

# CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

Roni Edson Fabro\*  
Narciso Leandro Xavier Baez\*\*

### RESUMO

A constitucionalização do direito decorre da irradiação das normas constitucionais para a legislação infraconstitucional, com a observância de seus princípios, além da despatriomonalização do Direito Civil, privilegiando-se a pessoa humana e sua dignidade. Sendo a Constituição Federal o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, a ela toda a legislação deve obediência. Os direitos fundamentais de liberdade, diretamente relacionados ao cotidiano das pessoas, mantêm estreita ligação com os Direitos Humanos e, como são previstos constitucionalmente, aplicam-se aos negócios jurídicos privados. A autonomia da vontade, considerada para que a pessoa estabeleça negócios jurídicos privados com outras pessoas, decorre do princípio da liberdade contratual e se constitui em Direito Fundamental da Personalidade. Como a autonomia privada é um dos pilares do Direito Privado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a utilização da vontade humana nas relações jurídicas privadas das pessoas, privilegiando a dignidade da pessoa humana, no âmbito dos limites constitucionais.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Direito Fundamental de Liberdade. Autonomia da Vontade.

### RESUMEN

*La constitucionalización del derecho es la irradiación de los requisitos constitucionales para la legislación constitucional, con la observancia de sus principios, más allá de despatriomonalización del derecho civil, privilegiando la persona humana y su dignidad. Dado que la Constitución Federal de la cúspide del sistema jurídico brasileño, que toda la legislación debe obediencia. Los derechos fundamentales de libertad, directamente relacionados con la vida diaria, mantienen una estrecha relación con los Derechos Humanos y como están previstos por la Constitución se aplican a los negocios jurídicos privados. La autonomía de la voluntad, la persona considerada para establecer negocios jurídicos privados con los demás, se deriva del principio de la libertad contractual y constituye un derecho fundamental de la personalidad. Como autonomía privada es uno de los pilares del Derecho Privado, el sistema jurídico brasileño prevé la utilización de la voluntad humana en las relaciones jurídicas*

\* Professor do Curso de Direito da UNOESC campus de Joaçaba(SC); roni.fabro@unoesc.edu.br

\*\* Coordenador Acadêmico-Científico do Mestrado Acadêmico em Direito da UNOESC; narciso.baez@gmail.com

*privadas de las personas, haciendo hincapié en la dignidad de la persona humana dentro de los límites constitucionales.*

**Palabras clave:** *Constitucionalización. Derecho Fundamental de Libertad. Autonomía de la Voluntad.*

## 1 INTRODUÇÃO

Os reflexos das normas e dos princípios derivados da Constituição da República Federativa do Brasil, por força do regime jurídico brasileiro, são estendidos a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Pretende-se, com o presente estudo, verificar a constitucionalização da autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Utilizando-se a prática dedutiva, o trabalho está dividido em três partes. Inicia-se com a constitucionalização do Direito, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e especialmente no aspecto concernente aos direitos e garantias individuais, quando será verificado o fenômeno e suas implicações no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Em segundo lugar, ainda com o estudo do texto constitucional, haverá a necessidade de se analisar, mesmo que brevemente, a abrangência dos Direitos Fundamentais de Liberdade(s), inclusive sua ligação com os Direitos Humanos e a conseqüente relação com os negócios jurídicos privados.

Na continuação, o instituto da autonomia da vontade será estudado, com algumas especificidades e verificando-se uma noção mínima, na busca de sua natureza jurídica.

Objetiva-se, com o estudo específico dos regimes da Constituição Federal e do Código Civil, averiguar a ligação entre os sistemas, em que contexto a autonomia da vontade se situa e quando pode ser utilizada pelo indivíduo.

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil data de 5 de outubro de 1988, enquanto que o Código Civil em vigor – Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002, o é desde 11 de janeiro de 2003, por conta da *vacatio legis* de um ano, consoante seu art. 2044<sup>1</sup>. Foi revogado o Código Civil anterior – Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916 e a Parte Primeira do Código Comercial – Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, também conforme o art. 2045<sup>2</sup> do atual Código Civil.

<sup>1</sup> Art. 2044. Este Código entrará em vigor um ano após a sua publicação. In *Vade Mecum Universitário RT*. 5.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 533.

<sup>2</sup> Art. 2045. Revogam-se a Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. *Ibid.* p. 533

A base legal do ordenamento jurídico brasileiro é o texto constitucional. Representa o nível legal hierárquico mais elevado e ao qual toda a legislação deve obediência. Sua inobservância macula a letra da lei, denominada inconstitucional, que é alijada do ordenamento jurídico, por conta da contrariedade à Lei Maior.

O Direito Constitucional, ramo do Direito Público, por um lado e de forma abrangente, cuida do estudo dos princípios e da norma fundamental – Constituição, enquanto que o Direito Civil, essencialmente Direito Privado, de forma genérica e por outro lado, trata da pessoa, da regulação de suas relações com outras pessoas e destas para com seus bens. A relação entre os dois ramos do Direito – Constitucional e Civil – é tema recorrente e prescinde de análise.

O Direito Civil, para Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>3</sup> (2003, p. 197), “... sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele.”

Partindo-se do princípio elementar de que a Constituição deve nortear todo o ordenamento jurídico de um sistema legal, o atual Código Civil deve estar adequado às determinações constitucionais. Importante salientar que a denominada Constituição Cidadã elencou um vasto rol de direitos às pessoas<sup>4</sup> e que sua presença é mais constante no cotidiano do que as cartas anteriores, considerando-se, obviamente, que os tempos mudaram e o Direito, dinâmico, deve observar as mudanças sociais que ocorrem no decorrer dos tempos. Importante salientar também que, por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, através das discussões inerentes e com elaboração do texto final, que culminou com a promulgação da atual Constituição da República, houve a promoção da transição de um estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

A interpretação do Código Civil, ainda conforme Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>5</sup>, mudou de forma substancial, pois deve ocorrer segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil, como ocorria em tempos pretéritos. Nessa alteração de atitude, especificamente acerca da constitucionalização, fenômeno mais recente, afirma que se trata de um “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais ao direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.”

Insta observar que a Constituição em vigor e o Código Civil atual foram determinantes para uma significativa alteração interpretativa de ambos os textos, por conta, essencialmente, dos novos dispositivos constitucionais e, em especial, pelo princípio da digni-

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217. O autor prossegue (p. 198), mencionando a necessidade de “não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos”.

<sup>4</sup> Vide o *caput* do art. 5º, seus 78 incisos e 4 parágrafos, da Constituição Federal (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 198.

dade da pessoa humana, constante do art. 1<sup>o</sup>, III, da Constituição brasileira, adotado por modernas Constituições e que, ainda segundo Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>7</sup>, deve “... repor a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”

Também mencionando a denominada “mudança de atitude” preconizada por Paulo Luiz Netto Lôbo, na interpretação do Código Civil à luz da Constituição Federal, Amir José Finocchiaro Sarti<sup>8</sup> (2003, p. 35), ao tratar da constitucionalização do direito civil, estabelece que se trata da “migração de regras e institutos básicos do Direito Civil para a Constituição, de onde retornam para a legislação ordinária, especialmente para o Código Civil, iluminados pelos valores e princípios nela consagrados”.

Luís Roberto Barroso<sup>9</sup> (2005, p. 24) faz referência à “locução *constitucionalização do Direito*”, de uso recente, comportando sentidos vários e poderia caracterizar, *v.g.*, “qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia.” Afirma que: “a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

Na conclusão do estudo, tratando do novo direito constitucional, da força normativa da Constituição e da expansão da jurisdição constitucional, com novas categorias interpretativas, Luís Roberto Barroso<sup>10</sup> deixa seu recado:

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico,

<sup>6</sup> Art. 1<sup>o</sup>. 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; *Ibid.* p. 15.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 206. O Autor continua, afirmando que: “O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira da adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.”

<sup>8</sup> SARTI, Amir José Finocchiaro. A constitucionalização do direito civil. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 312(51)32-8, out 2003. O Autor também esclarece que a mudança de atitude (p. 33) “... deve ser entendida num sentido muito mais substancial, em consequência da migração de regras e institutos básicos do Direito Civil - notadamente a *família*, a *propriedade* e o *contrato* - para o seio da Constituição, onde ganharam assento e novo fundamento de validade, reclamando uma releitura, compatível com os valores e os princípios nela consagrados.”

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, 33(7)13-54, set/out 2005. Há menção expressa à interferência, do que o Autor denomina de repercussão da constitucionalização, nas esferas dos três poderes e, notadamente, nas relações entre particulares (p. 25): “Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização I) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e II) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente I) limitar-lhe a discricionariedade e II) impor a ela deveres de atuação, ainda III) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, I) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como II) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-as a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.” São discutidos, no mesmo estudo, alguns aspectos da constitucionalização do Direito especialmente no Direito Civil, no Direito Administrativo e no Direito Penal, bem como a judicialização das relações sociais. Importante ressaltar que, quanto à constitucionalização do Direito Civil, dois daqueles aspectos são especialmente ressaltados pelo Autor: o princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.”

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 53-4.

notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

No que diz respeito à influência dos direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações privadas, Pedro Paulo Barradas Barata<sup>11</sup> (2009, p. 186-7), mencionando a oposição ao Poder Público, ressalta, com peculiaridade, o que a doutrina convencionou tratar por constitucionalização do Direito Privado: “... tem como uma de suas consequências a incorporação de direitos e garantias fundamentais como nota dominante a ser observada pelos particulares nas relações mantidas entre si, nas quais, em certa medida, não haveria espaço de interferência do Estado”.

Mais adiante, menciona que a constitucionalização do Direito se manifesta por duas maneiras<sup>12</sup>: “... à presença da Constituição no Direito Privado, marcada substancialmente pelos reflexos da Constituição na produção legislativa e na interpretação judicial das normas jurídicas”, além da “presença do Direito Privado no próprio texto constitucional.”

Convém salientar, pela oportunidade que se apresenta, mais uma vez, que a Constituição da República, como norma de hierarquia superior, produz reflexos do Direito Constitucional sobre as relações particulares, considerando o seu poder legal de condicionamento de eficácia e de validade das outras normas que compõe o ordenamento jurídico (normas de Direito Privado). A normativa constitucional, na qualidade de norteadora da produção legislativa, inclusive de Direito Privado, também tem poder condicionante na interpretação judicial das leis, que deve obediência ao texto constitucional<sup>13</sup>.

A par do que já foi dito acerca do fenômeno da “constitucionalização do direito”, Gustavo Tepedino<sup>14</sup> (2003, p. 127), após inúmeras considerações teóricas, especialmente quanto ao (novo) Código Civil e à intervenção por parte do Estado em diversos ramos do direito privado, com alterações na técnica legislativa, dedica atenção à matéria:

<sup>11</sup> BARATA, Pedro Paulo Barradas. A Constituição e o Código Civil: reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 37(10)185-208, jan/mar 2009. No final do tópico, o Autor explica as consequências da constitucionalização (p. 188): “Ao fazê-lo, tal fenômeno contribui para a consolidação de uma ordem jurídica mais homogênea e consistente, propiciando no âmbito das relações intersubjetivas que a norma que ocupa o topo do ordenamento jurídico irradie seus efeitos sobre as normas que lhe são inferiores”.

<sup>12</sup> Ibid. p. 194. Quanto ao segundo aspecto – presença do Direito Privado no texto constitucional, o Autor prossegue, dizendo que: “... a Constituição Federal brasileira, até mesmo em virtude de sua extensão e abrangência, incorporou em seu texto uma série de dispositivos reservados ao Direito Civil.”

<sup>13</sup> Ibid. p. 194-5.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-30.

Constitucionalização do direito civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática forjada pela Escola da Exegese, que pode ser a cada momento *purificada* ou *atualizada*, mas uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o direito civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta.

Reafirma, adiante, a proteção à pessoa humana, porquanto a Constituição Federal de 1988 seria<sup>15</sup> “... responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso, todas as formulações conceitualistas que idealizavam o direito civil como estatuto das relações patrimoniais.” Apesar do avanço constitucional, Gustavo Tepedino<sup>16</sup> qualifica o novo Código como retrógado, demagógico e obsoleto, considerando que “... mais de 2000 artigos do novo diploma, retratam o descompasso entre o texto aprovado e a realidade social.”

Ao final do estudo de Gustavo Tepedino<sup>17</sup>, sua mensagem: “À doutrina, aos advogados, ao Ministério Público e ao Judiciário incumbirá a espinhosa tarefa de temperar o desajuste legislativo, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo.”

O primado da pessoa humana, despatrimonializando o direito civil, também pode ser verificado nos estudos de Eugênio Facchini Neto<sup>18</sup> (2010, p. 56-7), quando trata do sentido moderno da constitucionalização do direito privado, sob dois enfoques: “No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc) passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. (...) Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com

<sup>15</sup> Ibid. p. 128.

<sup>16</sup> Ibid. p. 128 e 130. O Autor continua tecendo críticas ao Código Civil: “O novo Código nasce velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988. Ressalte-se ainda que, também do ponto de vista técnico, o Código já surge obsoleto. Alguns exemplos: os direitos da personalidade foram regulados de maneira tímida e tipificadora, nos arts. 11 a 21, seguindo doutrina que teve os seus dias de glória nos anos 60, desconhecadora da cláusula geral de proteção da pessoa humana que viria a ser corporificada na Lei Maior. (...)”

<sup>17</sup> Ibid. p. 130. Uma nota otimista encerra o texto: “Felizmente a *mens legis* não se confunde com a *mens legislatorum*, e na hierarquia dos valores normativos os profissionais do direito saberão identificar a dignidade da pessoa humana e as situações jurídicas existenciais como o grande norte interpretativo a definir os conflitos de interesse surgidos sob a vigência do novo Código Civil.”

<sup>18</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75. Quanto ao primeiro enfoque (p. 56), “é o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de *relevância constitucional das relações privadas*.” O Autor relaciona ainda extenso rol exemplificativo, não exaustivo, especialmente da Constituição Federal: art. 5º, XVII a XXI, XXVI a XXX, XXXII, XLV, LIV, LV e LVI, LIX, LXXV, LXXVI, art. 170, art. 182, art. 183, art. 191, art. 226, art. 227 e arts. 229 e 230, dentre outros dispositivos. Quanto ao segundo enfoque (p. 57-8), entende “mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área de direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição. Desta forma, o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna vários princípios (mas também algumas regras) tipicamente de direito privado, faz com que todo o direito privado, naquilo que é atingido potencialmente por tais princípios, deva ser interpretado em conformidade com a Constituição.”

a expressão constitucionalização do direito civil, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisas e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme a Constituição, etc.”

A evolução do direito civil, privilegiando a dignidade da pessoa humana é a tônica da conclusão do trabalho de Eugênio Facchini Neto<sup>19</sup> e está bem adequado ao estudo ora proposto:

Do ponto de vista das estruturas dogmáticas do Direito objetivo, percebe-se uma evolução no sentido da despatrimonialização do direito civil, em função do advento do correlato movimento em prol de sua repersonalização, ou seja, a tutela das situações patrimoniais deixa de ser o centro das preocupações jurídicas, pois, a partir de uma visão constitucionalizada do direito privado, a primazia passa para as situações não patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade humana.

Esclarecida, pelo menos com alguns poucos conceitos, a questão da constitucionalização do direito, que clama pela primazia do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, com a devida valorização da pessoa, os chamados direitos fundamentais de liberdades precisam ser visitados.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADES

Feitas breves considerações acerca da Constitucionalização do Direito, a ligação de seus preceitos com a percepção da relação existente entre a autonomia<sup>20</sup> e a liberdade é de fundamental importância ao presente estudo.

No que diz respeito aos interesses privados, com abrangência de situações infinitamente maior que os interesses públicos, por conta das possibilidades de negócios jurídicos oferecidas pelo Direito Civil, a menção ao contrato, à autonomia e à liberdade que Sérgio Said Staut Júnior<sup>21</sup> (2002, p. 278) faz, é pertinente: “O contrato, em certa medida, representa o espaço privilegiado de inter-relação entre indivíduos no direito. Através desse instrumento jurídico, o trânsito jurídico e econômico dos bens (e dos serviços) em uma determinada

<sup>19</sup> Ibid. p. 70. No parágrafo final do trabalho (p. 71-2), o Autor também deixa sua mensagem filosófica, mas de otimismo singular: “Auxiliar na construção de um Brasil mais justo e solidário, com vida em abundância para todos, como queria Cristo, ou com vida digna para cada um, como desejou o constituinte, pode parecer sonho, algo muito distante, ou uma utopia. Concedendo que seja um sonho: como vamos realizar nossos sonhos se não os tivermos sonhado primeiro? Concedendo que seja algo muito distante: que tristes seriam os caminhos se não fora a presença distante das estrelas!, como lembrava Quintana. Seria quiçá uma utopia? Recordemos então Eduardo Galeano, que comparava as utopias ao horizonte: se eu avanço um passo, o horizonte recua um passo; se eu avanço dois passos, o horizonte recua dois passos: eu avanço cem metros, o horizonte recua cem metros; eu subo a colina, e o horizonte se esconde atrás da colina seguinte. Mas então, perguntava ele, para que servem as utopias? Servem para isso, para nos fazer caminhar!”

<sup>20</sup> A autonomia, da vontade especialmente, será objeto do próximo item deste estudo, razão pela qual não haverá, neste item, um aprofundamento sobre sua natureza jurídica.

<sup>21</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-88. O Autor (p. 279), prosseguindo em seu novo olhar sobre os dois Contratos, esclarece ainda: “Assim, percebe-se que é através do contrato privado que o contrato social, utilizando desse instrumento, tem a intenção (ou o efeito) de balizar, regulamentar, dirigir e controlar grande parte desse poder disperso e diluído na sociedade, pois, o contrato privado é, também, uma forma de poder atribuído e controlado pelo contrato social.”

sociedade é regulamentado, estimulado e garantido. Nessa concepção, é através de relações contratuais que os indivíduos podem exercer a sua liberdade e a sua autonomia. Por meio da relação contratual os indivíduos estabelecem obrigações, vínculos e sujeições.”

Ainda no binômio autonomia-liberdade, para Fernanda Borghetti Cantali<sup>22</sup> (2009, p. 207), “Autonomia se confunde com a liberdade em um sentido amplo, decorrente da capacidade de autodeterminação dos interesses pessoais, mesmo que isso imponha restrições aos próprios direitos fundamentais, já que garantida como uma dimensão da própria dignidade.”

A personalidade também prescinde de alguma descrição, pela sua relação direta com a condição humana. Gustavo Tepedino<sup>23</sup> (2008, p. 28) a considera sob dois pontos de vista:

Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas.

De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por arte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

A relação entre liberdade e sua positivação na Constituição é trabalhada por Isaac Sabbá Guimarães<sup>24</sup> (2010, p. 145), seja mencionando as linhas verticais e horizontais, seja representando segurança jurídica:

Em suma, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os do povo, em linha vertical, entre o povo e a *auctori-*

<sup>22</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Continua a autora (p. 210): “Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular. Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido por “coordenadas gerais”, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrária à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva).”

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Ainda segue o autor (p. 29): “Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.”

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de Liberdade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 72(18)97-150, jul/set 2010. A liberdade do homem é relevante para o autor (p. 144), quando afirma “... que qualquer homem é cômico de suas liberdades e o regime de governo que se pretenda legítimo terá de pautar-se pelo respeito aos direitos de liberdade”.

*tas*; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é ainda, para nossa cultura jurídica pelos menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por consequência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

Gerson Luiz Carlos Branco<sup>25</sup> (2011, p. 237) relaciona liberdade à Constituição com direitos da personalidade, pois “... a liberdade enquanto permissão constitucional de que os particulares decidam como exercer ou não os direitos inerentes à personalidade é a expressão da autodeterminação, direito fundamental inalienável que, em determinadas áreas de nossa vida, não pode ser suprimido sem que ocorra a violação dos próprios direitos da personalidade.”

A noção de direito(s) fundamental(is) também é necessária, haja vista que trata-se de preceito constitucional da maior importância ao cotidiano das pessoas e ao presente estudo. George Marmelstein<sup>26</sup> (2013, p. 17) conceitua direitos fundamentais como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”

Uma noção prévia de direitos humanos, umbilicalmente ligados à dignidade humana, em sua dupla dimensão – básica e cultural, é utilizada por Narciso Leandro Xavier Baez<sup>27</sup> (2010, p. 28) para, em âmbito global, manter a condição da pessoa ao indivíduo sujeito de direitos, papel primordial dos direitos fundamentais:

Os direitos humanos que têm por base a dignidade humana em sua dimensão básica são universais, nesse nível de atuação, pois constituem um conjunto de normas que impedem a redução do indivíduo à condição de objeto ou, ainda, a diminuição de seu *status* como sujeito de direitos. (...) Por outro lado, os direitos humanos que vêm sendo reconhecidos e implementados lentamente, ao longo da história, como forma de realização da dignidade humana, em sua dimensão cultural, são aplicados e desenvolvidos de forma assimétrica, de acordo com as peculiaridades culturais de

<sup>25</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2001. p. 227-44.

<sup>26</sup> MARMESLSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013. O autor (p. 18) ressalta, ainda, que: “Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.”

<sup>27</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editora, 2010. p. 15-32. Importante salientar, também, exemplos da dimensão básica da dignidade humana (p. 28), bem como a diversidade cultural da humanidade (p. 29), respectivamente: “Nesse patamar de atuação tem-se, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, pois materializam formas de preservação do ser humano como um fim em si mesmo. (...) Nesse nível de análise não se pode censurar ou medir as diversas práticas de realização da dignidade humana, muitas vezes antagônicas de uma cultura para outra, pois elas representam formas próprias de atendimento das necessidades que surgem ao longo da história, resultado da exteriorização da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem.”

cada grupo, considerando os valores morais por eles elegido para reger sua convivência social. (...) Nesse contexto, cabe aos direitos fundamentais, como agente de realização dos direitos humanos, a difícil tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro das ordens jurídicas internas dos países que os acolhem, para o respeito, restabelecimento ou reparação dos bens jurídicos que compõem o seu valor nuclear fundamental, ou seja, a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Em outra obra, na conclusão de um apanhado histórico relacionado pelo mesmo Narciso Leandro Xavier Baez<sup>28</sup> (2012, p. 60), a menção aos direitos humanos fundamentais é pertinente ao estudo: “Por tudo que se viu ao longo desse trabalho, pode-se afirmar que os direitos humanos fundamentais não são criação de uma única cultura ou civilização, pois todas as manifestações religiosas e filosóficas registradas, desde os primórdios da humanidade, mostram a predisposição histórica do homem para o respeito ao próximo e o reconhecimento de que os indivíduos são detentores de certos direitos inalienáveis. Essas prerrogativas aparecem tanto em forma de limites das ações dos demais membros do meio social quanto como deveres de proteção e solidariedade uns com os outros.”

A necessária diferenciação objetiva entre direitos humanos e direitos fundamentais é enfatizada por Anderson Schreiber<sup>29</sup> (2013, p. 13), quando também menciona em que consistem os direitos da personalidade:

Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direitos fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

A constatação, a partir do que já foi exposto, é de que os direitos humanos possuem caráter universal e dizem respeito à condição do indivíduo pelo simples fato de ser pessoa humana. Corolário dos direitos humanos, internacionalmente reconhecidos, surgem os direitos fundamentais, que estão relacionados dentro do contexto de um ordenamento jurídico, ou seja, positivados. No Brasil, os direitos fundamentais constam expressamente da Constituição da República, especificamente no já mencionado art. 5º. Os direitos da per-

<sup>28</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIÚNCULA, Marcelo (Orgs.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficáciais*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012. p. 15-71. E continua: “Elas expressam um sentimento de justiça que é tão presente nos seres humanos que a sua ausência gera uma sensação de injustiça e revolta, culminando com as insurreições, revoluções e guerras registradas ao longo da história, como ocorreu nas quedas do Império Romano, do Império de Napoleão Bonaparte, do Fascismo e do Nazismo, apenas para citar alguns exemplos.”

<sup>29</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

sonalidade, por sua vez, relacionam-se diretamente com as práticas das pessoas quando celebram negócios jurídicos com outras pessoas, ou seja, surgem notadamente nas relações privadas, praticadas entre indivíduos, de caráter eminentemente particular.

Especificamente sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Wilson Steinmetz<sup>30</sup> (2004, p. 82), além de colocá-los como uma categoria especial de direitos, afirma que os direitos fundamentais operam como limitadores do poder estatal, notadamente acerca do aspecto vinculacional, com relevância digna de nota: “É estrita e forte porque emana, direta e imediatamente, da Constituição como fonte normativa fundamental e de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. É mais abrangente porque estende-se também, e sobretudo, ao Poder Legislativo. Em suma, agora os direitos fundamentais, como direitos de defesa – direitos civis e políticos, isto é, direitos de liberdade – operam como *reais* limites aos poderes públicos.”

A dignidade da pessoa humana é mais uma vez mencionada quando José Antônio Peres Gediél e Rosalice Fidalgo Pinheiro<sup>31</sup> (2009, p. 73) tratam dos direitos da personalidade no contexto constitucional: “A menção à dignidade essencial da pessoa revela-se como a cláusula geral que confere permissão à entrada dos direitos da personalidade nas Constituições. Despindo-se dos contornos individualistas, que o cercavam, e revestindo-se de um sentido de solidariedade social, os direitos da personalidade constitucionalizaram-se. Trata-se de depositar (*sic*) no princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado pelas Constituições, a moldura constitucional que integra os direitos da personalidade como direitos fundamentais.”

Ainda sob o aspecto dos direitos da personalidade, convém salientar que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 elenca, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, especialmente em seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5º, conforme referência anterior, extenso rol de direitos fundamentais da personalidade, *v.g.*, do qual sobressaem, do já mencionado art. 5º<sup>32</sup>, *caput*, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade; no inciso I<sup>33</sup>, o direito ao tratamento igual; no inciso II<sup>34</sup>, o direito

<sup>30</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Um pouco mais além, prossegue o autor (p. 83): “... é preciso enfatizar que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além de ser uma imposição da Constituição, é um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais além de relevância constitucional tem relevância social.”

<sup>31</sup> GEDIÉL, José Antônio Peres e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade. In: CONRADO, Marcelo e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito Privado e Constituição*: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61-85. Prosseguem os autores: “Atenta-se, ainda, para o direito geral da personalidade que estabelece uma relação de assimilação entre ambos. A jusfundamentalidade, desenhada pela Constituição aos direitos da personalidade, ensaia a dimensão pública desses direitos, rompendo-se com uma tradição privatista. Aponta-se para a necessidade técnica de colocá-los no topo da hierarquia normativa, ao lado de direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, rompe-se com a dicotomia público e privado, que dissipava a tutela desses direitos, unificando as categorias de sujeito de direito e cidadão.”

<sup>32</sup> Art. 5º, *caput*. 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: Ibid. p. 16.

<sup>33</sup> Inciso I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Ibid. p. 17.

<sup>34</sup> Inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; Ibid. p. 17.

geral de liberdade; no inciso IV<sup>35</sup>, o direito à liberdade de expressão; nos incisos VI<sup>36</sup> a VIII, as autonomias religiosa, política e filosófica; no inciso X<sup>37</sup>, o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem; nos incisos XI<sup>38</sup> e XII, o direito à privacidade. Além dos incisos relacionados, o § 2<sup>o</sup><sup>39</sup> do dispositivo amplia os direitos da personalidade para o direito à identidade biológica e ao nome.

O Código Civil também normatiza os direitos da personalidade, especificamente na Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Naturais, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, nos arts. 11<sup>40</sup> ao 21. O corpo humano, com o direito à integridade física, é tratado nos art. 13 a 15; o direito ao nome, no art. 16; o direito à honra e à vida privada, nos arts. 20 e 21, enquanto que as cláusulas gerais podem ser vislumbradas nos arts. 12 e 21.

Identificados em que se constituem os Direitos Fundamentais de Liberdade(s), expressos na Constituição da República, cujos desdobramentos podem ser considerados Direitos da Personalidade, a autonomia da vontade deve ser contextualizada.

<sup>35</sup> Inciso IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; Ibid. p. 17.

<sup>36</sup> Inciso 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;

Inciso VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

Inciso VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; Ibid. p. 17.

<sup>37</sup> Inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Ibid. p. 17.

<sup>38</sup> Inciso 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;

Inciso XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; Ibid. p. 18.

<sup>39</sup> § 2<sup>o</sup>. 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. Ibid. p. 24.

<sup>40</sup> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Ibid. p. 267-8.

### 3 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade, mesmo que já ampla e largamente discutida, não tem um conceito estanque, pronto e tão pouco imutável. Ao longo da história da sociedade humana, em seus vários matizes, recebeu diversas influências, o que proporcionou variações em sua definição, de acordo com o dado momento histórico em que se lhe exigiu clareza de conteúdo.

A autonomia da vontade surge quando uma pessoa estabelece determinado negócio jurídico com outra pessoa, para constituir uma relação jurídica privada que atenda a determinada necessidade, com a observância dos preceitos legais.

Constitui-se na liberdade de contratação, na condição de efetivo direito à liberdade e o poder estatal não deve obstar as contratações que as pessoas pretendem fazer, mas proporcionar condições para o pleno exercício da autonomia da vontade, criando mecanismos para evitar injustiças e abusos.

Ressalte-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, a partir de seus arts. 1<sup>o</sup><sup>41</sup>, IV, e 170<sup>42</sup>, consagra a livre iniciativa, especialmente quando é prevista a liberdade contratual, além do que o já mencionado art. 5<sup>o</sup><sup>43</sup>, II, também da Constituição, serve como fundamento constitucional da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante salientar que a autonomia da vontade guarda relação direta com o negócio jurídico, ou seja, o acordo entre partes que possuem um objetivo determinado e comum, para adquirir, modificar ou até mesmo extinguir algum direito, no contexto da vontade das pessoas envolvidas<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Art. 1<sup>o</sup>. 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:

IV - OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA; IBID. P. 15.

<sup>42</sup> 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Ibid. p. 116.

<sup>43</sup> No presente estudo, a tônica é a autonomia da vontade da pessoa natural, por conta da sua diferença para com a pessoa jurídica, já que, em situações determinadas, têm tratamento também distinto.

<sup>44</sup> Na dicção do art. 104, do Código Civil Brasileiro:

A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. Ibid. p. 281.

A partir do entendimento de outros autores, Taisa Maria Macena de Lima<sup>45</sup> (2003, p. 243) chega a oito princípios fundantes do Direito Civil. Dois deles interessam ao presente estudo: o princípio da personalidade e o princípio da autonomia da vontade – o primeiro e o segundo, respectivamente.

No princípio da personalidade, há uma distinção entre personalidade em sentido subjetivo e personalidade em sentido objetivo. No tocante ao aspecto subjetivo, para a autora<sup>46</sup>, “... a personalidade designa a aptidão genérica para ter direitos e obrigações na ordem civil, o que inclui tanto as pessoas físicas ou naturais como as pessoas jurídicas.” No que tange ao aspecto objetivo, a autora<sup>47</sup> menciona que “... a personalidade é o objeto do direito, resultando daí os chamados direitos de personalidade”, com íntima ligação à dignidade da pessoa humana.

O princípio da autonomia da vontade<sup>48</sup>, por sua vez, implica na “... resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz.”

Importante também, para o entendimento da autonomia da vontade, clareza e objetividade sobre o que vem a ser autonomia. Para Érico de Pina Cabral<sup>49</sup> (2004, p. 85): “*Autonomia* significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de *heteronomia*, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia.”

Na sequência do entendimento fracionado da locução *autonomia da vontade*, o autor<sup>50</sup> trata do vocábulo vontade, que “... vem do latim: *voluntas*, significava desejo, ato de querer. Vontade é a faculdade que tem o ser humano de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos.”

<sup>45</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241-58. À guisa de ilustração, os outros 6 princípios compreendem, em ordem crescente, do terceiro ao oitavo: princípio da liberdade de estipulação negocial, princípio da propriedade privada, princípio da proteção familiar, princípio da legitimidade da herança e do direito de testar, princípio da responsabilidade e princípio do solidarismo social.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 244.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 247.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 248. A autora prossegue: “Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões, tais como: a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras.”

<sup>49</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004. Em momento imediatamente anterior, o autor (p. 84), menciona que: “O vocábulo *autonomia* vem do grego *autos + nomos* e significava independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias; direito de reger-se segundo leis próprias, em regime de liberdade e independência; faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições de outrem. Etimologicamente, *autonomia* significa o poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da própria conduta. Isto é, *autonomia* é a capacidade de governar-se com as próprias regras.”

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 90-1. Continuando, “a vontade é uma representação do querer do homem, que exercita uma faculdade em direção a um fim ou valor. Quando direcionada para um fim, a vontade torna-se um fenômeno que interessa a várias ciências, dentre as quais, a psicologia, a ética, a filosofia e o direito. Para o direito, a vontade tem especial importância, eis que é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. Se, através de alguma ação, for manifestada em consonância com os preceitos legais, pode produzir determinados efeitos, como os de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.”

A partir do modelo de contrato moderno, Lucimar De Paula<sup>51</sup> (2008, p. 83) oferece um sinônimo, contundente, para o princípio da autonomia da vontade, “... também chamado de princípio da liberdade contratual, que se traduz no poder de escolha que as partes contratantes possuem para indicar o sujeito, o objeto e o conteúdo desse contrato e na obrigação absoluta do cumprimento do, então, acordado, não podendo, nem mesmo o estado, na figura do Juiz, intervir nessa relação contratual, seja ela justa ou não.”

Importante mencionar que, no decorrer do estudo da autora<sup>52</sup>, há expressa alusão à Constituição Federal de 1988, a partir da qual o princípio da autonomia da vontade estaria de “vestes novas” e que somente “haverá autonomia da vontade nos exatos limites impostos pela Carta Magna.”

Ao estabelecer uma conexão entre autonomia e negociação, para Pietro Perlingieri<sup>53</sup> (2007, p. 19) “A autonomia se apresenta, no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação.” Mais adiante, o autor<sup>54</sup> manifesta a existência do controle da autonomia pelas normas constitucionais: “Também o poder da autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.”

Também acerca do denominado princípio da liberdade contratual, J. Miguel Lobato Gómez<sup>55</sup> (2006, p. 244) faz referência direta à autonomia da vontade, pois “... o princípio de liberdade contratual e o princípio de obrigatoriedade do vínculo são vistos como corolário do princípio de autonomia da vontade espontânea, livre e soberanamente expressada, segundo o qual a pessoa fica vinculada pelas obrigações que ela, de forma completamente voluntária, assumiu.”

Insta observar, considerando o que já foi dito, se existe semelhança entre autonomia da vontade e autonomia privada. Para Carlos Alberto Mota Pinto<sup>56</sup> (2005, p. 102), ao

<sup>51</sup> DE PAULA, Lucimar. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual*. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p. 73-96. Para chegar ao conceito mencionado, a autora faz um breve apanhado histórico, citando o Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, o Código de Napoleão, a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, além do Estado Liberal e a autonomia da vontade na ética de Kant (ps. 77-82).

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 93.

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Na sequência do parágrafo, o autor discorre, de forma sucinta, sobre a negociação: “A negociação apresenta-se cada vez mais com técnicas e formas diversificadas, de modo a excluir que se possa construir uma figura negocial unitária – representada por uma disciplina comum –, mas, na realidade, individuada exclusivamente com base naquela ditada para o contrato e considerada compatível com qualquer outro ato.”

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 277.

<sup>55</sup> GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v.2. p. 241-73.

<sup>56</sup> PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. O autor esclarece, em nota de rodapé (99), que *esfera jurídica* entende-se como “o conjunto das relações jurídicas de que uma pessoa é titular” e prossegue: “Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu meio principal de actuação. A autonomia privada também se manifesta no *poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares* – ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na <<soberania do querer>> – no império da vontade – que caracteriza essencialmente o *direito subjectivo*.”

discorrer acerca da autonomia privada e liberdade contratual, não existe diferença entre as autonomias – da vontade e privada:

O negócio jurídico é uma manifestação do *princípio da autonomia privada* ou da *autonomia da vontade*, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autoregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de *negócios jurídicos*, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.

Entretanto, há quem distinga as autonomias – privada e da vontade. Iniciando com a liberdade jurídica, ou seja, a “possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica”, Francisco Amaral<sup>57</sup> (2006, p. 345) passa pela autonomia, “esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, (...) direito de reger-se por suas próprias leis” e termina com a distinção anunciada:

Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao *poder* que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.”

Ao tratar do conceito da autonomia privada, natureza, âmbito de atuação e limites, o autor<sup>58</sup> faz mais uma distinção: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.”

<sup>57</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 345.

A diferença entre as autonomias – privada e da vontade, também é sinteticamente ressaltada por Érico de Pina Cabral<sup>59</sup> (2004, p. 111): “(...) numa visão simplista dos institutos, pode-se resumir a diferença afirmando que a *autonomia da vontade* relaciona-se com a liberdade de auto-determinação (manifestação da vontade livre) e a *autonomia privada* ao poder de autoregumentação (normas estabelecidas no interesse próprio).”

Suficientemente demonstrada em que se constitui a autonomia da vontade, resta averiguar a ligação entre os sistemas – constitucional e civil, bem como o contexto em que a autonomia da vontade se situa e quando pode ser utilizada.

#### 4 CONCLUSÃO

A autonomia da vontade faz parte do universo decisório da pessoa, essencialmente pelo fato do indivíduo ser pessoa humana, o que confere à autonomia da vontade o *status* de Direito Humano, posto que inerente ao indivíduo e previsto em ordenamentos jurídicos por todo o planeta, em menor ou maior grau. Na condição de Direito Humano, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, como se verifica a existência de Direitos Humanos Fundamentais, posto que Direitos Humanos positivados na Constituição da República, sua previsão está implícita no contexto constitucional.

Sob o aspecto do Direito Civil, a questão é recorrente, porquanto a autonomia da vontade se constitui em um dos pilares do Direito Privado, na condição de princípio fundamental de um sistema jurídico que prevê a vontade humana nas relações jurídicas e privilegia a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional inafastável. Nesse âmbito, verifica-se que a autonomia da vontade está inserida no rol dos Direitos da Personalidade, por conta das especificidades de cada pessoa, de seus interesses e de suas manifestações no mundo jurídico.

A constitucionalização do Direito Civil alçou a autonomia da vontade à condição de princípio elementar de Direito Privado protegido pelo texto constitucional e, como tal, efetivo Direito Fundamental da Personalidade, devendo ser utilizada pelas pessoas em suas relações privadas, no âmbito dos limites constitucionais.

#### REFERÊNCIAS

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

---

<sup>59</sup> Ibid. p. 111.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides. *Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editora, 2010. p. 15-32.

\_\_\_\_\_. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIÚNCULA, Marcelo (Orgs.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012. p. 15-71.

BARATA, Pedro Paulo Barradas. A Constituição e o Código Civil: reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 37(10)185-208, jan/mar 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadex, 33(7)13-54, set/out 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2001. p. 227-44.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE PAULA, Lucimar. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual*. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2008. v.1. p. 73-96.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

GEDIEL, José Antônio Peres e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade. In: CONRADO, Marcelo e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61-85.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v.2. p. 241-73.

- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de Liberdade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 72(18)97-150, jul/set 2010.
- LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241-58.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.
- MARMESLSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- SARTI, Amir José Finocchiaro. A constitucionalização do direito civil. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 312(51)32-8, out/2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p. 231-64.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-88.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-30.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Vade Mecum Universitário RT*. 5.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

