamento rousseauiano, e tomada a partir de sua perspectiva positiva (GOMES, 2007, p. 42).

Habermas propõe uma terceira vertente de pensamento – criticando o extremismo e exclusivismo de ambos os lados. Para Habermas, não é necessário haver a exclusão de qualquer tipo de autonomia, devendo as duas existir (privada e pública), pois ambas guardam relação de dependência entre si, de forma a legitimar o Estado. Sobre o pensamento de Habermas, Rogério Monteiro Barbosa e Welington Pereira dizem:

A tarefa de Habermas para fundamentar um direito legítimo será, então, a de demonstrar como se dá o nexó interno entre autonomia privada e autonomia pública, fazendo com que o direito ao mesmo tempo garanta que indivíduos possam perseguir seus interesses individuais, contudo, sem olvidar a intersubjetividade inerente ao ordenamento jurídico (BARBOSA; WELINGTON, 2010, p. 317).

Uma das formas de superação dessa separação entre autonomia pública e privada seria, então, a ascensão do Estado Democrático de Direito e a utilização de uma teoria discursiva, num processo de construção jurídica, com ampla participação dos seus destinatários, sem nenhuma das partes valer-se de meios impositivos para concretizar seus argumentos.

À guisa de conclusão, Daniel Sarmiento observa que:

Afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento justafilosófico contemporâneo para a ideia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão – associada à democracia –, como da sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente. Por isso, não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis (SARMENTO, 2010, p. 154).

Assim, chega-se à conclusão de que a limitação da autonomia privada não pode ocorrer sem um processo discursivo – ou seja, sem uma discussão que exponha os problemas, a fim de garantir sua legitimidade. Nas palavras de Rogério Barbosa e Welington Pereira: “[...] isso não significa onipotência da vontade, já que a própria construção dessa autonomia, como demonstrado, é intersubjetiva” (BARBOSA; PEREIRA; 2010, p. 324).

Para fins de comparação, será tratada a seguir a temática da autonomia privada no Direito romano e no Direito estrangeiro.

2.11 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ROMANO: BREVES CONSIDERAÇÕES

A análise da autonomia (principalmente contratual), obrigatoriamente, deve ser feita sem se desprezar a construção jurídica do Direito Romano, que tanto influenciou e ainda influencia o Direito brasileiro e o Direito de outros países ocidentais.

Nos primórdios de Roma, na fase denominada como “Período Régio”, a autonomia não era de todos os indivíduos, sendo muitos subordinados às decisões do *pater familia*, em um regime familiar. Assim, as mulheres e os filhos não eram autônomos para definir o destino de suas vidas, podendo ser inclusive vendidos pelo pai. Politicamente, nessa época, quem governava era o Rei, assistido pelos anciãos. Aqui, nessa fase fala-se de autonomia apenas dos indivíduos que detinham alguma espécie de poder.

Foi com a instituição da República que o Direito escrito ganhou espaço, tendo como um dos expoentes a chamada Lei das XII Tábuas – umas das codificações mais importantes de toda a história do Direito ocidental. Com esse diploma legal, as obrigações ganharam força e seu cumprimento era imposto a outra parte, que, por vezes, poderia responder com o próprio corpo:

TÁBUA TERCEIRA

Dos direitos do crédito

[...]

4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.
5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.
6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.
7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.
8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.
9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre (ROMA, 450 A.C.).

O exercício da autonomia em sede contratual era exercido, quanto ao seu conteúdo, de forma plena, tendo o indivíduo liberdade para determinar o que contratar, com quem contratar e quando contratar. Porém, inicialmente, no Direito Romano, em sede contratual, prevalecia o apego excessivo à observância dos formalismos. Sobre o tratamento contratual no Direito Romano, César Fiuza escreve:

[...] os contratos eram convenções que, desde a época clássica (146-126 a.C. a 305 d.C.), geravam obrigações civis por si mesmos, por força do *ius civile*. Os pactos, por não terem forma prevista em lei, por não fazerem parte da lista de contratos, geravam obrigações naturais, a não ser que fossem acessórios de um contrato ou recebessem força do Direito Pretoriano ou de alguma Constituição Imperial, quanto a estas, já no período pós-clássico (305 a 565) (FIUZA, 2013, p. 498).

Apesar desse apego excessivo às formas, isso não quer dizer que a autonomia contratual foi prejudicada, apenas não era plena na definição das formas do contrato; quanto ao conteúdo ainda era plena. Com o passar dos anos, o peso da formalidade foi sendo abrandado pelo valor dado à vontade das partes.

Deve-se aqui mencionar também a contribuição do período do Imperador Justiniano¹⁹ para o Direito Romano. As principais obras desse período são o Código, o Digesto, as

¹⁹ Sobre Justiniano, Silvio de Salvo Venosa escreve que: “Justiniano (527-565) pretendeu restaurar o prestígio do Império e o fez em todos os campos. Subiu ao trono do Império Romano do Oriente, em Constantinopla, a 1º-8-527. Era natural da Ilíria, Tauresium. Fez grandes conquistas militares, pretendendo que o Império Romano

Institutas e as Novelas. O conjunto dessas obras é chamado de *Corpus Juris Civilis*. Sobre elas observa Silvio de Salvo Venosa:

Sua grandeza reside no fato de ser a última criação da ciência jurídica romana, um supremo esforço de concentrar-se um direito esparso prestes a se desagregar e a perder seu esplendor. Sua importância é tão grande para o direito moderno como foi a Lei das XII Tábuas para o antigo direito (VENOSA, 2017, p. 49).

O Código foi uma forma de organizar a legislação vigente, através de uma compilação das Leis imperiais – compilação feita pelos estudiosos de Justiniano. O Digesto (Pandectas) foi uma compilação do enorme trabalho dos jurisconsultos da época clássica, como Gaio, Papiniano e Ulpiano. As Institutas, ao contrário do Digesto, são uma obra menor – uma espécie de manual jurídico. As Novelas são as novas Constituições editadas em grego, no período de Justiniano, reformando e atualizando a legislação vigente.

Com tais inovações legislativas, o tratamento da autonomia também foi se modificando, acrescentando-se princípios aos contratos como o da boa-fé objetiva – incluído por Gaio no Digesto. Assim, o Direito Romano foi responsável pela valorização do pactuado pelas partes – a valorização da autonomia.

A seguir tratar-se-á da autonomia no Direito estrangeiro.

2.12 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Nesse tópico, serão feitas breves considerações acerca do tratamento da autonomia em sede alienígena, com enfoque no Direito norte-americano e alemão. Não se pretende aprofundar em nenhum desses ordenamentos, apenas demonstrar como o manuseio da autonomia privada e suas limitações é feito fora do Brasil. Inicia-se pelo Direito norte-americano.

2.12.1 Direito norte-americano

A Constituição norte americana é um texto liberal. Até o ano de 1932, a Suprema Corte norte-americana proferia decisões que expressavam o valor do liberalismo econômico, principalmente, em seara contratual. O texto constitucional norte americano não mencionava

retornasse a sua grandeza. Era filho de pais camponeses, tendo sido adotado pelo imperador Justino, seu tio, também filho de um camponês” (VENOSA, 2017, p. 48-49).

nada a respeito especificamente da autonomia privada, pois o princípio da autonomia dos Estados já por si só expressava tal ideia, que a princípio era vista como desnecessária estar contida em um texto constitucional – em um Estado fortemente influenciado pelo movimento liberal.

Porém, com a crise de 1929 e a eleição de Franklin Delano Roosevelt, a ideologia norte-americana se modificou. Com Roosevelt e seu programa *New Deal*²⁰, o governo começou a trabalhar no sentido de intervir na economia. Isso ocasionou um choque com a Suprema Corte da época – que tinha um viés liberal. O tratamento da autonomia privada mudara com a política adotada pelo governo.

Saindo um pouco da seara econômica, a manifestação do tratamento da autonomia privada até hoje, nos Estados Unidos, se manifesta de forma muito mais intensa na construção jurisprudencial da Suprema Corte. No caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte reconheceu o direito à interrupção voluntária da gravidez ou aborto, em 1973. Tal decisão permitiu o aborto com base no direito fundamental constitucional à privacidade da gestante que tem o poder de decidir acerca da continuidade da gestação. A legislação que afronta esse direito à privacidade não poderia ser admitida. Trata-se do caso de uma mulher que não queria ter mais uma gestação em sua vida e resolve pleitear o direito a abortar, alegando ter sofrido estupro. Tal direito lhe foi negado pelo Estado do Texas e ela procurou o Judiciário. Porém, o caso somente foi decidido após o nascimento da criança que, posteriormente, foi dada para a adoção. Interessante, nesse caso, é que o estupro nunca ocorreu – mentira que foi admitida pela própria Roe, anos mais tarde. O permissivo em abortar expressa, na visão desse trabalho, uma forma de não limitação do Estado na autonomia do indivíduo. Dessa forma, o Estado norte-americano manteve uma posição pró-autonomia.

Outro exemplo que pode ser citado diz respeito ao tratamento da eutanásia e do suicídio assistido. Não há uma uniformização do tema no país, podendo cada Estado-membro tratar disso a sua maneira. Cita-se primeiro o estado de Oregon que, por meio do *Death with Dignity Act* (1997), foi o primeiro membro da União a permitir que o profissional médico assistisse a morte do paciente terminal que manifestasse nesse sentido. O estado de Washington, em 2008, também legalizou o suicídio assistido, incluindo-se os requisitos que o paciente seja maior de idade e seja diagnosticado com menos de seis meses de vida. Menciona-se também o estado de Vermont, que legalizou o suicídio assistido desde que haja parecer autorizativo de dois profissionais médicos, avaliação psicológica do paciente e um

²⁰ O *New Deal* representou o conjunto de medidas tomadas pelo governo norte-americano para reestruturação econômica do país, após a crise de 1929, com uma intervenção forte do Estado na economia.

período de espera de 17 dias. O estado de Montana também reconheceu esse direito ao paciente. Por fim, o estado da Califórnia, em 2015, também reconheceu o suicídio assistido. Esse permissivo reflete o valor dado pelo direito norte-americano à autonomia. O indivíduo, em certos estados norte-americanos, tem o poder de determinar sua sina – poder este que nada mais é que atributo da autonomia que deve ser reconhecida por qualquer Estado que constitucionalmente garante a liberdade a seus cidadãos.

Assim, mesmo com as várias mudanças históricas ocorridas, o Estado norte-americano ainda se apresenta como um ordenamento que realça mais o valor dado à autonomia, como fonte jurídica, com relação ao brasileiro – que ainda pende mais pelo social. Reflexo disso se vê na seara econômica, com um Estado menos regulador e a economia mais aberta. Nos Estados Unidos, percebe-se uma ascensão de normas de fonte não estatal, principalmente, em sede econômica, o que caracteriza uma maior parcela de autonomia para as partes:

Non-state norms are becoming increasingly common at the intra-national level as well. For example, in the United States, such norms are produced by many non governmental organizations, such as the American Arbitration Association (AAA), the New York Stock Exchange (NYSE), the American Stock Exchange (AmEx), the National Association of Securities Dealers (NASD), banking clearing-houses, credit card associations, commodities merchants such as diamond dealers, grain merchants, and cotton merchants, and, more recently, Internet service and domain providers²¹(SYMEONIDES, 2006, p. 6).

Assim, quando se fala em autonomia no Direito norte-americano, fala-se em maior esfera de liberdade e menos limitação do princípio. A seguir serão feitas considerações sobre o Direito alemão.

2.12.2 Direito alemão

Um outro ordenamento jurídico alienígena que merece menção nesse tópico é a Alemanha. Tal Estado possui um desenho constitucional que se aproxima do modelo brasileiro no que concerne à intervenção mais presente do Estado, pautada em valores sociais.

²¹ “As normas não-estatais estão se tornando cada vez mais comuns no nível intranacional também. Por exemplo, nos Estados Unidos, essas normas são produzidas por muitas organizações não governamentais, como a American Arbitration Association (AAA), a New York Stock Exchange (NYSE), a American Stock Exchange (AmEx), a National Association of Securities. Revendedores (NASD), casas de compensação bancárias, associações de cartões de crédito, comerciantes de commodities, como negociantes de diamantes, comerciantes de grãos e comerciantes de algodão, e, mais recentemente, provedores de serviço e domínio da Internet” (tradução nossa).

A interpretação dada pela corte constitucional alemã, há tempos, vem prezando pela salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Sobre o ordenamento alemão, Daniel Sarmento observa que: “[...] no direito alemão, as liberdades econômicas, embora desfrutem de proteção constitucional inclusive em face do legislador, não se situam no mesmo patamar de outras liberdades fundamentais, que são consideradas mais essenciais à dignidade da pessoa humana [...]” (SARMENTO, 2010, p. 199).

Embora hoje se tenha esse viés mais preocupado com o social, o Código Civil alemão de 1900 (BGB) apresentava um caráter mais liberal, garantindo maior parcela de autonomia ao indivíduo e valorizando a propriedade. Inclusive há autores, como Michael John (1988) em seu **The peculiarities of the German State**, que sustentam que um dos objetivos do BGB foi servir de limitativo aos poderes do imperador a fim de garantir autonomia privada aos cidadãos. Tal diploma legislativo em muito influenciou na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, no que concerne principalmente à família e à propriedade, e até hoje ainda influencia o Direito Civil brasileiro²².

Porém, esse modelo legislativo mais liberal na Alemanha não permeou até os dias atuais. Nesse contexto, impende que sejam feitas considerações sobre a Lei fundamental alemã, devido à sua grande influência nas Constituições de vários países, principalmente, a Constituição brasileira de 1988. A Lei Fundamental de Bonn, já abre seu corpo com o tratamento dos direitos fundamentais, logo no art. 1º dispendo acerca da dignidade da pessoa humana: “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (ALEMANHA, 1949). No que diz respeito à liberdade, essa lei fundamental prevê que a liberdade é inviolável; pode ser exercida até quando não desrespeite o direito de outrem, a ordem pública e os bons costumes e; somente pode sofrer restrições por meio de lei. Além disso, assegura diversas formas de liberdade como a religiosa, de associação, de opinião, de reunião, de locomoção, de escolha de profissão.

Analisando o texto da Lei fundamental alemã, Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam que:

²² Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Júnior: “O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) é o símbolo mais reluzente desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil, embora não seja o único, evidentemente. É (quase) impossível encontrar um manual, um tratado ou um curso de Direito Civil brasileiro, de algum nível, que desconheça o *BGB* ou que não cite seus dispositivos” (JÚNIOR, 2013, p. 82).

Quanto ao conteúdo, merece destaque – até mesmo por se tratar de um dos principais aspectos aos quais se deve o prestígio da Lei Fundamental no âmbito do constitucionalismo contemporâneo – a afirmação da dignidade humana e o dever do Estado de considerá-la e protegê-la, seguida de um catálogo de direitos fundamentais bem estruturado, especialmente em torno da mais ampla proteção das liberdades pessoais. Tanto a forma de positivação da dignidade humana, na condição de princípio estruturante e acompanhada de um dever expresso de proteção estatal, quanto a proibição sem exceção da pena de morte dão conta do quanto os autores da Lei Fundamental quiseram colocar o ser humano no centro da ordem estatal (relembre-se aqui a afirmação do social-democrata Carlo Schmidt, no sentido de que “a razão de ser do novo Estado deveria ser o homem, e não o homem a razão de ser do Estado”) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p.52-53).

No que diz respeito à seara patrimonial, direcionou-se o uso da propriedade ao chamado “bem comum”. Nesse sentido, tem-se: “Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação] (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum” (ALEMANHA, 1949).

A Lei fundamental representou, assim, grande importância, não somente para a Alemanha, como para todo o constitucionalismo ocidental, influenciando também o constitucionalismo brasileiro – e estando em vigor até hoje. Dessa forma, percebe-se que o modelo alemão e o brasileiro são próximos no que diz respeito à funcionalização dos institutos e à restrição da autonomia privada em prol desses interesses públicos.

Outra observação importante acerca do Direito alemão é a sua vanguarda no que concerne às teorias que reconheceram o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal tema será melhor trabalhado no próximo capítulo. Por ora, viu-se nesse tópico uma breve exposição acerca do tratamento da autonomia em alguns países.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

Outro tema intrínseco ao estudo e tentativa de regulamentação da autonomia privada são os direitos fundamentais, tratados nesse capítulo. São necessárias algumas considerações prévias antes de relacionar os dois temas.

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Quanto à conceituação, em um artigo sobre o tema, foi elaborado o seguinte conceito:

[...] direitos fundamentais são verdades históricas, positivadas ou não, que devem nortear a conduta entre os sujeitos de relações jurídicas (seja na relação Estado-particular, seja na relação particular-particular), de forma a garantir o máximo respeito à dignidade da pessoa humana. São verdades históricas porque não surgiram repentinamente, decorrem de lutas do homem ao longo da história e da evolução de seu pensamento; não precisam estar presentes em lei para serem considerados como tal, podem ser positivados ou não positivados; nas relações jurídicas, independente dos seus sujeitos, tais direitos devem ser observados de forma a coibir abusos; por fim, a dignidade humana é a principal finalidade de tais direitos (SILVA, 2012, p. 129).

A origem do termo direitos fundamentais remonta à França, mais precisamente na Declaração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão, de 1789. Sobre a distinção entre o termo direitos fundamentais e direitos humanos, Nathália Masson observa que: “‘Direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’ afastam-se, portanto, apenas no que tange ao plano de sua positivação, sendo as primeiras normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto estes últimos são exigíveis no plano do Direito Internacional” (MASSON, 2015, p. 190).

Dentre as principais características dos direitos fundamentais apontadas doutrinariamente destacam-se sua historicidade, universalidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e sua materialização em rol aberto. Serão feitos alguns comentários sobre cada uma dessas características.

Historicidade diz respeito à gênese dos direitos fundamentais. O nascimento de todos os direitos fundamentais não ocorreu num determinado momento histórico. Cada dimensão veio historicamente reconhecida e modificada. A essência de cada direito fundamental remota a um determinado momento histórico, como a liberdade, os direitos sociais, dentre outros. Nada impede que algum direito fundamental deixe de ser reconhecido em determinada época ou sofra alguma relativização. A historicidade carrega o caráter de evolução no tratamento

dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Daniel Sarmento: “[...] cumpre lembrar que os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepairam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana” (SARMENTO, 2010, p. 30).

Já a universalidade dos direitos fundamentais remonta a seus titulares. O homem ao nascer já é titular de direitos fundamentais, independente de raça, cor, sexo e nacionalidade. Esse atributo dos direitos fundamentais visa sua aplicação e garantia global, de forma a eliminar as discriminações. Importante salientar que inclusive as pessoas jurídicas são titulares dos direitos fundamentais, não todos, claro, mas apenas aqueles que se adequam à sua natureza de ente jurídico²³.

Outro atributo dos direitos fundamentais é sua indivisibilidade, ressaltando o universo sistêmico em que se encontram tais direitos. Além de sistêmico, deve-se prezar por sua harmonia. Na interpretação de algum direito fundamental, deve-se sempre levar em conta todos os outros, de forma a manter a coerência desses sistemas de garantias do cidadão. Daí, fala-se também em complementaridade dos direitos fundamentais.

A característica da inalienabilidade está atrelada à ideia de não disposição livre de certos direitos fundamentais. Tais direitos estão situados fora da esfera patrimonial (por isso, também se fala em imprescritibilidade dos direitos fundamentais). Inclusive, alienação aqui se estende também às situações em que a disposição é gratuita. Porém, frisa-se que tal inalienabilidade não é absoluta. Defende-se aqui que tal característica vai ter sua força medida com a análise da situação *in concreto*, sempre prezando pela interpretação que melhor preservar a dignidade da pessoa humana e a esfera de liberdade do particular.

Os direitos fundamentais são chamados também de irrenunciáveis, não porque absolutamente não podem sofrer renúncia, mas sim pelo fato de que tal renúncia não pode ferir seu âmago, seu núcleo. Por isso, novamente, deve-se recorrer à análise do caso concreto, não comportando abstração ou regra estanque na interpretação.

A relatividade dos direitos fundamentais já foi comentada implicitamente a outras características. Não há direito fundamental absoluto, nem mesmo o direito à vida²⁴. Nesse contexto, é que o pragmático fala mais forte. O conflito entre direitos fundamentais é resolvido caso a caso, não havendo determinação legal que estabeleça um “ranking” de

²³ Nesse sentido, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (BRASIL, 1999). Também nesse sentido, prevê o Código Civil brasileiro: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade” (BRASIL, 2002).

²⁴ Conforme se depreende do próprio texto constitucional no art. 5º, XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...]” (BRASIL, 1988). Sua aplicação se dá conforme o art. 56 do Código Penal Militar: “A pena de morte é executada por fuzilamento” (BRASIL, 1969).

direitos. Claro, essa interpretação deve sempre ser pautada pela razoabilidade e proporcionalidade, visando o mínimo de restrição possível aos próprios direitos fundamentais.

Por fim, aponta-se o fato dos direitos fundamentais constituírem-se em um rol aberto devido ao fato de que não há que se falar em um rol taxativo de direitos fundamentais. Tais direitos estão previstos não somente no texto constitucional, como também no Código Civil (aqui chamados de direitos da personalidade), e também em tratados internacionais aos quais o Brasil seja signatário²⁵.

A seguir serão feitas considerações acerca das dimensões e da evolução histórica dos Direitos Fundamentais

3.2 DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutrinariamente, principalmente em razão do caráter da historicidade dos direitos fundamentais, convencionou-se classificá-los em gerações. Porém, modernamente, a doutrina advogada, no sentido de que o termo “gerações” dos Direitos Fundamentais não espelha sua realidade fática, preferindo-se a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, nomenclatura essa que será a utilizada neste trabalho.

Inicia-se pelos direitos de primeira dimensão, marco da Revolução Francesa e do pensamento liberal que visava garantir a liberdade ao indivíduo. A liberdade seria, então, oponível perante o Estado. Tais direitos marcam, assim, uma posição de omissão do Estado perante os particulares (liberdade negativa), prezando pela conservação de sua parcela de liberdade, sendo a Lei o instrumento concretizador da liberdade na sociedade. Marcos legais dessa geração são a Magna Carta, de 1215, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1688.

Seguindo historicamente, chega-se à segunda dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos com caráter social, traduzindo o valor da igualdade dentro da sociedade. Tem-se aqui por preocupação, dentre outras, concretizar a igualdade material e não apenas a igualdade formalmente garantida por Lei. Para isso, era inevitável que o Estado saísse de sua posição de omissão para agir, concretizando tal escopo. Assim, os direitos fundamentais de segunda dimensão, ao contrário dos de primeira, exigem uma postura ativa do Estado (liberdade positiva), promovendo políticas públicas nas áreas da educação, saúde,

²⁵ Nesse sentido, a Constituição de 1988 prevê que: “art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

previdência social e trabalho. Destacam-se, nesse contexto, a Constituição de Weimar, de 1919, e a Constituição Mexicana, de 1917.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais veio, no final do século XX, com a preocupação com o valor solidário da sociedade, da fraternidade. A preocupação aqui é com os direitos coletivos. Nesse sentido, fala-se em tutelar o direito ao meio ambiente protegido, os direitos do idoso, da infância e juventude, os direitos do consumidor, dentre outros de caráter transindividual.

Interessante observar que, comparativamente, podem-se associar as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais ao lema da Revolução francesa, qual seja: liberdade, igualdade e fraternidade. Após isso, com as transformações mundiais ocasionadas pelo fenômeno da globalização, iniciou-se a ideia de quarta dimensão dos direitos fundamentais. Valores como democracia e pluralismo ganham relevo especial com essa dimensão. Inclusive, há autores que apontam a proteção ao patrimônio genético, assim como temas atrelados ao biodireito são considerados como direito fundamental de quarta geração²⁶.

A quinta dimensão dos direitos fundamentais veio, principalmente, dos ensinamentos de Paulo Bonavides, considerando o direito à paz como de quinta dimensão, devendo constar nos textos constitucionais atuais²⁷. O autor observa que:

Direito à paz, sim. Mas paz em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. Paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e dignidade do homem propugna, reivindica, concretiza e legitima (BONAVIDES, 2008, p. 92).

Modernamente, há trabalhos que afirmam o direito à água potável como um direito fundamental de sexta dimensão. Nessa seara, citam-se os autores Zulmar Fachin e Deise

²⁶ Cita-se aqui Norberto Bobbio: “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (BOBBIO, 2004, p. 9).

²⁷ Inclusive, constando na Constituição brasileira de 1988 como princípio que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º): “VI – defesa da paz” (BRASIL, 1988).

Marcelino da Silva (2012)²⁸. O fato é que tal classificação em dimensões somente realça ainda mais a característica de historicidade dos direitos fundamentais.

A seguir será feito o tratamento da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

3.3 EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A incidência dos direitos fundamentais nas relações, envolvendo de um lado o particular e do outro o poder público, já é consolidadamente aceita doutrinária e jurisprudencialmente. Desde os primórdios de seu reconhecimento pelo Estado, os direitos fundamentais obrigam o poder público, de alguma forma, seja a abster-se (direitos da primeira dimensão), seja a agir para sua concretização (direitos de segunda, terceira dimensão). Fato é que não há que se falar na não observância dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particular. Isso convencionou-se chamar da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Um caso é o direito fundamental à igualdade. A administração pública não pode criar privilégios a particulares que estejam na mesma situação fática e jurídica. O concurso público, por exemplo, visa a garantir iguais oportunidades a todos que preencham os requisitos do edital, independente de quem seja, refletindo a isonomia prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal. Tal direito fundamental é observado em todas as relações jurídicas entre particular e Estado.

Cita-se ainda a decisão de 2016 do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 898.450 – São Paulo. No caso, um indivíduo foi eliminado do concurso público para Soldado da Polícia Militar de São Paulo por possuir uma tatuagem na perna. Traz-se aqui trechos do voto do relator, o Ministro Luiz Fux:

O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, **restrições ofensivas aos direitos fundamentais**, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.

Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos **para o acesso a cargos públicos devem**

²⁸ Para uma ideia mais aprofundada, vide: FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à água potável**. Direito fundamental de sexta dimensão. 2. ed., 2012.

estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.

[...]

O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX) (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Vários são os exemplos da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particulares: A administração pública não pode estabelecer obrigação que não esteja prevista em Lei para os particulares (art 5º, II); o particular que for preso não será submetido à tortura nem a tratamento degradante (art. 5º, III); o Estado deve respeitar a inviolabilidade domiciliar somente podendo penetrar na casa do particular sem o seu consentimento nos casos previstos constitucionalmente²⁹; o Estado deve respeitar o direito fundamental à propriedade, somente podendo restringir ou suprir tal direito nos casos previstos em lei e desde que atenda a todos os requisitos para prática de qualquer ato supressivo.

Enfim, diversos são os casos em que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais quando da sua relação com os particulares. A seguir, serão tratadas as teorias negativas da incidência dos direitos fundamentais às relações particulares.

3.4 TEORIAS NEGATIVAS SOBRE A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES

Pretende-se, nesse tópico, fazer uma breve abordagem acerca da teoria da negação dos direitos fundamentais nas relações com os particulares. Diga-se breve, pois o tema, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, já vem se consolidando com a atuação do Supremo Tribunal Federal que reconhece tal aplicação.

A teoria negativa sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se manifestou na Alemanha, em resposta à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Um dos fundamentos dessa teoria negativa era uma das bases ideológicas do liberalismo, no qual os direitos fundamentais eram exercidos pelo indivíduo com relação à figura do Estado. Para essa teoria, os direitos fundamentais seriam, então, apenas aquelas prerrogativas que o indivíduo tem perante à ordem estatal. Uma das preocupações dessa

²⁹ Art. 5º [...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

corrente é que a Constituição retire a importância dada ao legislador civil e comprometa a segurança jurídica das partes. Visa-se, assim, evitar o “totalitarismo constitucional”, que, por consequência, provocaria um processo de perda de identidade do próprio Direito privado, afetando, por consequência, o princípio da autonomia privada e a liberdade das partes em suas relações jurídicas. Porém, tal corrente de pensamento não subsistiu e perdeu força, gradativamente, devido às decisões proferidas pelo Tribunal constitucional alemão na década de 1950.

Outro Estado em que a teoria da negação da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas se destacou foi o norte-americano, através da *State Action*. Sob o argumento do apego ao texto literal da constituição dos Estados Unidos, defendia-se que apenas o Estado está vinculado aos direitos fundamentais, pois não estava expressamente previsto no texto constitucional a obrigatória vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a exceção, é claro, da décima terceira emenda – que versa acerca da proibição de escravidão. Tal teoria visava proteger a autonomia privada também se valendo do pensamento liberal como base. Essa teoria negativa norte-americana sofreu e ainda sofre inúmeras críticas devido ao seu individualismo extremo, chegando-se hoje a um consenso de que não há que se negar aos particulares a observância dos direitos fundamentais em suas relações privadas.

No próximo tópico, será tratada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar-se-á aqui das teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tal incidência, muitas vezes, justifica a atuação do Estado que, ao usar de suas prerrogativas, principalmente jurisdicionais, intervém nas relações entre particulares, consequentemente, limitando a autonomia das partes.

O primeiro interesse de pesquisar acerca dos direitos fundamentais aplicáveis às relações privadas foi na Alemanha, na década de 1950. Nesse país, utiliza-se como expressão para a teoria a “eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung der Grundrechte*). Daniel Sarmento ensina que:

Em países como Alemanha e Espanha, nos quais o monopólio da jurisdição constitucional pertence a um Tribunal Constitucional, a controvérsia sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ficou fortemente associada a questões processuais. Naqueles Estados, discute-se a possibilidade e os limites de interposição de queixa constitucional (Alemanha) ou recurso de amparo (Espanha) para as respectivas cortes constitucionais, em hipóteses de

violação de direitos fundamentais por entidades privadas, bem como a relação que se estabelece entre a Jurisdição ordinária e a justiça constitucional nesses casos (SARMENTO, 2010, p. 20).

O pensamento oriundo do Estado Social acabou por enaltecer mais ainda a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Junto com o pensamento social surge também a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, ao contrário da visão mais subjetiva atrelada ao modelo de constitucionalismo liberal, trouxe ao centro a figura dos direitos fundamentais que expressam, nas palavras de Daniel Sarmento, “os valores mais importantes de uma comunidade política” (SARMENTO, 2010, p. 130). Os direitos fundamentais representam, assim, não somente limites ao Estado, mas vetores determinantes de toda a sua atuação, refletindo o ideal de solidariedade e comunidade tanto para o Estado, quanto para os particulares³⁰.

Por conseguinte, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais levanta também a questão da eficácia radiante dos mesmos, no sentido que os direitos fundamentais são valores que alcançam e irradiam por todo o ordenamento jurídico, influenciando a elaboração e interpretação da legislação ordinária. Tudo é claro, tendo como fundamento maior a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Acerca da eficácia radiante e sua influência na construção jurídica, cita-se o exemplo mais emblemático, o Código de Processo Civil de 2015. Esse concretiza a constitucionalização do processo e a influência dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana no processo civil brasileiro: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado **conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil**, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se divide em duas: eficácia indireta e mediata e eficácia direta e imediata. A primeira clama por atividade legislativa para sua concretização. Ou seja, não basta que os direitos fundamentais estejam previstos no texto constitucional para sua incidência nas relações privadas, devendo o legislador infraconstitucional dar concretização a essa aplicação por meio de edição de Lei

³⁰ Nesse sentido: [...] afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional [...] (SARMENTO; 2010; p. 132).

regulamentadora, sob pena de macular o princípio da autonomia privada. Tal modelo é aplicado atualmente na Alemanha. Por outro lado, a eficácia direta e imediata independe de interferência legislativa para sua aplicação, sendo utilizado o critério de equilíbrio e ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada. Tal modelo é aplicado em países como Portugal e Itália.

No Brasil, como já frisado, grande parte da doutrina e jurisprudência já se manifestaram plenamente favoráveis acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Defendem alguns que não somente a eficácia também é horizontal como, nas palavras de Daniel Sarmiento (autor que melhor trabalhou o tema no Brasil), é direta e imediata (SARMENTO, 2010).

Defende-se aqui que tal eficácia deve partir da análise do caso concreto. Admitir como imediata e irrestrita a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas pode levar a situações de abuso por meio das próprias partes. Afinal, por exemplo, nenhuma associação é obrigada a aceitar todos os membros que nela se candidatam. Em certos casos, a discriminação é razoável e entra no âmbito permissivo do exercício da autonomia privada³¹. A parcimônia e a razoabilidade sempre devem pairar no exame da pragmática jurídica, a fim de evitar extremismos.

Na jurisprudência, merecem menções algumas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de aceitação dos direitos fundamentais às relações privadas. Inicia-se pelo Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, cuja ementa segue a seguir:

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

³¹ Citam-se aqui os exemplos dados por César Fiuza: “[...] um homem poderia exigir sua inscrição numa associação de mulheres; uma associação evangélica teria de ser obrigada a aceitar umbandistas, bem como uma fundação para a promoção da cultura afro-brasileira seria taxada de racista. Até nas relações verticais (entre Estado e particular), há discriminação, como no sistema de cotas para negros nas universidades públicas, como nos concursos públicos para as forças armadas e policiais, em que, por razões óbvias de simples força física, se dá preferência ao sexo masculino [...]” (FIUZA, 2013, p. 122).

COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (BRASIL, 1996).

Outra decisão, do mesmo ano, foi o Recurso Extraordinário nº 161.243-6/ DF, Relator Ministro Carlos Mário Velloso:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido (BRASIL, 1996)

Por fim, cita-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 201. 819-8/ RJ, Relator Ministra Ellen Gracie:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Assim, como visto neste capítulo, em diversos casos, para fins de proteção dos direitos fundamentais, o Estado é chamado para intervir nas relações privadas, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo, será trabalhada acerca das limitações da autonomia privada, iniciando-se pelo âmbito patrimonial, com o enfoque nas figuras do contrato e da propriedade privada.

4 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS

No primeiro capítulo, tratou-se da autonomia de forma mais conceitual e (dentro do possível) filosoficamente. Em seguida, o segundo capítulo foi reservado ao tratamento dos direitos fundamentais e sua força radiante nas relações privadas. No presente capítulo, será tratada a limitação da autonomia privada nas situações patrimoniais.

Partindo-se da premissa do Direito Civil, preocupar-se com a liberdade, propriedade e contrato, será analisada a autonomia privada nesses dois últimos (justamente no que concerne às questões patrimoniais). Interessante a observação de Francisco dos Santos Amaral Neto:

O Direito Civil é um ordenamento que protege os interesses e as relações jurídicas de natureza privada, desenvolvido em torno do reconhecimento de uma esfera individual de soberania, cujas principais manifestações são, a **liberdade**, com referência à pessoa; a **propriedade**, com referência aos bens; e o **contrato**, com referência à atividade econômica dos indivíduos. É o setor da experiência jurídica que realiza a liberdade reconhecida aos sujeitos de regularem os seus próprios interesses (NETO, 1999, p. 26, grifo do autor).

No que concerne à propriedade e ao contrato, a autonomia do indivíduo é influenciada pela chamada ordem pública, justificadora para a determinação de regras gerais e abstratas com o fito de promover o bem-estar social e, inevitavelmente, restringir a esfera de liberdade dos particulares³². Como visto anteriormente, desde o início do século XX, foi surgindo a ideia de limitação à autonomia privada do indivíduo com o intuito de adequação social do instituto e a conseqüente concretização da igualdade material pelo Estado, que saiu da posição passiva para, por meio de ações de ordem social, garantir direitos até então não reconhecidos.

A preocupação aqui e em todo o trabalho é a respeito da segurança jurídica das partes com relação a esse caráter funcional da autonomia privada. Para Francisco Amaral:

A segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no direito e encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico. Apresenta-se tanto como uma segurança de orientação, que se refere ao conhecimento que os destinatários têm das respectivas normas de direito, como também uma segurança de realização, ou confiança na ordem, que é a certeza do exercício dos direitos e do

³² Francisco Amaral, comparando o contrato e a propriedade apresenta interessante lição: “Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se na base da vida econômica dos indivíduos, e, no instituto básico do direito civil no campo da estática patrimonial, o contrato e as relações jurídicas dele decorrentes, as obrigações são o elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objetivo a cooperação das pessoas por meio da prestação de serviços e a circulação dos bens econômicos” (AMARAL, 2006, p. 147).

cumprimento dos deveres. Significa, portanto, a possibilidade de cada um compreender o que é e o que não é lícito, podendo, conseqüentemente, regular seus atos e seu comportamento. Constitui-se, por isso, no mais antigo valor, na premissa de todas as civilizações (AMARAL, 2006, p. 19).

Importante deixar claro o que seria a funcionalização dos institutos jurídicos. César Fiuza ensina que a funcionalização:

É estar em função de algo. No estudo do Direito, funcionalização significa que a análise que o jurista fará de cada instituto deverá partir, sem dúvida, da estrutura, que continua sendo importante, mas também levará em conta a função que o instituto exerce para o bem do ser humano, o papel que um princípio ou uma regra desempenha no interior de um sistema ou de uma estrutura. Cada instituto jurídico deverá ser estudado em função do ser humano, em função da sociedade, etc. Nesse contexto é que se fala em função social, função econômica, função repressiva, função preventiva de uma norma ou de um instituto jurídico (FIUZA, 2013, p. 118).

Neste trabalho, é de preocupação, além da econômica, a função social dos institutos civilistas, como o contrato, a propriedade e a própria autonomia privada.

Observando os ditames constitucionais, bem como a construção protetiva que vem sendo desenhada no Estado brasileiro, hoje, poderia falar-se em uma função social da autonomia privada, com relação às situações patrimoniais. O termo pode parecer até paradoxal, mas seu significado decorre do fato de que o contrato e a propriedade (situações patrimoniais) não são mais encarados com o total liberalismo de outrora. O Estado, com o seu objetivo social, busca a igualdade material e a garantia do bem comum, interferindo, por vezes na própria autonomia privada.

Sendo a autonomia privada a criadora de situações jurídicas e estando influenciada pelo que o Estado determina de interesses sociais, nesses casos, ela não é plena, guardando inclusive, como defende-se neste trabalho, uma função social. Interessante a observação de Bruno Torquato de Oliveira Naves: “É redundante falar em “intervenção do Estado na autonomia privada, pois ela só existe por atribuição dele” (NAVES 2007, p. 238).

Assim, passa-se a analisar as duas situações, iniciando pela contratual.

4.1 AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES CONTRATUAIS

O contrato, um dos institutos-chave do Direito Civil é considerado por muitos como a principal fonte de obrigações dentro da ordem privada.

Partindo para a premissa conceitual, César Fiuza o define da seguinte forma:

[...] podemos dizer que contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana (FIUZA, 2007, p. 263).

Assim, ressalta-se a função dinâmica dos contratos. Contrato é o meio de gerar dinamismo na economia e na sociedade. Todos celebram contratos. A figura do contrato está intrínseca à sociedade contemporânea, possui notável função econômica, desde os primórdios de sua utilização, e, modernamente, também se desenvolveu sua função social. Carlos Roberto Gonçalves, sobre os contratos, explana:

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato. Essa constatação conduz à ilação de que o contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é considerado um contrato especial, um contrato do direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), bem como a toda espécie de convenção. Em sentido estrito, todavia, o conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais, como consta expressamente do art. 1.321 do Código Civil italiano (GONÇALVES, 2012, p. 13).

É inegável que os contratos são negócios jurídicos. Logo se aplicam aos contratos os requisitos de validade dos negócios jurídicos previstos no art. 104 do diploma civil, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Quanto a essa última, inclusive o Código Civil admite contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais contratuais (art. 425).

Historicamente, a respeito da autonomia e o direito contratual, observam André Ruger e Renata de Lima Rodrigues:

A liberdade contratual se apresentava em três grandes vertentes: na liberdade de celebrar ou não um contrato, na liberdade de escolher com quem contratar e na liberdade de estabelecimento das cláusulas que obrigariam as partes. Entendia-se que qualquer uma dessas vertentes era suficiente para que se considerasse como voluntária, portanto autônoma, a ação humana no mundo dos negócios jurídicos (RUGER; RODRIGUES, 2007; p. 5).

Porém, como já demonstrado alhures, tais vertentes e toda a sistemática da manifestação da autonomia³³ não é mais expressada de forma ilimitada. O princípio do *pacta sunt servanda*³⁴ já não comporta um caráter absoluto.

Sob a ótica legal, o diploma civilista brasileiro já abre o seu capítulo sobre os contratos assegurando a liberdade de contratar, mas, da mesma forma que a propriedade, atribui uma função social aos contratos, como será visto no próximo tópico. Além disso, o Código Civil também se preocupou em ressaltar a boa-fé contratual no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

Sobre a boa-fé, Francisco Amaral explica:

O princípio da boa-fé constitui-se, objetivamente, em regra de comportamento (CC, art. 113) com três funções: a interpretativa, no sentido de ser critério para o intérprete; a integrativa, quando a ele se recorre para preencher eventuais lacunas, e ainda uma função limitadora de direitos subjetivos, no campo da autonomia privada (AMARAL, 2006, p. 61).

O que se presencia hoje é um processo de “standardização dos contratos”³⁵. Junto a isso, acrescenta-se que muitos contratos são apenas de adesão, cabendo às partes apenas consentir ou procurar outro que mais lhe agrade. O valor do diálogo em sede contratual, com o advento da tecnologia, perdeu-se para o automático, o mecânico, os contratos de massa, de larga escala. Nesse contexto, fala-se em despersonalização do contrato.

A seguir, será abordada a função social dos contratos bem como as restrições à autonomia privada contratual em outras modalidades de contrato.

4.2 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E DIRETRIZES CONTRATUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto anteriormente, o princípio maior norteador da conduta dos contratantes (ao lado da boa-fé), hoje, no ordenamento jurídico pátrio, é a função social dos contratos.

³³ Segundo César Fiuza, a autonomia em sede contratual manifesta-se em quatro planos: “Contratar ou não contratar; com quem e o que contratar; estabelecer as cláusulas contratuais e mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato” (FIUZA, 2013, p. 529).

³⁴ Expressão em latim que significa “os pactos devem ser cumpridos”. Ou seja, os contratos fazem lei entre as partes, criam situações jurídicas, são fonte de obrigações e de Direito.

³⁵ Para César Fiuza: “O aperfeiçoamento da produção industrial em larga escala projetou a standardização dos contratos, especialmente por meio do emprego de cláusulas contratuais gerais. O diálogo perde espaço para o monólogo, pois apenas um dos contratantes cuida da regulamentação do conteúdo e dos efeitos do contrato, restando ao outro a possibilidade da simples adesão mecânica ao esquema formulado” (FIUZA, 2013, p. 505).

Importante mencionar que o Código Civil de 1916 em nada mencionava sobre a chamada função social dos contratos, nem ao menos sobre a obrigatoriedade de se guardar a boa-fé nas relações contratuais. De forma diversa, o texto do atual Código Civil brasileiro prevê o seguinte: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Pela interpretação desse dispositivo percebe-se que a função social é colocada como limite contratual. Como será visto, defende-se nesta dissertação que a função não é um restritivo e sim um norteador. Quando se fala em restrição, pode-se levar para o lado negativo a funcionalização contratual, o que não é o escopo da norma. Sobre a função social dos contratos, César Fiuza nos ensina que:

Os contratos são fenômeno econômico-social. Sua importância, tanto econômica, quanto social, salta aos olhos. São meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem a dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. Esta seria a função social dos contratos: promover o bem-estar e a dignidade dos homens, por todas as razões econômicas e pedagógicas antes descritas. A função não serve apenas para limitar o exercício dos direitos, mas antes de tudo para promover a dignidade humana (FIUZA, 2007, p. 263).

Rodrigo Almeida Magalhães conclui que:

Logo, a função social não tira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade determinados pelos princípios e normas jurídicas, positivadas ou não, limitando a autonomia privada em razão do bem comum (MAGALHÃES, 2007, p. 343).

O texto constitucional expressamente não reconhece a função social dos contratos em seu corpo. No entanto, partindo da interpretação do artigo primeiro, que prevê como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pode-se afirmar essa preocupação da Constituição em trazer para o ordenamento jurídico a socialização das relações contratuais.

Fazendo uma análise fria da letra do texto constitucional, pode-se, a princípio, acreditar haver uma contradição interna no próprio dispositivo, visto que, para exercer uma livre iniciativa (realmente livre) não há que se falar em balização por valores sociais. Inclusive essa grande importância dada ao Estado em intervir nas relações econômicas (principalmente na seara trabalhista) acaba por muitas vezes prejudicar o próprio valor da livre iniciativa. Acredita-se aqui não ser essa uma visão acertada, pois, já há muito é superado

o entendimento de liberdade ilimitada, agindo hoje o Estado para balizar a atividade econômica com o fito de garantir o desenvolvimento social. Nesse sentido:

Um negócio jurídico dispositivo qualquer permite que seja fixada a natureza processual 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 princípio lógico à atividade econômica (valores sociais do trabalho e a livre iniciativa), sustentando a relevância da concepção do caráter social da autonomia privada da vontade (JUNIOR, 2004, p. 126).

Todavia, há autores que expressam certo receio a lidar com a função social, prevista no art. 421 do diploma civil, como aduz Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

[...] 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 estatalismo (JUNIOR, 2004, p. 122).

Modernamente, fala-se que o princípio da função social do contrato, na verdade, possui um caráter mais agregador que limitador da relação contratual³⁶. Tal visão é que deve ser a utilizada quando da sua aplicação ao caso concreto. Falar em função social do contrato não é desconsiderar seu aspecto econômico, pois esse é um dos pilares da relação contratual. Nesse sentido, Renata Guimarães Pompeu escreve:

Enfatiza-se que a investigação da funcionalidade social deve ser feita em constante articulação com os tradicionais aspectos estruturais do contrato (cujas preocupações residem na forma; na licitude, determinação e possibilidade do objeto; capacidade do agente, e principalmente na adequação da manifestação da vontade), com a operação econômica que lhe é inerente (e seus custos), bem como as regras e demais princípios que o regulam (POMPEU; 2010; p. 405).

Nesse contexto, pode-se afirmar que toda a legislação brasileira acerca do contrato deve se nortear por um princípio publicizador das relações privadas, qual seja, o princípio da

³⁶ “Pressupõe-se que o aspecto social do contrato, acompanhado a propriedade, a empresa, não tenha sido firmado como obstáculo ou empecilho para a liberdade de contratar, mas especialmente para aperfeiçoar o seu exercício” (POMPEU; 2010; p. 405).

função social dos contratos e que tal princípio não deve ser encarado como um vilão econômico, mas como um agregador da relação contratual.

Sobre a funcionalização do contrato, Bruno Torquato de Oliveira Naves explica:

O interesse particular é integrante do denominado interesse público e, não raras vezes, estar de acordo com o interesse social é satisfazer o interesse particular. Não devemos descaracterizar o contrato como instrumento de realização privada, mas impedir que seja meio egoísta de opressão da parte mais fraca. Somente quando o contrato for um instrumento jurídico que materialize iguais liberdades a todos, considerados individual e coletivamente, teremos alcançado a função social do contrato. Essa funcionalização ocorrerá quando transpusermos as fronteiras “do contrato” para atingirmos, hermeneuticamente, a funcionalização do próprio Direito Contratual (NAVES, 2007, p. 249).

Dando interpretação ao princípio da função social do contrato, citam-se aqui alguns enunciados da Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 21 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado 22 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 23 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2012).

Outro diploma legal que norteia a conduta das partes quando do exercício de seus contratos é a Lei. 8.078/ 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Aqui, se percebe uma incidência bem maior de normas de ordem pública visando o interesse social e a defesa da parte vulnerável da relação (consumidor)³⁷, principalmente, pelo fato da Constituição Federal

³⁷ Apenas como exemplo citam-se as seguintes normas que intervêm na relação contratual: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...] Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. [...] Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores,

elencar a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica do Estado brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor funciona como um norteador da conduta das partes quando de suas relações consumeristas, assim como a função social quando de suas relações civis. Ambos não podem ser vistos com maus olhos, apesar do fato que suas normas podem se chocar, diversas vezes, com interesses econômicos. O ideal é tentar equilibrar os dois lados da equação, qual seja, interesse econômico e interesse social.

A seguir será trabalhada a relação da análise econômica do Direito e a função social dos contratos.

4.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Pretende-se aqui traçar breves considerações acerca da utilização da ciência econômica na dogmática jurídica. Ressalta não ser o escopo aprofundar-se no assunto, descrevendo as escolas e as teorias aplicadas em sede de Direito e Economia, pois, tal tema demanda uma dissertação específica e aqui quer-se apenas demonstrar a viabilidade da aplicação de teorias econômicas nas relações jurídicas.

Muitos enxergam um problema ao se falar da utilização de conceitos e teorias provenientes da economia a fim de resolver problemas jurídicos (a chamada Análise Econômica do Direito) que surgem no âmago da relação contratual. Os motivos são vários: receio dessa análise promover um desequilíbrio factual das partes, de forma a voltar-se a era da mera igualdade formal; receio de o contrato perder sua funcionalização ao se render mais a interesses econômicos; dentre outros. Indaga-se: como promover de forma harmônica a relação entre análise econômica e funcionalização do contrato? Parte-se primeiro da Análise Econômica do Direito (AED).³⁸

se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. [...] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (BRASIL, 1990).

³⁸ Sobre a origem histórica da AED: “[...] a AED teve seu início nos estudos feitos por Adam Smith sobre as atividades de mercados explícitos (século XVIII). Porém, somente na segunda metade do século passado, os estudiosos norte-americanos e europeus ocidentais desenvolveram o estudo do law and economics, também nas relações jurídicas alheias ao mercado. Para tanto, utilizaram a premissa de Jeremy Bentham, que referencia o ser humano como um ser racional, maximizador de seus próprios interesses e utilidades na maioria de seus atos” (PIMENTA; GABRIEL; 2010; p. 438).

Com destaque nos países do que adotaram o *Common law*, AED em muito pode contribuir para o incremento da eficiência no sistema jurídico, não somente em termos econômicos, como em termos sociais³⁹, apesar do método de resolução de problemas ser diverso no Direito e na Economia, como observa Gabriela Costa Cruz Cunha Peixoto: “[...] enquanto a economia baseia-se na análise de dados científicos, o direito busca a justiça” (PEIXOTO, 2013, p. 33).

Costuma-se classificar a AED conforme sua dimensão em positiva e normativa. Positiva seria aquela que traz a preocupação da realidade fática para as normas jurídicas, as consequências do Direito na realidade – a utilização de conceitos microeconômicos na prática jurídica. Já a normativa seria aquela que “[...] se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar” (SALAMA, 2008, p. 9). Ambas carregam um elevado caráter de praticidade, extremamente necessário ao Direito como instrumento para a garantia do bem-estar não somente coletivo, quanto individual.

Ainda sobre a viabilidade da AED, observa Ivo Teixeira Gico Júnior:

[...] o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública (GICO JÚNIOR, 2010, p. 8).

Outro argumento a favor da utilização da AED diz respeito à completude dos contratos. As partes, ainda que contando com alguma acessória jurídica, necessitam de uma visão econômica (uma tentativa de previsibilidade) de seus contratos. Além da previsibilidade, as partes muitas vezes celebram contratos incompletos. Concluem Eduardo Fin de Figueiredo e Marcos Alves da Silva que:

Por fim, é de suma importância ressaltar que do estudo da Análise Econômica do Direito Contratual quando se analisa de forma descritiva os contratos entabulados podem gerar estipulações falsas, quando as cláusulas

³⁹ Nesse sentido, Renata Guimarães Pompeu: “A conexão entre Direito e Economia é frutífera para que se possa promover a eficiência ou a adequação das relações jurídicas, as quais não podem negligenciar ou alijar determinados dados reais (que um estudo econômico pode fornecer), sob pena da existência de um Direito prático e outro teórico” (POMPEU, 2010, p. 403).

foram incompletas e indetermináveis e de forma normativa os contratos quando elaborados de forma incoerente podem trazer recomendações implausíveis. Isso ocorre porque quando cláusulas omitem variáveis importantes para a solução da obrigação o contrato se torna indeterminado, e em alguns casos até surreal e completamente inexigível (FIGUEIREDO; SILVA; 2016, p. 112).

Dessa ponta, o principal aspecto a justificar a utilização da economia na lida com a ciência jurídica seria trazer um pouco mais de estudos sobre as consequências práticas da atividade jurídica. O problema é que a AED é, por vezes, vista como utilitarista como se o contrato não tivesse em seu âmago um interesse econômico presente que impulsionam às partes à sua realização. Da mesma forma que o senso comum, por vezes, enxerga a relação economia-direito como egoísta, enxerga-se também a função social como altruísta ou solidária. Entende-se aqui que tais visões são equivocadas.

Quando se fala em contrato, não se pode esquecer que esse instituto do Direito civil carrega um elevado caráter econômico. Decidir sem levar em consideração a influência econômica que os indivíduos têm ao contratar seria decidir de forma destoante da realidade. Ninguém contrata sem ter algum interesse econômico envolvido, em outras palavras, ninguém realiza contrato a não ser que seja para satisfazer suas necessidades – na maior parte das vezes econômicas.

Aqui, deve-se atentar pela busca da eficiência – que, para a ciência econômica, é a maximização dos resultados e a redução dos custos. Ressalta-se que a busca pela eficiência deve ser por ambas as partes, não havendo um interesse se sobrepondo ao outro, devendo haver a conciliação de forma que um sujeito da relação jurídica não sair deveras lesado e o outro auferir ganho excessivo sob nenhuma fundamentação – inclusive social. Não somente no âmbito privado se percebe essa preocupação com a eficiência. Tal princípio inclusive já foi constitucionalmente elencado como princípio que rege a atuação da administração pública brasileira. Vejamos: “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Assim, a busca pela eficiência (que provém dos estudos da economia) já vem sendo feita no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a aplicação das teorias econômicas a problemas sociais de interesse do Direito, podem-se citar alguns autores em Direito e economia como: Pigou, que, em seu **The Economics of Welfare** (1920), analisa a influência de fatores externos nas relações econômicas; e Ronald Coase que, em seu **The problem of social cost** (1960), faz críticas ao

modelo de Pigou e propõe soluções economicamente viáveis para diversas demandas sociais e jurídicas⁴⁰. Analisando a atuação das cortes em âmbito do direito estrangeiro, observa Ronal Coase:

As cortes nem sempre se referem, de forma clara, ao problema econômico trazido pelos casos com os quais se deparam, mas parece provável que na interpretação de algumas palavras e frases, tais como, “razoável” ou “uso comum ou ordinário”, reconheça-se – talvez, inconscientemente e, certamente, de forma não muito explícita – o aspecto econômico das questões sob análise (COASE, 1960, p. 18).

Inegável, dessa forma, que o caráter econômico deve ser levado em consideração quando da aplicação do Direito, principalmente, em institutos que “limitam” a autonomia privada. Acredita-se que a AED pode contribuir para nortear a aplicação prática e interpretação do princípio da função social dos contratos.

Onde a jurisprudência já demonstrou algumas vezes haver grande descompasso entre a realidade econômica e a função social são os contratos de saúde. Veja-se tal decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. IMPLANTE DE MARCA-PASSO. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. NECESSIDADE DE URGÊNCIA. CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 CPC.

1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98.

2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte agravada possa efetuar o tratamento cirúrgico, sendo que a necessidade decorreu de indicação médica, diante das condições do recorrido, acometido por doenças cardíacas.

3. Procedimento médico cirúrgico necessário para que o autor tenha qualidade de vida e retome a sua jornada normal de atividades, havendo risco de morte, lesão esta irreparável que deve ser obstada.

4. No caso em exame, estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito do recorrido de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato.

5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

⁴⁰ Como exemplo de problemas analisados pelo autor na obra, citam-se: o gado que destrói a propriedade vizinha; a fábrica que lança fumaça no ambiente causando malefícios aos vizinhos; o médico com consultório vizinho ao maquinário de uma confeitaria que faz muito barulho.

Fica claro o perigo que pode ser ocasionado pela necessidade de se prover uma justiça distributiva, em detrimento do interesse da outra parte – principalmente, diante de conceitos jurídicos abertos como a função social do contrato. Utilizar-se da função social como fundamento para adequar condições que já foram estipuladas pelas partes e desvirtuar o próprio instituto da função social, bem como do *pacta sunt servanda*, atribuindo-o um caráter muito mais altruísta do que norteador.

Assim, defende-se, no presente trabalho, a utilização da AED a fim de promover uma prática jurídica mais real. Não se está eliminando o caráter social dos institutos jurídicos, apenas ressaltando seu caráter não absoluto. Como visto, os contratos possuem uma função social, porém, não se deve banalizá-la. O caráter econômico dos contratos precisa ser levado em conta quando da análise – principalmente pela jurisprudência. Afinal, ao judiciário não cabe ser responsável por corrigir as desigualdades sociais que imperam no país. O interesse aqui é da participação negocial das partes, sua maior autonomia para contribuir para uma decisão economicamente mais real e juridicamente mais efetiva.

A seguir se adentrará na propriedade e sua função social.

4.4 AUTONOMIA, PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

O direito à propriedade pode ser considerado como um grande expoente do próprio reconhecimento do *status* de pessoa conferido pelo ordenamento jurídico ao cidadão. Possuir o direito à propriedade é uma faceta da personalidade jurídica. Vários são os autores que traçaram considerações sobre a propriedade em suas obras. Jonh Locke⁴¹, por exemplo, defende que o trabalho é forma de aquisição da propriedade por excelência. Ao se produzir em certa propriedade e torná-la frutífera tal trabalho lhe dá o direito de reivindicar a propriedade como sua.

Sobre a propriedade, Hegel observa que:

É a minha vontade pessoal, e, portanto, como individual, que se torna objetiva para mim na propriedade; esta adquire por isso o caráter de propriedade privada, e a propriedade comum, que segundo a sua natureza pode ser ocupada individualmente, define-se como uma comunidade virtualmente dissolúvel e na qual só por um ato do meu livre-arbítrio eu cedo a minha parte (HEGEL, 1997, p. 46).

⁴¹ LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

Sabe-se que a propriedade há muito não guarda mais esse caráter absoluto no direito pátrio e estrangeiro. A propriedade como direito foi reconhecida e protegida, em no ordenamento brasileiro, desde a primeira Constituição, de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação (BRASIL, 1824).

O Código Civil brasileiro de 2002 traz os poderes do proprietário: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002). Tais poderes, frisa-se, não são absolutos, devendo o indivíduo respeitar as normas de ordem pública.

Elenca-se como atributos da propriedade a elasticidade, a exclusividade e a perpetuidade. Exclusividade diz respeito ao vínculo que se cria entre seu titular e a propriedade. O vínculo é único, independente do número de proprietários. A propriedade é elástica, porque seus elementos não necessariamente precisam estar em poder do dono, por exemplo, o uso pode se dar por um terceiro. Por fim, a propriedade é dita perpétua devido ao fato de que, em regra, é por prazo indeterminado e não é perdida com o tempo.

Sobre a evolução da noção de propriedade, ensina Francisco Amaral: “A propriedade contemporânea apresenta-se, assim, caracterizada pelo pluralismo de seus objetos, tendo mais significado a atividade do que a titularidade do sujeito proprietário, em função do interesse social” (AMARAL, 2006, p. 145). Dessa forma, modernamente não se fala em propriedade, mas em propriedades, designando as diversas manifestações nas quais a propriedade pode ocorrer, inclusive de forma incorpórea.

A Constituição Federal de 1988, no Título referente aos Direitos e Deveres Individuais e coletivos atribui aos indivíduos o direito a propriedade, porém, impõe uma função social ao exercício desse direito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988)

Em outro momento do texto constitucional – “Da ordem econômica e financeira”, encontramos o mesmo direito garantido e relativizado:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade (BRASIL, 1988).

Adentrando na função social da propriedade urbana, prevê o texto constitucional que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Estatuto das cidades (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001) estabelece que:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei (BRASIL, 2001).

Já sobre a função social da propriedade rural, prevê a Constituição de 1988:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I – aproveitamento racional e adequado;
II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

Há muito já se fala em limitação do direito de propriedade, desde 1946, com os dispositivos do texto constitucional. Caio Mário da Silva Pereira (2001), antes da entrada em vigor do atual Código Civil, analisando a evolução do Direito Civil, já observava como a

propriedade já sofria ingerência da função social, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988:

Outros ventos têm aflorado, abalando a superfície conceitual dos princípios jurídicos, num propósito evidente de lhes aparar as arestas, demasiado rígidas, do individualismo tradicional.

A propriedade lhe não poderia escapar imune. E tal se deu com a “função social da propriedade”. É fato notório que por toda parte restrições e limitações de diversas naturezas têm marcado as faculdades do *dominus*, podando nos excessos a que o exercício de seus direitos pode levá-lo (PEREIRA, 2001, p. 70-71).

Na filosofia de Hegel, o autor defende a intervenção na propriedade (relativização do direito à propriedade) através do chamado direito de emergência. O autor acredita no direito à vida com um peso maior em relação aos outros direitos fundamentais. Esse fato autorizaria a limitação do direito à propriedade para a preservação da vida. Thadeu Weber, ao tratar de tal teoria, usa o exemplo do roubo de pão para preservar a vida – apesar de haver, nesse caso, violação ao direito de propriedade, tal violação é justificada a fim de preservar o direito à vida (WEBER, 2010). Hoje, o tratamento jurídico da propriedade guarda muito mais um caráter social do que individualista.

No Direito Administrativo brasileiro, os meios de intervenção do Estado na propriedade são a desapropriação, a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento. Serão feitos breves comentários acerca de tais meios.

A desapropriação consiste na única modalidade de intervenção supressiva na propriedade particular. O indivíduo perde a sua propriedade e não apenas tem seus atributos restritos (como nos casos de requisição, ocupação temporária). Os fundamentos para tal intervenção são a utilidade pública e o interesse social. Os casos de utilidade pública estão previstos no art. 5º do Decreto-Lei 3365/ 41, como, por exemplo, segurança nacional, defesa do Estado, socorro público em caso de calamidade, dentre outros – aqui tem-se uma discricionariedade administrativa. Já os casos de interesse social estão relacionados à função social da propriedade, como a reforma agrária⁴².

⁴² Como não é do interesse do trabalho aprofundar-se no assunto, traz-se aqui alguns dispositivos constitucionais e legais acerca do tema. Prevê a Constituição que: “Art. 5º [...] XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Sobre a desapropriação de imóveis urbanos a Constituição prevê que: “Art. 182 [...] § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena,

A servidão administrativa é conceituada por Maria Sylvia Zanella DiPietro da seguinte forma: “[...] direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública” (DI PIETRO, 2017, p. 175). Exemplos são os casos de instalação de redes elétricas e gasodutos para fins de serviços públicos.

Por meio da requisição administrativa, o Estado unilateralmente utiliza-se em caráter temporário a propriedade do particular na hipótese prevista constitucionalmente de perigo público iminente. Diferente da desapropriação, a indenização da requisição é posterior, somente se ocorreu dano ao patrimônio particular.

Já a ocupação temporária é um meio através do qual o Estado utiliza-se da propriedade particular temporariamente para apoio a obras e serviços públicos. Prevista no art. 36 do Decreto 3.365/ 41 é outra forma de intervenção restritiva da propriedade: “É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida (BRASIL, 1941).

As limitações administrativas são definidas por Maria Sylvia Zanella DiPietro como: “[...] medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do

sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (BRASIL, 1988). Sobre a desapropriação rural, estabelece o texto constitucional que: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária”.

Sobre a desapropriação, também prevê o Decreto-Lei n. 3365, de 1941 que: “Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. [...] Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato. Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda. [...] Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito. Art. 7º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Aquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal” (BRASIL, 1941).

Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social” (DIPIETRO, 2017, p. 162). Como exemplo, cita-se a obrigação legal que pode ser imposta ao proprietário em manter limpo seu terreno.

Por fim, o tombamento possui a finalidade de proteção do patrimônio cultural público. O tombamento gera várias obrigações ao proprietário do bem, como oferecer, em preferência para a administração pública, o bem em caso de alienação, dever de conservação e não destruição do bem, dentre outros.

Outros diplomas legislativos que limitam a propriedade do particular podem ser citados, como a Lei n. 4504/ 64, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, e a Lei n. 8245/ 91 que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos.

Assim, a autonomia privada do indivíduo, no que diz respeito à propriedade no Direito brasileiro é limitada por diversos fatores sociais e públicos. Após todo o exposto no decorrer desse capítulo, o tópico a seguir remete a reflexão da possível existência de uma função social da autonomia privada em âmbito patrimonial.

4.5 FUNÇÃO SOCIAL DA AUTONOMIA PRIVADA?

Caminhando para a finalização desse capítulo, após todo o exposto e o enfoque dado, principalmente, à tendência de publicização do Direito Civil em âmbito patrimonial, nesse último tópico, serão lançados questionamentos e exposto o posicionamento acerca da chamada função social da autonomia privada. Em interessante artigo sobre o tema, Otávio Luiz Rodrigues Júnior observa que:

Entrementes, 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 outrora incontestável supremacia do Direito Público é passível de revisão, ainda que em ordenamentos mais estáveis como o italiano (JÚNIOR, 2004, p. 125).

Érico de Pina Cabral, em 2004, já escrevia acerca da função social da autonomia privada, enfatizando a autonomia privada com um caráter não-individual, visando o bem-estar social, porém, de forma a não desconsiderar totalmente a vontade do indivíduo (CABRAL, 2004).

Contratualmente, pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico pátrio, hoje, fala-se em uma função social do contrato e normas protetivas tão fortes que são capazes de direcionar

a autonomia privada de forma a temperar em muito o individualismo. Em outras palavras, na seara contratual, entende-se, neste trabalho, que é possível afirmar a existência da função social da autonomia privada, visto não ser essa totalmente livre para a emanção de situações jurídicas, sendo sempre balizada pelos ditames publicistas e garantistas impostos pelo Estado⁴³.

Com relação ao direito de propriedade, vislumbra-se ainda mais uma possível função social da autonomia privada, principalmente, levando em consideração a força que ganhou e se consolidou constitucionalmente o princípio da função social da propriedade. Hoje, pauta-se muito pela realização do bem comum⁴⁴, em detrimento do querer individual.

Porém, não se defende aqui ser ideal falar em função social da autonomia privada em sede extrapatrimonial⁴⁵. Pode surgir uma crítica ao se falar de função social da autonomia privada. Afinal, se a autonomia privada é uma liberdade de atuação do particular, por que se falar em função social se a autonomia é do indivíduo e não da sociedade?

Nesse ponto, advoga-se no sentido de que a autonomia privada hoje é exercida (pelo menos em sede patrimonial) com um trato social tão grande quanto individualmente. A influência das normas e princípios de ordem pública é expressiva. Hoje, as primeiras perguntas que surgem ao celebrar um contrato são: será esse contrato inconstitucional? Não fere nenhum dispositivo legal ou algum direito fundamental? Será que eu (particular) posso pactuar essa cláusula ou futuramente ela pode ser desconstituída pelo Judiciário em razão de ferir a função social do contrato?

Acredita-se que não se deve enxergar a função social da autonomia privada de forma negativa. Francisco Amaral (1999) advoga no sentido de que a função social não anula a dignidade da pessoa humana, nem tampouco a autonomia privada. Porém, se é contra a uma funcionalização extrema, uma limitação abusiva, ou a utilização equivocada do princípio da

⁴³ Interessante a observação de Daniel Sarmiento de que: “Ademais, no que se refere às relações patrimoniais, parece-nos possível divisar uma proteção mais forte da autonomia privada quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo para a personalidade humana. Quando, ao contrário, a questão envolver bens essenciais para a vida humana, a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum. Por exemplo, a proteção da autonomia privada deve ser mais forte num negócio envolvendo a alienação de uma jóia, do que num contrato de compra e venda de um medicamento. Isto porque, embora os bens essenciais também circulem no tráfico jurídico através de negócios patrimoniais, eles se ligam a valores existenciais, na medida em que se afiguram indispensáveis para o atendimento das necessidades básicas, amparadas por direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, admite-se um intervencionismo maior nesta, como fito de assegurar a todos o acesso a tais bens essenciais, até como garantia das “condições de liberdade” (SARMENTO, 2010, p. 205-206).

⁴⁴ Para Francisco Amaral, o bem comum seria: “conjunto de condições necessárias ao bem particular dos membros da comunidade, e é também um valor social que se realiza com a participação de todos na criação das condições necessárias à existência de paz e estabilidade, presidindo o desenvolvimento do direito em geral” (AMARAL, 2006, p. 20).

⁴⁵ Tal tema será melhor trabalhado no capítulo seguinte.

função social para realizar uma justiça distributiva e equitativa. Nas palavras de César Fiuza: “[...] função social não é instrumento de distribuição, nem de extermínio da riqueza ‘alheia’. O direito de acumulação de bens é direito fundamental, por mais que o detestem muitos” (FIUZA, 2013, p. 359). A interpretação, nesses casos, precisa se pautar pela razoabilidade e pela racionalidade. O juiz não é obrigado a corrigir as mazelas sociais por meio de sua atuação. A função é aplicar o Direito.

Por isso, a importância do tema ser sempre objeto de estudo e aprimoramento na academia. A autonomia privada não comporta engessamento. Essa vertente que vem ganhando força, qual seja, a AED deve ganhar mais espaço e não sofrer preconceitos. Afinal, aqueles que defendem com “unhas e dentes” a publicização e sempre a prevalência do público sobre o privado não seriam extremistas que não estão abertos ao corrente dinamismo do Direito Civil?

À guisa de conclusão, Renata Guimarães Pompeu observa que:

A autonomia privada que nasceu sob a excelência da vontade, estreitamente vinculada à ideia de propriedade, hoje já não comporta (nem poderia) os valores liberais, nem também se contenta com a perspectiva pretendida pelo Estado Social. O conceito de autonomia privada jamais pode prescindir de autorreflexão para o seu exercício, mas esta deve ser realizada frente àquele com quem se propõe a comprometer (POMPEU, 2010, p. 423).

Após todo o exposto, o próximo capítulo será dedicado especificamente ao tratamento da limitação da autonomia privada nas situações existenciais.

5 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS

Uma situação que guarda grande polêmica diz respeito à intervenção estatal na autonomia privada quando se deparam com situações extrapatrimoniais (ou existenciais, se preferir). Neste capítulo, será tratado tal tema para fechar a pesquisa sobre as limitações à autonomia privada, utilizando-se de alguns exemplos e propondo um norte de pensamento a ser observado em âmbito legal e jurisdicional.

A autonomia privada, para fins de um discurso mais amplo, não deve ser restrita ao debate das situações econômicas e patrimoniais. Discorda-se aqui, *permissa venia*, do pensamento de Francisco Amaral (2006, p. 347), que acredita que a área de atuação da autonomia privada seria a patrimonial, dos negócios jurídicos somente. Filia-se aqui ao entendimento de Perlingieri⁴⁶, em que a questão da autonomia privada transcende o patrimonial para o existencial. Esse assunto não pode ser encarado com uma visão exclusivista e restrita, pois a autonomia, como já visto anteriormente, é a faculdade conferida pelo ordenamento jurídico de criação de situações jurídicas pelo indivíduo – dentro dos limites traçados em lei. Tais situações englobam a esfera extrapatrimonial, sem dúvida.

Acredita-se haver, nas situações existenciais – permeadas por maior subjetivismo –, maior necessidade no estudo da intervenção estatal na autonomia, visto serem situações que, a cada dia, vão ganhando novas manifestações e complexidades. Nesse sentido, Bruno Torquato de Oliveira Neves e Danúbia Ferreira Coelho de Rezende escrevem:

[...] cabe ressaltar que, apesar do sólido vínculo existente entre a autonomia privada e a propriedade, a primeira não está restrita apenas às situações patrimoniais. Não possui, somente, o condão de regulamentar a atividade econômica. Existem diversas situações que envolvem direitos de personalidade, nas quais incide, de modo inequívoco, a autonomia privada, como veículo concretizador dos princípios da igualdade e da liberdade. As situações nas quais se lança mão do princípio da autonomia privada, com o escopo de elucidar questões relativas aos direitos de personalidade, são conhecidas como situações extrapatrimoniais.

[...]

O que se busca regulamentar não é o direito de alienar seus bens materiais. Pretende-se, dentro dessa ótica, fornecer instrumentos que permitam o exercício da vontade humana, consubstanciado no princípio da liberdade (NAVES; REZENDE; 2007; p. 93).

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Quando se fala de autonomia privada manifestada nas situações extrapatrimoniais deve-se ter em mente que a problemática é mais frequente no Direito de Família, bem como nos direitos da personalidade. Situações como (in)capacidade, liberdade sexual, direito ao próprio corpo, direito à morte digna, direito ao patrimônio genético são as que trazem à baila um debate por vezes mais filosófico do que jurídico.

Um problema surge quando se afirma que o Estado tem poder de interferir nessas situações, decidindo o que é melhor para cada indivíduo e se isso não estaria exterminando totalmente o princípio da autonomia privada. Questiona-se, então, qual seria o elemento justificador da limitação do Estado na autonomia privada em situações existenciais? Ao tratar do tema, é preciso cuidar para não chegar a conclusões extremas, como da autonomia arbitrária, sem nenhuma limitação ou a existência da autonomia sem nenhuma liberdade. Dentro desse discurso, é impossível não encarar a influência de juízos morais nas definições dos limites da autonomia nas situações existenciais.

Daniel Sarmiento, apresenta em sua obra um pensamento que se acredita ser o mais acertado. É também o pensamento trabalhado nos exemplos deste trabalho. Segundo o autor: “A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 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” (SARMENTO, 2010, p. 202). Dessa forma, não se pode encarar o tratamento da autonomia privada nas situações existenciais do mesmo modo que nas situações patrimoniais. Beira ao absurdo acreditar-se que a ordem pública e os valores sociais podem intervir de forma extrema em situações que dizem respeito exclusivamente ao indivíduo dentro do seu exercício pleno de sua autonomia.

As liberdades de caráter existencial são elementos essenciais ao próprio conteúdo do que seria vida digna, pois, não há que se falar em dignidade quando algumas liberdades fundamentais como a de pensamento, religiosa, do próprio corpo e das decisões finais da vida de uma pessoa são cerceadas. Segundo Perlingieri:

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas (PERLINGIERI, 2002, p. 276).

A seguir, o trabalho partirá para a pragmática, analisando a limitação da autonomia privada em quatro situações específicas, quais sejam, a imposição do regime de bens para os

maiores de setenta anos, a restrição da autonomia em período pré-EC 66/ 2010, a autonomia privada do paciente em estado terminal e a autonomia privada em face da liberdade (ou não) religiosa.

5.1 IMPOSIÇÃO PELO ESTADO DE OBRIGATORIEDADE DE REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Começa-se por aquela que se acredita ser uma das maiores aberrações jurídicas no que concerne à limitação excessiva da autonomia privada. O ordenamento jurídico brasileiro limita a escolha do regime de bens para aqueles que possuem mais de setenta anos ao se casarem. Surge aí um questionamento: seria essa limitação constitucional? Não seria uma afronta ao princípio da igualdade, bem como à dignidade da pessoa humana?

O objetivo desse tópico é apresentar um estudo crítico acerca de tal imposição de regime de bens. Espera-se, dessa forma, fornecer argumentos válidos à defesa da inconstitucionalidade e incompatibilidade dessa imposição de bens com o ordenamento jurídico brasileiro.

5.1.1 Dos Regimes de Bens admitidos no ordenamento jurídico pátrio

A legislação civil atribui ampla liberdade àqueles que pretendem contrair um matrimônio de escolher entre os regimes legais aquele que mais lhe aprouver, bem como estabelecer por convenção seu próprio regime. Para Carlos Roberto, regime de bens:

[...] é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2014, p. 442).

Os regimes positivados na Lei Civil são: regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, regime de participação final nos aquestos, regime de separação de bens (separação voluntária) e regime de separação legal, além da união estável, que hoje é reconhecida e protegida constitucionalmente.

O Código Civil de 2002, ao contrário de seu predecessor de 1916, admite a mutabilidade do regime de bens: “Art. 1639 [...] § 2º É admissível alteração do regime de

bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (BRASIL, 2002).

Sobre o regime de comunhão parcial – o mais comum na prática, prevê a lei civil que é aplicada quando houver o silêncio das partes ou nulidade de convenção de determinação do regime. Também estabelece o Código que os bens que sobrevierem ao casamento comunicam-se, exceto nos casos previstos pela própria lei civil como: bens provenientes de doação ou sucessão, obrigações anteriores ao casamento, dentre outros.

Já o regime de comunhão universal é descrito pelo Código da seguinte forma: “Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte” (BRASIL, 2002).

O regime de participação final nos aquestos tem seu funcionamento explicado no Código Civil, nos termos seguintes:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III – as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (BRASIL, 2002).

Dessa forma, percebe-se o quanto a Lei Civil atribui liberdade aos nubentes para estabelecer o regime que melhor lhe interessam quando do seu casamento. Ou seja, desde que não se afronte a lei ou a Constituição, cada indivíduo é livre para estabelecer as regras que vão gerir o regime patrimonial de seu casamento.

Após essas breves explicações sobre os regimes de bens, serão apresentados reflexões e questionamentos sobre a imposição do regime de bens a maiores de setenta anos.

5.1.2 Da limitação (inconstitucional) da autonomia na definição do regime de bens dos maiores de setenta anos

Até agora, viu-se o funcionamento dos regimes de bens positivados no Código Civil brasileiro. No entanto, a liberdade para pactuar o regime é limitada, devido a certos fatores considerados pela Lei civil como passíveis de proteção pelo Estado do patrimônio individual. O meio de “proteção” utilizado pelo Estado seria a Lei. Parte-se inicialmente da análise da legislação civil:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
 I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
 II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
 III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.
 (Redação dada pela Lei n. 12.344, de 2010) (BRASIL, 2002).

A idade anterior prevista no Código Civil era de sessenta anos, porém, a Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, modificou esse limite de idade para setenta anos, limite esse que permanece em vigor até a presente data.

Nos incisos um e três, acredita-se não haver discussão quanto à limitação. O primeiro caso trata das pessoas que, ao casar, desobedecem as causas suspensivas da celebração do casamento, que estão previstas no art. 1523 do Código Civil:

Art. 1.523. Não devem casar:
 I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
 II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
 III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
 IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas (BRASIL, 2002).

Percebe-se que mesmo nesses casos o casamento não é nulo, é somente irregular e não pode ser estipulado livremente o regime de bens. Não é um impeditivo de se casar, apenas um impeditivo de estipular livremente o regime. Quanto ao inciso três, que também possui finalidade protetiva – aqueles que dependem de suprimento judicial –, pretende-se proteger os menores, não havendo críticas a esse dispositivo.

O problema surge no inciso dois, a limitação aos maiores de setenta anos. Tal norma trata de uma presunção de incapacidade da pessoa em idade avançada. Tal presunção, atualmente, é absoluta, sendo imperativa por Lei e não admitindo exceção. O próprio Código Civil estabelece que: “Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Grande parte das normas de Direito de Família são de ordem pública, de força cogente, não se admitindo seu descumprimento pelas partes sob pena de anulação do ato.

Analisando o dispositivo pretérito, previsto no Código Civil de 1916 tem-se que:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.
 Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:
 I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).
 II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.
 III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.
 IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453) (BRASIL, 1916).

Percebe-se, assim, que o Código anterior estabelecia distinção entre homens e mulheres no tocante à idade para a imposição de regime de bens. Hoje, com a Constituição de 1988, que prevê a igualdade entre homens e mulheres, não se tem mais essa diferenciação. O Código anterior também carregava essa exaltação da figura paterna, do pátrio poder, sendo substituído pelo poder familiar, atualmente em vigor.

Mas uma presunção de incapacidade fundada em idade com relação ao patrimônio não seria admitir que o idoso maior de setenta anos é pródigo com relação ao casamento? Outros questionamentos que surgem são: e se o idoso casar com outro idoso? Estaria essa norma realmente protegendo o idoso ou retirando sua liberdade? Essa limitação da autonomia privada seria realmente necessária no contexto social atual?

O Conselho da Justiça Federal (CJF), editou o Enunciado 262, sobre o tema, na III Jornada de Direito Civil: “Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs” (BRASIL, 2004). Por óbvio, não é possível a alteração, pois a idade é somente progressiva.

Para discutir tal tema, deve-se partir de preceitos legais e constitucionais de proteção ao idoso. Prevê a Constituição, no Capítulo referente à família, criança, adolescente, jovem e idoso: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas,

assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988). Percebe-se a preocupação do constituinte em ressaltar a dignidade do idoso. Como visto anteriormente, a dignidade comporta uma parcela de liberdade para gerir sua própria vida, não havendo que se falar em dignidade onde não há um mínimo de liberdade.

No âmbito infraconstitucional, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/ 2003), complementando os ditames constitucionais, atribuiu vários direitos aos idosos, garantindo condições de liberdade e dignidade e atendendo aos princípios protetivos e as normas programáticas constitucionais:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em **condições de liberdade e dignidade** (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Nesse diploma protetivo, já é ressaltada a preocupação com a liberdade do idoso. Tal liberdade é inerente ao seu próprio aperfeiçoamento moral e social. Essa mesma Lei, determina ser obrigação do Estado e da sociedade assegurar liberdade à pessoa idosa. Ao analisar tal dispositivo do Estatuto com o art. 1641 do Código Civil percebe-se, o quanto são contraditórios:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.
 § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:
 I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
 II – opinião e expressão;
 III – crença e culto religioso;
 IV – prática de esportes e de diversões;
 V – participação na vida familiar e comunitária;
 VI – participação na vida política, na forma da lei;
 VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 2003).

Pelo Estatuto do Idoso, o Estado deve garantir a parcela de liberdade do idoso de participação na vida familiar e comunitária. Pode-se participar da vida familiar, mas não se pode estipular qual o regime de bens ao se casar após os setenta anos. Como é possível a participação, se nem o regime de bens é livre? Outro adendo: pode-se participar da vida política, pode-se candidatar a cargo público (leia-se administrar patrimônio público), mas não

se pode livremente administrar seu próprio patrimônio. Quantas contradições se encontram da análise sistêmica da legislação protetiva do idoso.

Outro diploma legislativo que garante a autonomia ao idoso é a Lei que dispõe sobre a política nacional do idoso (Lei n. 8.842/94). Prevê o artigo primeiro de tal Lei: “Art. 1º A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua **autonomia**, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Essa mesma legislação possui dispositivo que também entra em contradição com a limitação imposta pelo diploma civil:

Art. 10. § 1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, **salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada**.

§ 2º Nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir seus bens, ser-lhe-á nomeado Curador especial em juízo (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Assim, percebe-se que o idoso tem liberdade para dispor sobre seus bens, exceto nos casos de incapacidade comprovada. O casamento contraído em regime de comunhão universal por exemplo, encontraria respaldo na lei, desde que não seja comprovada judicialmente, a incapacidade. Ser idoso, com mais de setenta anos, não consequentemente significa ser incapaz para fins do Direito.

Paulo Luiz Neto Lobo escreve que:

[...] a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz, consequentemente, é inconstitucional esse ônus (LOBO, 2003, p. 242-243).

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377 que prevê: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 1964). Porém, há aqueles que defendem a sua inaplicabilidade ao ordenamento jurídico atual, como Ricardo Coelho, em artigo sobre o tema:

É de grande relevância para o estudo destacar que a edição da referida Súmula aconteceu em outro contexto social e histórico, na década de 1964, e de lá pra cá vem sofrendo duras críticas, pois a sociedade de modo geral sofreu grande evolução histórica e mudanças de conceitos o que deixa mais evidente o desuso da Súmula atualmente (COELHO, 2014).

Sob a ótica jurisprudencial, há tempos que os magistrados já manifestam entendimento contrário à limitação prevista na norma civil:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – DIREITO CIVIL – CASAMENTO – CÔNJUGE MAIOR DE SESENTA ANOS – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 – INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA.

É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana.

[...] Funda-se tal norma na "proteção do idoso" contra a prática do que popularmente se denomina "golpe do baú".

[...] A doutrina majoritária atual coloca-se contrária à imposição do regime de separação legal aos maiores de 60 anos – hoje, 70 anos -, defendendo sua inconstitucionalidade.

[...] A escolha do regime de bens no casamento é um direito patrimonial, essencialmente disponível, por isso, a meu ver, desarrazoada e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada. A pessoa maior de sessenta anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, especialmente nos dias de hoje, diante do aumento da expectativa de vida.

[...] A incoerência dessa norma fica ainda mais evidente se levarmos em conta que pessoas com idade superior a sessenta anos podem exercer cargos de grande importância para a nação, tais como Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Juiz de Direito, Desembargador, Ministro de Corte Superior e, no entanto, não poderiam escolher o regime de bens do casamento (MINAS GERAIS, 2014).

Um raciocínio interessante que pode surgir na discussão diz respeito à união estável. Sabe-se que o diploma constitucional equiparou a união estável ao casamento: “Art. 226. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). Ou seja, não há que se falar em discriminação no tocante a direitos da sociedade conjugal serem exercidos por aqueles que constituem união estável. União esta de grande utilização e presença na sociedade brasileira atual. No que diz respeito ao regime de bens nos casos de constituição de união estável, dispõe o diploma civil: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (BRASIL, 2002).

Argumenta-se se a obrigação do regime de bens de separação legal aplica-se aos casos de união estável? Legalmente, o Código Civil nada dispõe sobre o tema. A doutrina defende que não, assim como este trabalho. Afinal, no âmbito particular, se não houver nenhuma

norma que proíba certa conduta, ela não pode ser tida como ilegal. Principalmente, em sede de Direito de família que apresenta diversas normas de ordem pública. Não havendo norma proibindo, está autorizado.

Pensando por essa ótica, cai por terra a imposição legal de regime de separação, podendo ser exercido todos os atos da vida civil como se casados o fossem, aqueles que contraíram união estável com pessoa maior de setenta anos, sujeitando ao regime de bens que escolher, seja comunhão universal, seja comunhão parcial. Ora, se os direitos a serem exercidos são os mesmos de uma união estável, com a opção de um regime de comunhão parcial e um casamento celebrado sob esse regime, então, o maior de setenta anos pode contrair uma união estável e não se ver privado pela regra do art. 1641, II do Código Civil que o proíbe de se casar por regime diverso da separação legal de bens. Outra notável contradição legal.

Sobre o tema, critica Rolf Madaleno:

É imposto por infração a qualquer dos três incisos do artigo 1641 o regime compulsório da separação de bens, renovado legalmente a sua congência mesmo diante da jurisprudência reiterada da Súmula n. 377 do STF. Representa um inequívoco retrocesso, quando os rigores do regime legal de separação de bens, já haviam sido abrandados... Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil (MADALENO, 2002, p. 190-191).

Um interessante apontamento doutrinário é com relação às finalidades do casamento. Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

Sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência (GONÇALVES, 2014, p. 47).

Lança-se assim outro questionamento: essa imposição legal não seria uma admissão implícita da Lei na qual a pessoa que contrai matrimônio com alguém maior de setenta estaria com a finalidade latente de acrescer ao seu patrimônio o patrimônio do idoso, ou até mesmo o popularmente chamado “golpe do baú”? Socialmente, é comum ver na mídia casos em que idosos se casam com outras pessoas bem mais jovens. Não cabe ao legislador e muito menos a ninguém julgar os motivos determinantes da conduta de cada um, principalmente com

relação a sua parcela disponível de patrimônio. Se o idoso quer casar pelo regime de comunhão universal, que o case.

Sobre essa restrição, Caio Mário da Silva Pereira escreve:

[...] não encontra justificativa econômica ou moral, pois que desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades os mesmos podem existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade (PEREIRA, 2017, p. 244).

Em 2013, foi apresentado o Projeto de Lei n. 470 ao Senado Federal, para instituir o Estatuto das Famílias. Tal diploma apresentaria grandes avanços legislativos como a extinção dessa imposição de separação obrigatória de bens. Além disso, o projeto apresenta como princípios fundamentais a dignidade a busca pela felicidade, conforme se desprende de seu texto:

Art. 5º. Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

[...]

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar (SENADO FEDERAL, 2013).

Como visto, limitar a escolha pelo regime seria limitar a busca da felicidade e bem-estar do idoso. Espera-se que tal diploma seja em breve aprovado e sancionado para dar fim a tal afronta jurídica. Sobre o tema, César Fiuza ensina que:

A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma capitis aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada (FIUZA, 2013, p. 1208).

Em interessante dissertação de mestrado sobre o tema, intitulada **Autonomia e o regime obrigatório da separação de bens para os maiores de 70 anos**, Leandro Henrique Simões Goulart observa que:

Definir idoso como aquele que possui 60 anos de idade é um critério meramente cronológico. Não se deve esquecer que, em razão do progresso social e científico, das transformações na estrutura familiar e da modernização dos costumes, houve um aumento da longevidade. A elevação da expectativa de vida dos brasileiros passou de 40 anos (nos anos 40) para 70 anos (atualmente), sendo que esse patamar deverá atingir a faixa dos 77 anos até 2020, segundo dados do IBGE. Em razão disso, o início da velhice está se retardando, o que possibilita a realização de novos projetos por parte das pessoas consideradas idosas e o prolongamento de seu envolvimento nas atividades sociais (GOULART, 2013, p. 24).

Ainda escreve: “A norma contida no art. 1641, II, CC, trata-se de norma com evidente excesso de intervenção Estatal na vida privada do cidadão maior de 70 anos, pois restringe sua autodeterminação, não lhe dando o direito de escolha do regime que melhor convier” (GOULART, 2013, p. 12).

O número de idosos no país vem crescendo a cada dia mais. A expectativa de vida do brasileiro subiu para mais de 75 anos. Ou seja, a população está envelhecendo. Não se trata aqui de uma norma de proteção de uma minoria, mas sim de uma parcela considerável da população que, em muitas das vezes, possui pleno discernimento para exprimir sua vontade e não precisa do Estado para lhe mostrar como administrar os seus bens.

Vários cargos influentes hoje, seja na seara privada, seja na pública, nacional e internacional, são exercidos por pessoas que contam com mais de setenta anos. Apenas à guisa de exemplo, no Brasil, citam-se os casos do atual Presidente da República Michel Temer que conta na presente data com setenta e sete anos, assim como a ex-Presidente Dilma Rousseff, que, se ainda estivesse hoje no poder, contaria com setenta anos. O Ministro da Fazenda em exercício, Henrique Meirelles, possui setenta e dois anos. No Supremo Tribunal Federal, a situação ainda é mais expressiva: dos onze ministros, dois já contam com mais de setenta anos (Celso de Mello, com setenta e dois anos, e Marco Aurélio, com setenta e um anos), dois estão para completar setenta anos na data em que este trabalho é escrito (Rosa Weber e Ricardo Lewandowski) e dos demais restantes, quatro possuem mais de sessenta anos (Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia)⁴⁷.

No plano internacional, citam-se Donald Trump, atual Presidente dos Estados Unidos da América, que conta na presente data com setenta e um anos. Dos nove Ministros da Suprema Corte norte-americana, um possui mais de setenta anos e dois contam com mais de oitenta anos de idade.

⁴⁷ Além dessas personalidades, pode-se citar os empresários Warren Edward Buffett (oitenta e sete anos), Amancio Ortega Gaona (oitenta e um anos), Carlos Slim Helú (setenta e oito anos) e Lawrence Joseph Ellison (setenta e três anos), que figuram entre os mais ricos do mundo.

O texto constitucional há pouco se modificou no sentido de prolongar a idade compulsória para a aposentadoria dos servidores públicos de setenta para setenta e cinco anos, conforme Emenda Constitucional 88, de 07 de maio de 2015, regulamentada pela Lei Complementar n. 152, de 3 de dezembro de 2015. Após todos esses exemplos argumenta-se: como pessoas com mais de setenta anos podem ser responsáveis por tomar decisões que influenciam política, jurídica e economicamente um país, mas para o Direito Civil brasileiro não podem se casar no regime de bens que não seja o de separação legal?

Um outro apontamento necessário a se fazer é que o Direito das famílias não é um ramo estanque. Pode ser apontado inclusive como um dos mais dinâmicos do ordenamento jurídico pátrio, como bem observa Caio Mário da Silva Pereira: “O Direito de Família, mais de que qualquer outro ramo do Direito, está sempre na dependência da evolução dos costumes, e obviamente sujeito às influências ético-sociais” (PEREIRA, 2001, p. 173). O legislador deve (ou pelo menos deveria) acompanhar tais evoluções de forma a evitar limitações excessivas como a trabalhada nesse tópico.

A doutrina majoritária e a jurisprudência advogam pela inconstitucionalidade e incompatibilidade da limitação de regime de bens aos maiores de setenta anos, posição que se defende aqui neste trabalho como uma das hipóteses de limitação excessiva da autonomia privada em campo extrapatrimonial. Utilizou-se desse primeiro exemplo para mostrar como é delicada a interferência limitativa estatal em situações existenciais.

Após tal exposição, traz-se um outro tópico, ainda na seara do Direito das famílias, porém, já resolvida em âmbito constitucional.

5.2 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO PRÉ EMENDA CONSTITUCIONAL 66/ 2010

Ainda dentro do âmbito do Direito das famílias, será abordado brevemente neste tópico sobre a antiga limitação à autonomia privada no que concerne à separação e divórcio. Ressalta que, apesar do tema já ter sido resolvido, tanto em seara normativa quanto doutrinária, usar-se-á desse exemplo para demonstrar o quanto a excessiva limitação da autonomia privada em âmbito existencial pode representar uma certa afronta à dignidade da pessoa humana.

Apesar das divergências doutrinárias, concebe-se aqui a concepção do casamento como uma espécie de contrato especial⁴⁸, assim como defende Carlos Roberto Gonçalves: “Não há, realmente, inconveniente de chamar o casamento de contrato especial, um contrato de direito de família, com características diversas do disciplinado no direito das obrigações [...]” (GONÇALVES, 2014, p. 43).

A lei civil ainda não reconhece expressamente a possibilidade de casamento homoafetivo, porém, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a possibilidade da união estável homoafetiva, ampliando assim o conceito de família.

Inicialmente, o texto constitucional traçava limitação à autonomia do indivíduo que desejava desde já se divorciar. Tal limitação vinha por meio do lapso temporal para a propositura da ação de divórcio, conforme se desprende do antigo texto do art. 226, §6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 1988). Mas, felizmente, o legislador percebeu o quanto era prejudicial tal limitação e assim ficou a redação do mesmo parágrafo após a entrada em vigor da emenda constitucional 66/ 2010: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (BRASIL, 2010).

Quanto ao divórcio e a separação judicial, o Código Civil brasileiro ainda possui norma que prevê lapso temporal: “Art. 1580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio” (BRASIL, 2002). Dispõe ainda, o §2 do mesmo artigo que: “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 2002). A norma está vigente, porém, sem aplicabilidade, representando uma falta de sintonia do Código Civil com o texto constitucional vigente.

Tal mudança somente representou avanço na seara do direito das famílias, como bem observa Paula de Almeida Evangelista em monografia sobre o tema:

A emenda também extinguiu a obrigatoriedade de comprovação do lapso temporal de dois anos da separação de fato para pleitearem o divórcio, lapso

⁴⁸ Para César Fiuza: “Dizer que o casamento é instituição social não importa dizer que não seja contrato. De todo o modo, embora contenha um lado patrimonial, em sua essência, é contrato de natureza existencial, que não se submete às normas do Direito das Obrigações, possui regramento especial” (FIUZA, 2013, p. 1191).

esse antes exigido. Tal modificação ao nosso ver, foi acertada, principalmente pelo fato de evitar que cônjuges que já não possuam a real intenção de manter seu vínculo matrimonial, tenham que manter-se por casados por no mínimo dois anos. Isso tudo, evita constrangimentos e aborrecimentos, inovação louvável (EVANGELISTA, 2015, p. 36).

A mesma autora, à guisa de conclusão:

O Direito de se divorciar guarda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento de nosso ordenamento jurídico. Assim, ninguém é obrigado a permanecer com alguém, resguardando-se a felicidade do indivíduo. Tendo em vista que o Direito acompanha a sociedade, e tendo em vista a modernidade que se encontra nossa sociedade, já estava no momento de instituir uma emenda que alterasse tais dispositivos (EVANGELISTA, 2015, p. 40)

O texto constitucional⁴⁹, ao contrário de países como a China, atribui a liberdade para as partes de planejarem sua família como bem lhe aprouver. Assim, em seara de Direito das famílias, percebe-se que o planejamento familiar e as decisões sobre regime de bens e separação são, em tese, das partes envolvidas, devendo o Estado prezar por uma legislação mais liberal nesse sentido.

A antiga limitação sobre a separação representava retrocesso e foi resolvida. No entanto, foi trazida aqui neste trabalho como exemplo para demonstrar um segundo caso em que a limitação da autonomia privada em sede existencial não é o ideal. A seguir, adentra-se em uma temática bem mais polêmica, porém, com diversos reflexos no que diz respeito à intervenção na autonomia privada.

5.3 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE EM ESTADO TERMINAL

Seguindo, trabalha-se aqui a limitação à autonomia privada em situação existencial que diz respeito ao impeditivo de disposição da própria vida do paciente em estado terminal.

⁴⁹ “Art. 226 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988).

Partindo da premissa conceitual, paciente terminal⁵⁰ seria aquele que não possui mais tratamentos disponíveis para solucionar sua moléstia, restando apenas os meios terapêuticos para prolongar o seu processo de morte.

Primeiramente, serão feitas breves considerações acerca dos princípios bioéticos pertinentes ao tema

5.3.1 Os princípios bioéticos em voga: autonomia, beneficência e não-maleficência, justiça

Impossível não tratar do tema proposto neste tópico sem trazer o significado dos princípios mais importantes norteadores do ramo da ciência denominado Bioética. Para a Bioética, o princípio da autonomia funciona como norte limitador da atuação médica de forma a não submeter ninguém a nenhum tratamento sem a sua vontade expressa ou seu consentimento informado. Aqui, visualiza-se igualdade de condições entre médico e paciente, não havendo que se falar em subordinação desse último ao primeiro. O respeito à autonomia importa também no dever de informação do profissional para com o paciente. Afinal, a decisão somente é livre se são conhecidos os riscos e consequências de cada procedimento.

Positivado no Código Civil atual, tal princípio encontra-se no capítulo referente aos direitos da personalidade: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002). Nesse dispositivo, encontra-se normativizado o dever de respeito à autonomia do paciente, não somente à autonomia, como seus valores morais e crenças religiosas.

Já o princípio da beneficência, junto com o princípio da não-maleficência, visa balizar a conduta médica em sua relação com o paciente. Sendo o primeiro voltado a fazer o bem e o segundo a não fazer o mal. Ou, nas palavras de Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá: “O princípio da beneficência impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado. Beneficência vem do latim *bonumfacere*, literalmente ‘fazer o bem’” (NAVES, SÁ, 2015, p. 35). Realça-se

⁵⁰ Sobre a conceituação de paciente em estado terminal Pilar L. Gutierrez escreve que: “A terminalidade parece ser o eixo central do conceito em torno da qual se situam as consequências. É quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna “irrecuperável” e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar” (GUTIERREZ, 2001, p. 92) O mesmo autor complementa que: “Abre-se a perspectiva de discussão deste conceito caso a caso: um paciente é terminal em um contexto particular de possibilidades reais e de posições pessoais, sejam de seu médico, sua família e próprias. Esta colocação implica em reconhecer esta definição, paciente terminal, situada além da biologia, inserida em um processo cultural e subjetivo, ou seja, humano” (GUTIERREZ, 2001, p. 92).

que o princípio da beneficência norteia a conduta, porém, qualquer procedimento deve levar em conta sempre o respeito à autonomia do paciente e seu consentimento informado.

Por fim, o princípio da justiça diz respeito à relação custo e benefício dos meios de intervenção médica. Custo e benefício não somente econômico, mas de efetividade do resultado. A preocupação é a melhor forma de obter os resultados ocasionando o menor desgaste ao paciente. Complementando:

Nesse “mínimo custo”, devem ser abrangidos não apenas os aspectos financeiros, que quando bem equacionados permitem a igualdade de acesso aos serviços de saúde, mas também os custos sociais, emocionais e físicos. Ou seja, justa e a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica (NAVES; SÁ, 2015, p. 37).

Após essa breve exposição do significado dos princípios básicos da Bioética, serão feitas reflexões sobre o direito de morrer e de viver.

5.3.2 A “imposição da vida” em confronto com a liberdade individual de morrer

O primeiro pensamento que surge quando se trata do tema é: um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitucionalmente consagrado, seria a dignidade da pessoa humana. Será que esta dignidade hoje pode ser enxergada apenas com relação ao direito à vida ou há dignidade quando se fala em direito à morte?

Acredita-se que para uns a dignidade seria, em plenas condições psíquicas, manifestar acerca de sua morte, sem sofrer as amarras da família e do Estado que impedem tal manifestação. Impondo-se a vida⁵¹ àquele que, não havendo mais solução terapêutica viável, muito menos vontade (não deseja continuar vivendo), não seria sobrepor um ideal de

⁵¹ Sobre as concepções de vida, Ronald Dworkin ensina que: “Quanto a vida humana, será ela subjetiva, instrumental ou intrinsecamente valiosa? E valiosa nos três sentidos, acreditamos quase todos. Tratamos o valor da vida de uma pessoa como instrumental quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros: do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida das outras pessoas, por exemplo. Quando dizemos que a vida de Mozart ou a de Pasteur foi de grande valor porque a música ou a medicina que eles criaram serviu aos interesses dos outros, estamos tratando suas vidas como instrumentalmente valiosas. Tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quanto ela quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela. Assim, quando dizemos que a vida perdeu o valor para alguém que sofre muito ou está na miséria, estamos atribuindo a essa vida um sentido subjetivo. Chamemos de *pessoal* o valor subjetivo que uma vida tem para a pessoa, de cuja vida se trata. É um valor pessoal o que temos em mente quando dizemos que, normalmente, a vida de uma pessoa é a coisa mais importante que ela tem. É valor pessoal aquilo que um governo tenta proteger, como fundamentalmente importante, quando reconhece e faz vigorar o direito das pessoas à vida” (DWORKIN, 2003, p. 101).

dignidade a todos e, conseqüentemente, limitando excessivamente a autonomia do indivíduo?
Sobre a dignidade da pessoa humana, Thandra Pessoa de Sena escreve:

A concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez, seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desejos. (SENA, 2015, p. 360).

Inclusive, para Dworkin (2003), a dignidade se sobrepõe à beneficência – que seria, segundo o autor, o direito do indivíduo de receber todos os recursos médicos disponíveis em seu favor para manutenção da vida.

Interessante a observação de Roberto Henrique Porto Nogueira que, em artigo específico sobre o tema, analisa o caráter paradoxal do direito à vida. A vida digna, então, poderia pressupor a negação da vida:

O moribundo, na atualidade, convalesce privado dos direitos mais básicos e tolhido sobremaneira em sua autonomia. Em uma fase terminal, a vivência da morte é afastada da família, que se recusa a viver o luto antes do falecimento, e, quando esse acontece, o morto é deixado em meio de flores, de mãos cruzadas, à espera da ressurreição. A possibilidade de viver a morte é negada até mesmo ao próprio moribundo, que é afastado de qualquer consciência de sua morte. Muitas vezes, o moribundo sequer decide onde, como, quando ou em que ambiente morrer (NOGUEIRA, 2007, p. 53).

O mesmo autor, lança ainda sua ideia, que é acolhida e defendida nesse trabalho: “Desse modo, é defensável que o direito à vida digna, assim como pressupõe o direito de não morrer (rejeitando a pena capital), pode pressupor, igualmente, o direito de morrer. Outro paradoxo parece despontar: mais uma hipótese de negativa da vida em favor do direito à vida digna” (NOGUEIRA, 2007, p. 53).

Aproveita-se tal momento para através de exemplos, deixar o discurso mais pragmático e palpável. Pois bem, imagina-se um primeiro caso: um indivíduo acometido de uma doença gravíssima, que, por consequência, foi lhe acometendo várias limitações físicas (repete-se aqui, físicas), chegando ao ponto de estar preso a um leito hospitalar. Sem perspectiva nenhuma de tratamento viável está vivendo ali apenas a prolongação do seu processo de morte. Porém, tal indivíduo, ainda consegue manifestar sua vontade – vontade essa que, desde o início da sua doença, era no sentido de que: se em determinado momento, após praticamente todas as privações físicas, não houver nenhuma medida para a cura, o indivíduo deseja que lhe provoquem a morte. Frisa-se aqui que, mesmo em estado de

diminuídas condições físicas, o indivíduo aqui citado consegue manifestar sua vontade no sentido de que deseja que lhe provoquem sua morte. Indaga-se: é papel do Estado impor essa limitação à autonomia privada e, conseqüentemente, obrigar que se mantenha a vida a qualquer custo?

Para aqueles que acreditam que a manifestação da vontade deve ser verbal, o que em muitas vezes não poderia ocorrer devido às limitações causadas por doença ou acidente, deixa-se aqui o exemplo do renomado físico Stephen Hawking, falecido em 2018, porém acometido pela esclerose lateral amiotrófica (ELA) que, conseqüentemente, paralisava todos os músculos de seu corpo, o privando inclusive da fala. Mesmo nesse estado, com meios alternativos conseguiu seguir com seus estudos e escreveu diversos livros, manifestando suas ideias e vontade. Assim, acredita-se que a manifestação verbal, apesar de ideal, não seria essencial ao caso aqui em tela.

Agora, parte-se para um segundo exemplo: um indivíduo, após sofrer um acidente automobilístico venha a convalescer em leito hospitalar em estado final. Ressalta-se que os médicos, desacreditados, não apresentam nenhuma solução possível para o caso, havendo apenas o prolongamento do processo de morte. Nesse caso, têm-se uma situação diversa da anterior, pois, o indivíduo, em nenhum momento, seja antes ou após seu desastre, manifestou sua vontade no sentido de abreviar sua vida. Indaga-se então: é papel da família fazer valer sua escolha, ou o Estado, nesses casos, pode limitar a autonomia para fins de preservar a vida (independente das condições)?

Essa segunda situação comporta uma interpretação diversa por parte do presente trabalho, pois, o que se está defendendo aqui é a menor intervenção possível na autonomia privada do indivíduo em situações existenciais. Porém, entende-se que onde não há manifestação de vontade, não há que se falar em autonomia. Autonomia pressupõe exteriorização, pressupõe capacidade de autodeterminação, análise da situação e tomada de decisões, o que não se está diante nesse segundo exemplo.

Esses são apenas dois exemplos, mas a discussão não se encerra aqui. O que se defende por ideal é a análise de cada caso concreto, sendo necessário sempre valer-se da opinião médico-científica acerca do caso, além da possibilidade de manifestação da vontade por parte do indivíduo.

Se, o indivíduo possui plenas condições de manifestar sua vontade, qual o mal seria feito se o Estado permitisse que seu desejo fosse cumprido? O Estado limita a autonomia privada para fins de preservação do interesse social? Qual o interesse social aqui envolvido? Impedir os efeitos de tal manifestação, seria admitir que o Estado brasileiro detém hoje um

paternalismo que se sobrepõe em diversas situações da vida do indivíduo, inclusive na hora de sua morte⁵². Adota-se, aqui, diferentemente do posicionamento adotado para as situações patrimoniais – ou seja, uma visão mais liberal⁵³.

Não se trata de uma visão contraditória. Aí que está o pensamento central de todo este trabalho: entende-se que a autonomia privada pode ser encarada de forma dúplice, podendo se separar as situações em que deve permear um interesse social sobreposto ao interesse individual; e as situações em que o individualismo em nada interfere na manutenção da ordem pública, não devendo haver limitação legal nesse sentido – apenas aquelas em que se enxerga extremamente necessário, frisa-se: extremamente necessário. Nesse último caso, deve-se deixar mais à análise de cada situação, individualmente, e não uma visão apriorística.

Em sua obra **Domínio da vida**, Ronald Dworkin cita a decisão, tomada em 1992, pelo juiz Dufour, de Quebec, no Canadá. Tal decisão prescreve que as pessoas poderiam exigir o fim do suporte vital, mesmo em condições nas quais não se encontram próximas à morte. Mesmos nessas situações, em que o indivíduo, apesar de não se aproximar do seu ocaso, acredita que sua vida não se tornou mais tolerável, seria permitido abdicar dos meios de manutenção de sua vida. Inclusive, no caso em tela, Nancy B., jovem de vinte e cinco anos que, devido a uma rara doença, não podia se mexer do pescoço para baixo, pleiteou que desligassem seu respirador, tendo seu pedido acatado pelo juiz, ocasionando sua morte em fevereiro de 1992 (DWORKIN, 2003).

No Uruguai, o Código Penal (Lei 9.914/ 34) isenta de pena aquele que pratica a eutanásia. Ressalta-se que não houve a legalização da eutanásia, apenas a isenção de pena. Porém, isso já representa um avanço no sentido do reconhecimento da autonomia do indivíduo.

Nos Estados Unidos, conforme visto anteriormente no tópico relativo ao tratamento da autonomia em direito estrangeiro, há a liberdade em cinco estados membros para a prática do suicídio assistido.

No Brasil, a mudança no paradigma de pensamento nesses casos engloba mudanças na legislação penal. O auxílio ao suicídio é tipificado no Código Penal brasileiro no art. 122 com

⁵² Sarmiento observa que: “Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a Humanidade! Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos” (SARMENTO, 2010, p. 203).

⁵³ Dworkin observa que: “[...] o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes” (DWORKIN, 2003, p. 259).

pena de reclusão de dois a seis anos, no caso de consumação, e reclusão de um a três anos, se da tentativa resultar lesão corporal grave.

No que diz respeito à eutanásia, a mudança é no sentido de admitir mais um caso de atipicidade de conduta, no que se refere ao crime de homicídio. Atualmente, o Direito penal brasileiro não trata da eutanásia (a boa morte), aproximando-se no máximo do homicídio privilegiado, conforme prevê a causa de diminuição de pena prevista no Código Penal: “Art. 121 [...] § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL, 1940). A eutanásia é um modo de aliviar o sofrimento daquele que não possui mais meios médicos de cura. O resultado da eutanásia é a morte.

Em 2012, foi apresentado o projeto de Lei 236/ 2012, propondo uma nova legislação penal brasileira, inclusive positivando a eutanásia:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja o consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (SENADO FEDERAL, 2012).

Ao contrário do Brasil, vários países já admitem a eutanásia como Alemanha, Bélgica, Holanda e Suíça.

Na Holanda, desde 2002, já é admitida a hipótese de eutanásia por meio do denominado *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, que alterou os dispositivos do Código Penal Holandês, dentre eles o artigo 293:

Article 293 1. Any person who terminates another person's life at that person's express and earnest request shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fifth category fine. 2. The act referred to in the first paragraph shall not be an offence if it committed by a physician who fulfils the due care criteria set out in Article 2 of the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act, and if the physician

notifies the municipal pathologist of this act in accordance with the provisions of Article 7, paragraph 2 of the Burial and Cremation Act. (HOLANDA, 2002)⁵⁴.

A ortotanásia – que é o procedimento pelo qual são realizados cuidados no sentido de não prolongar o sofrimento do paciente é admitida no Brasil, não por vias legais, mas devido ao permissivo da Resolução n. 1805/ 2006 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar (BRASIL, 2006).

Um discurso muito comum é de que a ortotanásia veio como alternativa a não se utilizar a eutanásia. Defende-se aqui a convivência de ambas as alternativas, sendo de escolha do paciente a melhor para a sua vida.

A seguir será trabalhado o pensamento de Dworkin acerca da autonomia centrada.

5.3.3 Discussão embasada na autonomia centrada (Dworkin) e Teoria dos Sistemas

Na obra *Domínio da vida*, Ronald Dworkin trabalha com a autonomia centrada na integridade. Menciona-se tal concepção para apresentar conclusões acerca da limitação da autonomia privada do paciente em estado terminal. Dworkin ensina que:

[...] o valor da autonomia deriva da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva. O reconhecimento de

⁵⁴ Artigo 293 1. Qualquer pessoa que termine a vida de outrem por solicitação expressa e séria daquela pessoa deve ser passível a pena de prisão não superior a doze anos ou multa de quinta categoria. 2. O ato referido no primeiro parágrafo não deve constituir infração se cometido por um médico que preencha os devidos critérios de cuidado estabelecidos no Artigo 2 da Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido (Procedimentos de Revisão) e se o médico notificar o patologista municipal deste ato de acordo com o disposto no Artigo 7, parágrafo 2 da Lei de Enterro e Cremação (tradução do autor).

um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade - coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva. Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que um esquema de direitos possa tomar isso possível, aquilo que fez de si próprio. Permitimos que um indivíduo prefira a morte a uma amputação radical ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo, porque reconhecemos o direito que ele tem de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores (DWORKIN, 2003, p. 319).

Essa concepção de autonomia não quer dizer que sempre as escolhas tomadas pelo indivíduo são coerentes, muitas vezes expressando defeitos do próprio indivíduo, enquanto ser humano e passível de falhas e erros. Nesse sentido:

Qualquer teoria plausível da autonomia centrada na integridade deve fazer uma distinção entre o objetivo geral ou o valor da autonomia, por um lado, e suas consequências para uma determinada pessoa em uma situação específica, por outro. A autonomia estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas (DWORKIN, 2003, p. 319).

Aplicando-se essa concepção de autonomia centrada na integridade, Dworkin admite que, em pessoas incapacitadas, o direito de autonomia depende do grau de capacidade.

Utilizando tal teoria à limitação aqui proposta tem-se que, se a decisão de uma pessoa incapacitada ou até mesmo em estado terminal for coerente com seu estado anterior (sua vontade seria a mesma se estivesse em condições “normais”). Então, tal indivíduo detém autonomia, logo, pode se manifestar acerca do seu direito de permanecer vivo ou não. Não ocorre autonomia no caso de indivíduos com graves demências e incapacidades. Nesse caso, comunga-se com o entendimento de Dworkin, que não é devida a autonomia em tais casos – frisa-se, nesses casos e não em todos. A limitação, em paciente terminal com plena autonomia, como ocorre no Estado brasileiro, representa retrocesso no que diz respeito ao respeito à autonomia, inculcando inclusive uma espécie de tortura à imposição da vida àquele que com plena autonomia manifesta sua vontade de partir.

Inclusive, Dworkin admite a autonomia das decisões pretéritas nos casos de posterior incapacidade: “O direito de uma pessoa competente a autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariem os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida” (DWORKIN, 2003, p. 325). Têm-se aqui um dos marcos teóricos deste trabalho, no que diz

respeito à limitação da autonomia privada em situações existenciais. Muitas vezes a limitação é prejudicial e excessiva.

Valendo-se de outros ramos de expressão humana para enriquecer o debate jurídico, faz-se aqui um rápido *link* entre Direito e Cinema⁵⁵. Impende mencionar a fala final da obra cinematográfica **Mar Adentro**, que demonstra bem o sentimento de enclausuramento daquele que não dispõe da liberdade para tomar suas decisões devido às amarras do Estado:

Caros juízes, autoridades políticas e religiosas. O que é para vocês a dignidade? Seja qual for as respostas de vossas consciências, saibam que para mim isto não é viver dignamente. Eu queria, ao menos, morrer dignamente. Hoje, cansado da preguiça institucional vejo-me obrigado a fazê-lo às escondidas, como um criminoso. Saiba que o processo que conduzirá à minha morte, foi cuidadosamente dividido em pequenas ações que não constituem um delito em si mesmas, e foram executadas por diferentes mãos amigas. Apesar disso, se o Estado insistir em punir os meus ajudantes, eu aconselho que lhes sejam cortadas as mãos porque foi essa a sua única contribuição. A cabeça, quer dizer, a consciência foi provida por mim. Como podem ver, ao meu lado tenho um copo de água contendo uma dose de cianeto de potássio. Quando a beber, deixarei de existir, renunciando ao meu bem mais precioso, o meu corpo. Considero que viver é um direito, não uma obrigação, como foi no meu caso. Forçado a suportar esta penosa situação durante 28 anos, 4 meses e alguns dias. Passado este tempo, faço um balanço do caminho percorrido e não me dei conta de ter havido felicidade. Só o tempo que passou, contra a minha vontade, durante a maior parte da minha vida, será a partir de agora o meu aliado. Só o tempo e a evolução das consciências, decidirão algum dia, se o meu pedido era razoável ou não. Bem... Está calor. *Ya va* (MAR ADENTRO, 2004).

Faz-se aqui também um rápido diálogo com a teoria dos sistemas. Pela ideia de sistemas, o Direito ao decidir sobre o caráter superior do direito à vida não poderia sofrer interferência em seu sistema por outros como a religião, já que o direito, nesse caso, quer analisar a juridicidade ou não da conduta. A questão da sacralidade, da moralidade, não cabe ao direito decidir. O direito se preocupa com o que é ou não jurídico. Por esse pensamento, então, o Direito não poderia sofrer ingerência dos outros sistemas sociais, nesse sentido:

A superação do caráter paradoxal do direito à vida digna deve ocorrer coerentemente. Se o Direito cede às pressões dos demais sistemas sociais, acaba por se desdiferenciar do ambiente. A corrupção do sistema do Direito abala sua consistência, que passa a operar de forma frágil, incapaz de estabelecer, como sistema contra-fático, estabilização de expectativas. A consequência [...] é o comprometimento do Estado Democrático de Direito, que pressupõe o Direito consistente e coerente. A falta de consistência faz do

⁵⁵ Para maiores considerações acerca da relação Direito e Cinema, recomenda-se o artigo escrito por esse autor denominado “O Cinema como ferramenta no ensino jurídico”. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano6_vol1_2017_artigo09.pdf>.

sistema descrente, permissivo, incerto e instável. Perde-se a segurança jurídica (NOGUEIRA, 2007, p. 61).

Os argumentos apresentados parecem interessantes, porém, frisa-se o posicionamento deste trabalho. O Direito é um sistema e, assim como os outros, tem seus conflitos internos. O que se defende é que o Direito não resolva seus conflitos baseado puramente em pressões de sistemas externos (no caso trabalhado, principalmente da religião, tendo em vista a laicidade do Estado brasileiro, consagrada constitucionalmente). Não está se descartando a comunicação dos sistemas, no sentido de que o Direito pode-se valer dos ensinamentos e teorias de outras áreas da ciência⁵⁶. O Direito não é estanque, fechado. O que não é ideal é que pressões externas influenciem na definição da juridicidade das condutas.

Dessa forma, a decisão a respeito da disposição da própria vida, observadas as condições propostas, é jurídica, aceitando argumentos e posições da religião. No entanto, não se pode ceder puramente a esse posicionamento, pois, assim, se estaria admitindo a possibilidade da ingerência do sistema religioso no jurídico – algo que já aconteceu durante muitos anos. Porém, hoje vive-se um estado de separação entre Religião e Direito.

Assim, à guisa de conclusão deixa-se aqui bem claro o posicionamento da presente dissertação acerca da limitação da autonomia nesses casos. Defende-se uma visão pró-autonomia, no sentido de que se a manifestação da vontade é livre, cada um sabe o valor que dá a própria vida, podendo, então, dar fim à própria vida por meio de auxílio médico, não devendo o profissional da saúde ser responsabilizado. Em resumo, defende-se a legalização no Estado brasileiro da eutanásia ou do suicídio assistido nos casos em que o indivíduo pode plenamente manifestar sua vontade. Por outra ponta, nos casos em que não é possível a manifestação da vontade, defende-se que seja verificada a existência de alguma diretiva antecipada de vontade por parte do indivíduo para depois adotar o procedimento.

Em resumo, apesar da sacralidade da vida e o peso da dignidade da pessoa humana, entende-se que tal limitação à autonomia é excessiva, cabendo a cada indivíduo decidir sobre os rumos finais da sua vida⁵⁷, dentro de suas condições físicas e psíquicas para tanto. À guisa de conclusão, transcreve-se as brilhantes palavras de Dworkin:

⁵⁶ Roberto Henrique Porto Nogueira argumenta que: “Diante da polêmica do direito à vida digna, o Direito deve funcionar operacionalmente fechado, para realizar sua *autopoiesis* de maneira autorreferente. Assim, ao Direito é assegurada a possibilidade de sofrer as irritações dos demais sistemas, além de observá-los, para, internamente, utilizar seus próprios paradoxos internos para constituir-se como sistema, pois o que se inclui é tão importante quanto o que se exclui” (NOGUEIRA, 2007, p. 62).

⁵⁷ Dignas de elogios as reflexões de Ronald Dworkin quando escreve que: “É uma obviedade afirmar que vivemos toda nossa vida à sombra da morte; também é verdade que morreremos à sombra de toda nossa vida. O horror central da morte e o esquecimento — o absoluto e terrível colapso da luz. O esquecimento, porém, não é tudo; se assim fosse, as pessoas não se preocupariam tanto com a questão de suas vidas técnicas e biológicas

Contudo, ainda que possamos sentir que nossa própria dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que às vezes possamos desejar que os outros ajam como nos parece correto, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção oposta - em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é a exigência fundamental e absoluta do amor-próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame ou respeite. Dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade; achamos crucial que sejam tomadas com acerto, mas também consideramos crucial que nos mesmos as tomemos, que estejam em consonância com nosso modo de ver as coisas. Mesmo as pessoas que querem impor suas convicções a todos por meio do direito criminal, quando elas e seus colegas, que pensam do mesmo modo, são politicamente poderosos, ficariam horrorizadas, talvez a ponto de deflagrar uma revolução, se ocorresse uma inversão de sua sorte política e se vissem diante da perda da liberdade que agora pretendem negar aos demais. Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora (DWORKIN, 2003, p. 342-343).

Aproveitando a citada relação/ separação entre Religião e Direito, o próximo tópico tratará sobre tema correlato.

5.4 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA – A OBRIGATORIEDADE DA TRANSFUSÃO DE SANGUE EM DETRIMENTO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A última situação jurídica existencial trazida neste trabalho para analisar as limitações à autonomia privada é a da imposição do recebimento de tratamentos médicos em detrimento da autonomia em manifestar seu consentimento contrário por motivos de crença e religião. Primeiramente, o principal questionamento aqui é: o direito à vida sempre deve prevalecer? Ou em certos casos o direito à liberdade religiosa prevalece sobre o direito à vida para fins de consolidação da existência digna da pessoa?

terem ou não continuidade depois que se tomaram inconscientes e caíram no vazio, depois que a luz já morreu para sempre. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido” (DWORKIN, 2003, p. 280).

A princípio, tal questão era facilmente resolvida no âmbito da ponderação. Acredita-se que o direito à vida, por possuir um peso maior, deveria prevalecer, porém, modernamente não se defende de forma consensual tal pensamento.

Inicialmente, impende que sejam feitas algumas considerações acerca da seita denominada Testemunhas de Jeová. Um dos fundamentos de tal movimento religioso é a recusa em se aceitar transfusões de sangue. A justificativa para tal atitude provém dos estudos bíblicos realizados pelos seguidores dessa religião. Segundo trechos extraídos do texto bíblico, o ser humano estaria proibido de se utilizar do sangue de outros animais ou humanos – seja para alimentação ou para fins medicinais. Nesse norte de pensamento, inclusive, seria proibição feita por Deus comer carne com sangue. O sangue, assim, tem uma carga valorativa espiritual muito alta para tais seguidores. Popularmente, muitas pessoas descrevem os seguidores dessa religião de radicais ou fanáticos, mas, deve-se ter em mente que o respeito e a tolerância são fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

A liberdade religiosa está no texto constitucional, no título referente aos direitos e garantias individuais e coletivos: “art. 5º [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988). Consta ainda na Declaração de Direitos Humanos, artigo 18: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular” (ONU, 1948). Por mais exagerado ou errado que possa parecer, deve-se guardar respeito com tais dogmas religiosos, pois eles fundamentam a vida digna daqueles que os seguem. Deve-se lembrar que, para muitos, é considerada bobagem a abstenção de carne nos dias santos, segundo manda a Igreja Católica – prática essa muito comum na sociedade atual e nunca questionada. Então, qual seria o obstáculo em respeitar a autonomia daquele que, por preceitos religiosos, se recusa a receber transfusão de sangue?

Um dos argumentos que podem surgir no discurso diz respeito ao princípio da legalidade. Prevê o texto constitucional: “art. 5º [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, não há nenhum diploma legal que obrigue o paciente a se submeter a determinado tratamento, mesmo quando esteja em risco de perder a própria vida.

Não se entende aqui que a religião, nesse caso, está se sobrepondo à vida, apenas o seu seguidor recusando o tratamento que inclui a transfusão sanguínea. Qualquer outro tratamento alternativo, que não esse, é aceito pelo paciente. Isso tudo deve-se entender como

manifestação do princípio bioético do consentimento informado e do exercício da autonomia privada por parte desse indivíduo. Não se pode compará-lo àquele que quer se suicidar – nesse caso, aquele que quer dispor de sua vida. Não é o caso da testemunha de Jeová.

Na acepção religiosa, a vida é somente uma passagem, a fase espiritual, o pós-vida é outra parte de nosso ser. Para o indivíduo seguidor da religião testemunha de Jeová, em vida, praticar um ato que desrespeite seus dogmas é uma falta muito grave, podendo influenciar, inclusive no seu pós-existência em Terra. Assim questiona-se: será que impor um tratamento para salvar uma vida, não seria afrontar essa vida para não a tornar digna para aqueles que acreditam fielmente em seus dogmas religiosos? Acredita-se aqui que se deve respeitar as concepções do que seria vida digna para esses indivíduos. A imposição do tratamento não somente vai contra o princípio da autonomia privada como contra sua concepção própria de dignidade.

Na jurisprudência, encontra-se diversas decisões em favor do direito à vida ou a favor do direito à liberdade religiosa. Cita-se o Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001 do TJMG:

O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS: Agravo de Instrumento nº. 1.0701.07.191519-6/001. Comarca de Uberaba – 4ª Vara Cível. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. DECISÃO – I – Agravo de Instrumento interposto por Alan Laico Cardoso dos Santos objetivando a reforma de decisão interlocutória oriunda do juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Uberaba que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais concedeu a antecipação de tutela. Decido. Concedo ao agravante os benefícios da justiça gratuita nesta instância. Consoante se observa da inicial da ação civil pública, o agravante professa a religião denominada Testemunhas de Jeová, e, por conseguinte, seus membros não compartilham da ideia de receber transfusão sanguínea de espécie alguma. Com efeito, o ora recorrente encontra-se acometido de neoplasia do sistema linfático, e, desde 15 de junho de 2007, estaria internado no Hospital Escola de Uberaba, sob os cuidados da Dr.^a Meire Furlan Rodrigues Calil. A aludida profissional comunicou o caso ao Ministério Público, com o evidente intuito de preservar sua reputação profissional e da instituição a qual se encontra vinculada, além de também gerar a preservação da vida do agravante, na medida em que o tratamento quimioterápico nele aplicado poderá, se necessário, implicar em transfusão de sangue para impedir mal maior. No âmbito da petição recursal, pretende-se suspender o teor da decisão interlocutória que autoriza a instituição médica a “realizar todos os procedimentos médicos e hospitalares disponíveis e necessários, inclusive a transfusão de sangue”. Soa evidente que, para acolher os termos da irresignação do (f. 76) recorrente, é indispensável estabelecer os limites nos quais será feita a ponderação entre o direito à vida, à autodeterminação, a concretização do direito à liberdade de crença e a dignidade humana. É preciso considerar, ainda que em sede de cognição

sumária, que a preservação da vida humana é o valor central de toda e qualquer espécie de religião que se professe, e, para tanto, a medicina colabora de forma decisiva na medida em que desenvolve técnicas de elevado apuro para propiciar a cura ou, ao menos, minimizar os efeitos negativos que determinadas moléstias causam ao metabolismo do corpo humano. Outrossim, é preciso considerar que o Estado é laico; os valores e dogmas inerentes a cada uma das religiões que existem no país não são personalizados pelo Estado brasileiro que somente leva em consideração os vetores estabelecidos no art. 1º, CF, que, de alguma forma, repercutem no rol dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, ao determinar a autoridade judiciária que o agravante, ao submeter-se a tratamento perante o SUS para a eliminação ou retração da neoplasia do sistema linfático, sejam esgotadas todas as opções de tratamento, inclusive a transfusão sanguínea, nada mais fez do que preservar um valor maior - a vida humana - que não pode ser desprezada. Esclareço que, na implementação futura da decisão recorrida - uma vez que, pelo documento de f. 167, foi-lhe concedida alta - devem os profissionais da medicina agir no sentido de que, prioritariamente, sejam exauridos todos os meios que estiverem ao alcance da instituição pública que o tratará para evitar a transfusão sanguínea; na hipótese deste procedimento ser a única e decisiva forma de recompor sua resistência biológica em face da necessária agressão causada pela quimioterapia, ficará autorizado o facultativo e a instituição médica a proceder a transfusão. Não há, como se observa, plausibilidade jurídica na argumentação desenvolvida pelo agravante, razão pela qual descabe suspender os efeitos da decisão recorrida. - II - O caso é relevante e necessita de julgamento mais célere, razão pela qual os autos deverão seguir diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça para que o Ministério Público officie de forma definitiva e única sobre a pretensão recursal, especialmente porque a emissão de carta de ordem atrasaria demasiadamente o processamento da causa. Outrossim, encontro-me no gozo de férias no período de 16 a 30 de julho de 2007, razão pela qual eventual análise de qualquer medida de urgência poderá ser feita pelos eminentes Desembargadores Eduardo Andrade ou Geraldo Augusto, que irão compor, comigo, a Turma Julgadora. Determino ao Cartório que, independentemente, de relatório, sejam os autos incluídos na pauta de julgamento do dia 7 de agosto de 2007, e, no momento do encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, é indispensável adverti-la de que a devolução do recurso deverá ocorrer, impreterivelmente, no prazo de 10 dias ou em prazo menor, se possível. Publique-se. Belo Horizonte, 11 de julho de 2007. Des. Alberto Vilas Boas Relator \a/z Belo Horizonte, 11 de julho de 2007. DES. ALBERTO VILAS BOAS - Relator (MINAS GERAIS, 2007).

Ainda sobre as Testemunhas de Jeová, cita-se Agravo de Instrumento n. 22395/ 2006

TJMT:

TESTEMUNHA DE JEOVÁ - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM
POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE - EXISTÊNCIA DE
TÉCNICA ALTERNATIVA - TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO
- RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE -
DEVER DO ESTADO - RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA -
PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMINAR

CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresentasse como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente. (AI 22395/ 2006, DR. SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 31/05/2006, publicado no DJE 10/07/2006) (MATO GROSSO, 2006).

Outro julgado, que é interessante não somente para o presente capítulo como para o anterior sobre autonomia do paciente terminal, é o Agravo de Instrumento n. 70032799041:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/ 2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por fim, menciona-se aqui o disposto no art. 10 da Lei de Transplantes (Lei n. 9.434/97) que dispõe: “O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento” (BRASIL, 1997).

Dessa forma, apesar das divergências jurisprudenciais, pende-se aqui por uma visão pró-autonomia, principalmente devido ao disposto no art. 15 do Código Civil brasileiro que prevê que ninguém será submetido a tratamento sem o seu consentimento. Assim, entende-se que tal limitação à autonomia privada do indivíduo é abusiva, não devendo persistir na ordem jurídica e social brasileira.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, foi trabalhado o conceito de autonomia, bem como seu tratamento em vários momentos históricos. O primeiro capítulo serviu de base ideológica e filosófica para o restante do trabalho.

Após isso, foi dedicado um capítulo especificamente para o tratamento dos direitos fundamentais e sua eficácia radiante nas relações privadas. É inegável hoje o dever dos particulares de observar a incidência desses direitos em todas as suas relações. Porém, defende-se aqui que a incidência deve partir da análise do caso concreto, a fim de evitar situações de abuso.

Na sequência, adentrou-se no tratamento da limitação da autonomia privada. Deixa-se claro que o intento foi fazer uma abordagem individual das limitações à autonomia privada nas situações patrimoniais e existenciais, pois, assim, foi possível traçar a linha de pensamento sobre a limitação do Estado na autonomia privada, nesses casos. Por mais que, por vezes, possa haver contradição no trabalho, frisa-se que tais situações não podem ser tratadas de forma uniforme. Defende-se aqui uma linha de pensamento para as situações patrimoniais e outra para as situações existenciais.

Argumenta-se, na presente dissertação, que a fronteira entre o público e o privado não é exclusiva, podendo ambos coexistir e se complementar. Não significa que uma abordagem publicista do Direito deve prevalecer em todas as suas esferas e não pode admitir percepções privadas em outras esferas. Acredita-se ser este um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito: o equilíbrio entre o público e o privado. Hoje, não há que se falar mais em liberdade absoluta nem em paternalismo extremo, sendo perigosas as posições radicais de ambos os lados.

Visto isso, encara-se a limitação da autonomia privada nas situações contratuais da seguinte forma: o contrato hoje guarda um carregado caráter social em suas próprias diretrizes legais e constitucionais, assim, no que concerne às situações contratuais, defende-se a observância da função social como baliza para essas relações. Porém, não se defende uma funcionalização absoluta, devendo o contrato sempre ser encarado com seu caráter econômico, a fim de evitar um “totalitarismo publicista”. Já a propriedade comporta um caráter social mais carregado, ainda que o contrato tenha limitações expressivas em sua utilização. No entanto, da mesma forma que o contrato, defende-se o respeito à esfera de liberdade do indivíduo proprietário.

Por outra ponta, não pode ser encarada a limitação à autonomia privada nas situações existenciais, da mesma forma como tratada anteriormente. Aqui, sobressai o humano, o ser, o sentir. O Estado, de longe, não é aquele quem sabe o que é melhor para o indivíduo em tais situações. O mesmo não deve exigir um regime de bens em razão da idade do indivíduo ou de nenhum outro fator. Não deve também quem, diante de situações finais de sua existência, pretende dispor de sua vida como melhor lhe aprouver. Defende-se, portanto, neste trabalho, no que concerne às situações jurídicas existenciais, uma visão pró-autonomia. Deve o legislador se esmiuçar nesses casos de forma mínima possível, deixando ao magistrado decidir de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Analisando individualmente cada uma das situações expostas nesta dissertação, têm-se as seguintes reflexões, no que concerne às duas primeiras situações: a limitação da autonomia na definição do regime de bens para maiores de 70 anos e a limitação no momento da dissolução da sociedade conjugal expõem a visão de que as limitações são prejudiciais a qualquer indivíduo. No primeiro caso, ainda se vive um estado de inércia legislativa que afronta os estudos doutrinários e a jurisprudência atuais. Na segunda situação, como já visto, não há mais tal limitação, graças aos avanços proporcionados pela Emenda Constitucional 66/2010. Porém, tal situação foi trazida para esse trabalho para realçar os malefícios causados por uma grande imersão limitação legislativa nas relações familiares.

No que concerne à terceira situação existencial trabalhada neste texto, na limitação da autonomia do paciente em estado terminal, na delimitação do seu ocaso, foram exemplificadas duas situações que comportam interpretações diversas. Aí reside o perigo de se limitar de forma geral – seria tentar aplicar uma generalidade a casos que devem ser analisados individualmente. Quando se fala em direito à vida, esquece-se que existe um direito à morte digna e ambos são expoentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tendo como marco teórico a concepção de autonomia centrada na integridade de Dworkin, defende-se a liberdade das partes para expressar o destino final de suas vidas – mesmo que isso afronte contra seu próprio direito à vida.

A última situação de limitação extrapatrimonial exposta é a limitação da autonomia privada na imposição de procedimento médico àqueles que, por motivo religioso, preferem se abster de receber tais cuidados. Da mesma forma que a situação anterior, deve-se defender o respeito à autonomia do indivíduo, mesmo que essa situação afronte outros direitos que, diga-se, são personalíssimos.

Assim, espera-se que a presente dissertação tenha abordado de forma satisfatória acerca da autonomia privada e suas limitações. As ideias defendidas não são estanques e, com

certeza, serão objeto de constante aprofundamento e reflexão na carreira acadêmica desse autor. O estudo da autonomia deve ser constante, pois também é constante a dinamicidade das relações sociais e do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Tradução de Assis Mendonça Aachen. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

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

BARBOSA, Rogério Monteiro; PEREIRA, Welington. O poder familiar e a legitimidade da educação domiciliar: uma necessária releitura da autonomia privada no marco do Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). **Direito Civil**: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**: Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A quinta geração dos direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça, Revista do Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS**, Porto Alegre, n. 3, HS Editora, abr./ jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BONFIM, Vinícius Silva. Autonomia e Estado de Direito a partir da filosofia do direito de Hegel. In: XXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, **Livro do Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=560a6a01a9fce179>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BORGES, Janice Silveira. Princípio da Liberdade. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso Avançado de Direito Civil**. São Paulo: IOB, 2007.

BRAGUANÇA, Luiz Philippe de Orleans e. **Por que o Brasil é um país atrasado?** Ribeirão Preto: Novo Conceito Editora, 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Código Penal, **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Código Penal Militar, **Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.805/2006**, Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Código Civil, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Código de Processo Civil, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 fev. 18.

_____. **Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Estatuto das Cidades, **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. Estatuto do Idoso, **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 236, de 2012 (Novo Código Penal)**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 470, de 2013**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=596180&disposition=inline>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 158215/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 30/04/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL – 00164-02 PP-00757). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 161243 DF**, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/10/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743268/recurso-extraordinario-re-161243-df>>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201819 RJ**, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.450 SP**, Relator: Luiz Fux, Data de Julgamento: 17/08/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898450.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em 04 jan. 2018.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 81-129, jul./ set. 2004.

CASTRO, Olga de. Reflexões em Torno da Autonomia e Autonomização. **Revista do SNESup**, Lisboa, jul./ set. 2011. Disponível em:
<<http://www.snesup.pt/htmls/EFkFEZyyVuKhVISOmg.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CLEMENTE, Augusto Júnior; JULIANO, Maíra Cabral. **Do Estado moderno ao contemporâneo: reflexões teóricas sobre sua trajetória**. [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2017.

COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. 1960. Disponível em:
<<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018

COELHO, Ricardo. **A ineficácia da Súmula 377 do STF frente ao Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<https://ricardobcoelho.jusbrasil.com.br/artigos/142844238/a-ineficacia-da-sumula-377-do-stf-frente-ao-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EVANGELISTA, Paula de Almeida. **O divórcio e a Emenda Constitucional nº 66/2010**. 2015. 43 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, Conselheiro Lafaiete, 2015.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; SILVA, Marcos Alves da. A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 103-120, Brasília, jan./ jun. 2016. Disponível em:
<<http://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1671>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

_____. **Direito civil: curso completo**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, Iss. 1, 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44/>. Acesso em: 07 abr. 2018.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 6, direito de família – de acordo com a Lei n. 12.784/2013**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil brasileiro: volume 3, contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOULART, Leandro Henrique Simões. **Autonomia privada e o regime obrigatório da separação de bens para os maiores de 70 anos**. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

GUTIERREZ, Pilar L. À beira do leito. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 47, n. 2, São Paulo, abr./ jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010> Acesso em: 03 abr. 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOLANDA, **Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act**. April 1, 2002. Disponível em: <<http://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

JOHN, Michael. **The peculiarities of the German State: Bourgeois Law and Society in the Imperial Era; Past and Present**, 1988.

JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, v. 938, p. 79-155, São Paulo, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/A-Influ%C3%Aancia-do-BGB-e-da-Doutrina-Alem%C3%A3-no-Direito-Civil-Brasileiro-do-S%C3%A9culo-XX.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, Brasília, jul./ set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. v. XVI. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343.

MAR ADENTRO, Dir. Alejandro Amenabár. Sogepaq: Espanha, 2004. 1 DVD (2h e 5 min).

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJ-MT). **AI: 00223959620068110000 22395/2006**, Relator: DR. SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA, Data de Julgamento: 31/05/2006, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/07/2006). Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322686450/agravo-de-instrumento-ai-223959620068110000-22395-2006>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). **Arg. Inconstitucionalidade: ARG 10702096497335002 MG**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_ARG_10702096497335002_fc0b1.pdf?Signature=1Chd%2BVpSZwk2mfVqZb3hxx2179U%3D&Expires=1497744486&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d0cb908ba5bb0597b4e717ba71491860>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). **Processo 107010719151960012 MG 1.0701.07.191519-6/001(2)**, Relator: ALBERTO VILAS BOAS, Data de Julgamento: 11/07/2007, Data de Publicação: 13/07/2007). Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019947/107010719151960012-mg-1070107191519-6-001-2-tjmg>>. Acesso em 03 abr. 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____.; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NETO, Francisco dos Santos Amaral Neto. Autonomia Privada, **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/235/397>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. O direito à vida – seu caráter paradoxal e a proposta da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso Avançado de Direito Civil**. São Paulo: IOB, 2007. p. 85.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013. Quadrimestral. Disponível em:
<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/551/523>. Acesso em: 06 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Atualizada por Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual e. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart; GABRIEL, Fábio. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (coord.). **Direito Civil: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

POMPEU, Renata Guimarães. Considerações sobre o princípio da função social do contrato: estudo de casos à luz da análise econômica do direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (coord.). **Direito Civil: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). **Agravo de instrumento n. 70027998608**. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027998608%26num_processo%3D70027998608%26codEmenta%3D2694961+AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+SEGUROS.+PLANO+DE+SA%3%9ADE.+PEDIDO+DE+AUTORIZA%3%87%3%83O+PARA+CIRURGIA.+IMPLANTE+DE+MARCA-PASSO.+DEFERIMENTO.+PRESEN%3%87A+DA+VEROSSIMILHAN%3%87A+DA>

S+ALEGA%C3%87%C3%95ES.+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70027998608&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=22/12/2008&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). **AI: 70065995078 RS**, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 03/09/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/09/2015). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

ROMA, **Lei das XII Tábuas**. 450. A.C. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SALAMA, Bruno Meyehof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito FGV**, estudo 22, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENA, Thandra Pessoa de. A dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito e o princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes à luz do pensamento de Robert Alexy. In: **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA**, Belo Horizonte, 2015

SILVA, Eduardo Moraes Lameu. Direitos Fundamentais e autonomia privada. **Revista ATHENAS**, v. I, n. 1, Conselheiro Lafaiete, jan./ jun. 2012. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_9_eduardo.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol. 1. Tradução de Luiz João Baraúna. Nova Cultural Ltda.: São Paulo, 1996.

SYMEONIDES, Symeon. **Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't** (November 19, 2006). Festschrift für Konstantinos D. Kerameus 1397-1423 (Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers 2009). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=946007>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. **O liberalismo na Constituição brasileira de 1824**. 2008. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049092.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WEBER, Thadeu. Pessoa e autonomia na filosofia do direito de Hegel. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v. 55, n. 3, set./ dez. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/8096/5754>>. Acesso em: 22 jan. 2018.