



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



PAUL HUGO WEBERBAUER

MANIFESTO POR UM DIREITO COMPROMETIDO

INTERNACIONALMENTE: *um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional*

Tese de Doutorado

Recife
2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



PAUL HUGO WEBERBAUER

MANIFESTO POR UM DIREITO COMPROMETIDO

INTERNACIONALMENTE: *um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional*

Tese de Doutorado

Recife
2011

PAUL HUGO WEBERBAUER

MANIFESTO POR UM DIREITO COMPROMETIDO

INTERNACIONALMENTE: *um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria do Direito e da Decisão Jurídica

Orientador: prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Recife
2011

Weberbauer, Paul Hugo

Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, da reformulação da atuação do Estado nas relações contratuais privadas e sua repercussão no plano internacional / Paul Hugo Weberbauer. – Recife : O Autor, 2011.

268 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito privado - Direito civil. 2. Autonomia da vontade. 3. Princípio da vontade - Direito privado civilizado. 4. Teoria do reconhecimento. 5. Autonomia da vontade - Papel do contrato. 6. Autonomia da vontade - Atuação do estado (nacional). 7. Estado - Atuação no Direito contratual. 8. Sistema 'constitucionalizado' de atuação do Estado na autonomia da vontade. 9. Um direito comprometido internacionalmente - Manifesto. 10. Direito internacional privado. I. Título.

341.9	CDU (2.ed.)	UFPE
340.9	CDD (22.ed.)	BSCCJ2011
		-034

Paul Hugo Weberbauer

"Manifesto Por Um Direito Comprometido Internacionalmente: Um Estudo Crítico Acerca Da Autonomia Da Vontade, A Reformulação Do Estado Nas Relações Contratuais Privadas E Suas Repercussões No Plano Internacional."

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e da Decisão Jurídica

Orientador: Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. Sylvio Loreto (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professor Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva (1º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professor Dr. Marcos Ferreira da Costa Lima (2º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professor Drª. Margarida de Oliveira Cantarelli (3ª Examinadora - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Professora Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (4º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Recife, 17 de outubro de 2011.

Coordenador Prof.º Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

AGRADECIMENTOS

Existem tantas pessoas à agradecer que fica difícil resumir nestas poucas linhas. Inicialmente gostaria de agradecer aos meus pais, Paul Hugo Ferdinand Weberbauer e Marly Dettmam Weberbauer, por todo o apoio que possibilitaram o meu desenvolvimento na carreira acadêmica.

Gostaria de agradecer ao professor Dr. Aurélio Agostinho da Boaviagem pela confiança e paciência na orientação durante a elaboração deste estudo, que sei que não foi fácil. Também agradecer as lições dos professores Dr. Sylvio Loreto, Dr. Bruno Galindo e Dr. Geraldo Neves nas disciplinas cursadas durante o Doutorado, lições que com certeza não serão esquecidas, externar agradecimentos especiais ao prof.Dr. Everaldo Gaspar pela paciência na correção da Tese e no debate de idéias sobre a mesma.

Sem esquecer de agradecer à Carminha e Gilka que fazem a parte administrativa da PPGD funcionar.

Não poderia esquecer de agradecer também a “turminha do café”, a professora Dra. Eugênia Barza, a doutoranda Carla Cristina Menezes e a mestra Roberta Maropo, todas contribuindo com suas opiniões sobre a presente Tese.

Encerrando, agradecer o apoio financeiro por via de bolsas tanto do CNPQ durante o meu mestrado e, agora, ao CAPES durante o meu doutorado.

RESUMO

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um direito comprometido internacionalmente:** um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, da reformulação da atuação do Estado nas relações contratuais privadas e sua repercussão no plano internacional. 2011. 268f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

A presente Tese tem como objetivo conscientizar a doutrina privatista brasileira, em especial a do Direito Civil, de que existe um necessário compromisso internacional na análise de determinados institutos do Direito Privado, cujo maior expoente é o relacionado ao princípio da vontade, conhecido pela expressão autonomia da vontade. Para atingir esse objetivo, a tese parte da premissa que o processo de constitucionalização do direito privado tem como consequência direta a ampliação da atuação do Estado nas relações contratuais privadas e resulta na manutenção do ideário nacionalista no Direito contratual, ignorando sua faceta internacional. Desta constatação, a tese adota uma metodologia historicista-internacionalista para oferecer uma análise crítica sobre esse fenômeno de constitucionalização bem como oferecer uma interpretação diferente dos principais institutos envolvidos na questão, na tentativa de substituir o ideário nacionalista dominante por um necessário comprometimento internacional, afastando a desconfiança do jurista para com os elementos extranacionais, cada vez mais presentes nas relações jurídicas particulares. Ao fim, a presente Tese deve ser considerada como um manifesto, um estudo jurídico consciente do compromisso internacional que determinados assuntos apresentam e exigem em sua análise contemporânea, cujo destaque maior é a seara dos negócios jurídicos e a autonomia da vontade.

Palavras-chave: 1. Dirigismo contratual. 2. Autonomia da vontade. 3. Contratos internacionais. 4. Constitucionalização. 5. Direito internacional privado.

ABSTRACT

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifest for an international committed private Law:** a study concerning freedom of contracts, the redesign of the Government role in contractual relations and its impact on international contracts. 2011. 268p. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

This Study is mainly a friendly warning for the Brazilian Private Law doctrine, in special the Civil branch, that in some Private Institutes exists an inherent international factor that can't be ignored, one of them the Freedom of Contracts. To achieve this goal, the Thesis begins from the observation that the process of constitutionalisation of Private Law has as direct consequence the change and extensions of the role of governments over private contracts, maintaining the National paradigm as dominant in Contractual Law and failing to acknowledge the international aspects existent. Based on this observation, the Thesis tries to mitigate this national dominating mentality and replace it with an international friendly one, making the international aspects in private relations more trustworthy in the academic law mind. In this attempt, the study adopts a historic-international methodology to elaborate an critic based re-interpretation of the main elements behind the phenomenon of Constitutionalization and its influence over Freedom of Contracts. At end, this Study should be viewed as a manifest for an international conscious law study when analyzing some Institutes, foremost when the subject of study is the Freedom of Contracts.

Keywords: 1.Role of government in contracts; 2. Freedom of contracts; 3. International contracts; 4. *Constitutionalisation*; 5. Conflicts of Law.

ABSTRAKTUM

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifest um ein Internationales bereitwilliges Recht:** ein kritisches Studium über Parteiautonomie, Eingriffsrecht durch Drittwirkung der Menschenrechte über Privatverträge und Ihren Einfluss im Internationalen Recht. 2011. 268 s. Thesis (Promotionsthesis im Recht) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Die These besteht darin, dass es durch die Neuinterpretation der Parteienautonomie eine neue Denkungsart über das Eingriffsrechts des Staates im Bereich der Verträge um die Idee geht eine internationale Pflicht im Rechtswesen zu fordern. Diese neue Konzeption des Rechtes versucht zu zeigen, dass die Extranationale Elemente nicht mit Argwohn und Ausnahmen charakter bei heutige Privatangelegenheiten wo die Verträge als Exponenten vorliegen zu betrachten sind, sondern als normaler Teil einer immer mehr globalisierten Gesellschaft existiert. Deswegen teilt sich diese These in einer kurzer Untersuchung des entstanden des „Zivilisierten“ Privatrechts; des Studium der entwicklung des heutigen Konzept der Parteiautonomie im Vertragrecht; einer Untersuchung des Effekts der Drittwirkung der Menschenrechte über das Vertragrecht und des Eingriffsrechtes des Staates; und endet mit der Äußerung einer Theorie eines Rechtswesen mit Internationalenpflicht.

Schlüsselwörter: 1. Eingriffsrecht. 2. Parteiautonomie. 3. Internationale Verträge. 4. *Konstitutionalization*. 5. Internationales Privatrecht.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ArbG – *Arbeitsgerichte* – Varas da justiça do Trabalho

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão

BAG – *Bundesarbeitsgericht* – Tribunal Federal do Trabalho

BFG – *Bundesfinanzgericht* – Tribunal Federal de Finanças

BGH – *Bundesgerichtshof* – Tribunal da Justiça Federal

BPatG – *Bundespatentengericht* – Tribunal Federal de Patentes

BSG – *Bundessozialgericht* – Tribunal Federal Social

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal

BVerwG – *Bundesverwaltungsgericht* – Tribunal Federal Administrativo

CC – Código Civil brasileiro em vigor

CDC – Código de Defesa do Consumidor brasileiro

CF / CF'88 / CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DIP / D.I.P / DIPr – Direito internacional privado

EULA – *End User License Agreement* - Acordo de licença para o usuário final

FG – *Finanzgericht* – Varas da justiça de Finanças.

GG – *Grundgesetz* – Lei fundamental / Constituição

ICC'16 – Introdução ao Código Civil brasileiro de 1916

LINDB – Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro

LAG – *Landesarbeitsgericht* – Tribunais do Trabalho do Estado

LG – *Landesgerichts* – Varas da justiça comum

LSG – *Landessozialgericht* – Tribunal Social do Estado

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OLG - *Oberlandesgerichts* – Tribunal Superior do Estado

OBVerwG – *Oberverwaltungsgericht* – Tribunal superior administrativo

SG – *Sozialgerichte* – Varas da Justiça Social

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superintendência de Seguros Privados

TER – Tribunais Regionais Eleitorais

TRF – Tribunais Regionais Federais

TRT – Tribunais Regionais do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

VerwG – *Verwaltungsgericht* – Varas da justiça administrativa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 O DIREITO PRIVADO “CIVIL”.....	2
2 A AUTONOMIA DA VONTADE E SUA EVOLUÇÃO NA CIÊNCIA JURÍDICA.....	5
2.1 Da autonomia da vontade	5
2.2 A evolução histórica da autonomia da vontade	15
2.2.1 A queda de Roma e o surgimento dos estatutos.....	15
2.2.2 O período dos glosadores: a unidade do Direito privado, a <i>Law Merchant</i> e a concepção de contrato.....	17
2.2.3 O período dos pós-glosadores: as escolas estatutárias, Dumoulin e o princípio da vontade.....	23
2.2.4 O voluntarismo e o período da soberania da vontade.....	27
2.2.5 O desenvolvimento do princípio da vontade no pensamento jurídico.....	53
2.3 A autonomia da vontade e o dogma da autonomia da vontade	69
2.3.1 As duas progressões do princípio da vontade na estrutura da Ciência jurídica.....	69
2.3.2 O princípio da vontade e o DIPr: a autonomia da vontade.....	70
2.3.3 O princípio da vontade e o Direito privado civilizado: o dogma da autonomia da vontade.....	79
2.3.4 Um exemplo de ordem prática: o artigo 9º da LNDB.....	100
3. A QUESTÃO DOS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	110
3.1 Do simples acordo à obrigação jurídica.....	110
3.2 O papel do contrato na limitação da autonomia da vontade.....	114
3.2.1 O contrato e a atuação do Direito na questão.....	114
3.2.2 Os limites da autonomia da vontade: os planos jurídicos do negócio jurídico.....	117
3.2.3 Os três conjuntos de mecanismos de limitação da autonomia da vontade.....	121
4 A ATUAÇÃO DO ESTADO (NACIONAL) NA QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	111
4.1 O Estado e a sua atuação no Direito contratual.....	111
4.2 O sistema tradicional de atuação do Estado nacional na autonomia da vontade.....	156

4.2.1 As diferentes atuações do Estado nacional.....	156
4.2.2 O sistema tradicional de atuação do Estado na autonomia da vontade.....	168
4.3 O sistema ‘constitucionalizado’ de atuação do Estado na autonomia da vontade.....	172
4.3.1 A ascensão da Constituição e a valoração social das normas jurídicas.....	172
4.3.2 A constitucionalização do Direito Civil.....	176
4.3.3 A atuação ‘constitucionalizada’ do Estado na autonomia da vontade	187
 5 MANIFESTO POR UM DIREITO COMPROMETIDO	
INTERNACIONALMENTE.....	214
5.1 Um Direito comprometido internacionalmente	214
5.2 O papel da Constituição: esboço de uma teoria de rede constitucional.....	217
5.2 O papel do Estado: a questão dos contratos <i>preterpúblicos</i>	224
5.3 O Judiciário e a judicialização do Direito contratual	230
5.4 A autonomia da vontade por um direito comprometido internacionalmente	239
 CONCLUSÃO.....	215
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	245

INTRODUÇÃO

O princípio da vontade, desde a sua primeira formulação como conceito jurídico no século XVI, continua a figurar entre um dos temas mais complicados existentes na Ciência Jurídica contemporânea, principalmente quando se desenvolveu na expressão *autonomia da vontade*. Esse conceito não só se tornou a base do Direito contratual moderno, como também é um dos principais institutos jurídicos para onde convergem o Direito nacional e o Direito internacional no ramo das relações jurídicas entre particulares.

É sob este instituto de convergência, o presente estudo procurará expor a existência de um compromisso internacional no Direito, a partir da análise da autonomia da vontade e do papel do Estado nacional e do Direito nacional sobre o campo contratual privado.

O estudo se divide em cinco partes, a procurar abordar o desenvolvimento do princípio da vontade até chegar a autonomia da vontade; delimitar os diferentes papéis do Estado nos contratos, ao inserir as influências do processo de constitucionalização do Direito privado; e, finalizando, expor um manifesto em prol de um Direito comprometido internacionalmente.

O primeiro capítulo tem por objetivo delimitar a compreensão do que significa atualmente Direito privado, bem como estabelecer como se desenvolveu a sua concepção do Direito privado e maneira como ele é concebido na atualidade. Trata-se da transformação do legado romano de Direito privado no Direito privado “civilizado” como hoje se concebe, ou seja, nomenclatura derivada da forte centralização do Direito Civil no estudo e nas instituições do Direito privado.

O segundo capítulo tem por objetivo narrar o desenvolvimento e a transfiguração do princípio da vontade em autonomia da vontade, a partir de seu caráter implícito no estudo obrigacional no Direito romano, até a elaboração de um conceito expresso de vontade, substanciado na expressão autonomia da vontade desenvolvida no século XVI e consolidada no século XIX.

Neste desenvolvimento também se insere a questão dos diferentes conceitos que surgirão na tentativa de delimitá-lo conceitualmente, desde o pensamento jurídico europeu do século XIX como nas definições que hoje existem no Direito brasileiro.

Trata-se de um caminho histórico que possui como pano de fundo o que se pode denominar de “ciclo da vontade”, narrado como a vontade de conceito filosófico, teológico e de Ciência Política era um conceito jurídico associado à liberdade das partes nos contratos e elemento de conexão do DIPr.

Esse ciclo histórico vai evidenciar a distinção existente entre a evolução do pensamento jurídico na Europa do *common Law* e do *civil Law* e averiguar como a autonomia da vontade, ou livre manifestação das partes, (entre outros termos e expressões utilizadas para descrever o princípio da vontade), de sinônimos, tornaram-se conceitos autônomos.

O terceiro capítulo vai adentrar na questão dos limites desta autonomia da vontade. Analisar-se-á como os juristas, em especial aqueles do século XIX, desenvolveram uma série de institutos jurídicos para limitar a autonomia da vontade. Para isso, utilizaram o que hoje se define como planos do negócio jurídico como limites impostos à autonomia da vontade pelo próprio Direito como Ciência, sem a influência da figura do Estado nacional.

Trata-se de elencar os limites jurídicos estabelecidos para autonomia da vontade e a servirão como determinantes para as diferentes atuações da autoridade estatal na regulamentação e pacificação de conflitos derivados do exercício da autonomia da vontade no campo do Direito contratual.

O quarto capítulo analisará as duas principais formas de atuação do Estado na função de limitar a autonomia da vontade. A primeira atuação, marcada como liberal e individualista, assemelha o Estado com a figura do avalista no cumprimento das estipulações contratuais privadas de caráter formalista; e a outra, derivada do processo de constitucionalização, é resultado de uma atuação do Estado como interventor social nas estipulações contratuais privadas.

Nesse capítulo, procurar-se-á desvendar o *dogma da vontade* que aparenta ter existido no século XIX e se analisará o processo de constitucionalização do Direito privado e suas consequências na atuação do Estado sobre a autonomia da vontade. Deu-se especial ênfase à ascensão da valoração social como um limite à autonomia da vontade e a decorrente ampliação do papel do Estado nos contratos privados.

O quinto capítulo tem por objetivo formular um conjunto de críticas sobre a nova forma de atuação do Estado preconizado pelo processo de constitucionalização e estipular as premissas do que se acredita ser o compromisso internacional existente no Direito. Neste momento do estudo, é exposto o manifesto em prol de um Direito internacionalmente comprometido.

Esse manifesto estabelecer-se-á como ponto de partida da concepção de uma *Teoria de rede constitucional*, deslocar a Constituição de centro irradiador do ordenamento jurídico, para texto jurídico de intercâmbio entre os planos jurídicos nacionais e internacionais, objetiva possibilitar uma reinterpretação, não só do processo de constitucionalização como também reafirmar a atuação “formalista” do Estado nas relações contratuais privadas.

Realizada essa readequação em nível constitucional, procede ao manifesto compilar uma série de fatores que demonstram quão inoportuna é a manutenção da rigidez nacional no campo contratual. Procura-se oferecer uma reavaliação do papel do Judiciário, bem como expor o maior problema que a esfera contratual privada contemporânea enfrenta: a figura dos tipos contratuais privados de origem pública, ora denominados *contratos preterpúblicos*.

O estudo se motiva na procura de estabelecer uma relação entre a autonomia da vontade como uma essência do compromisso internacional existente no estudo do Direito, cujo papel principal é o de servir não só como uma crítica a estrutura contratual dominada pelo Direito nacional e demonstrar que é possível uma estrutura flexível no Direito Contratual por via da adoção de premissas internacionais.

Quanto à metodologia empregada na elaboração deste estudo, predomina o método dedutivo da elaboração de uma teoria de para o estabelecimento de uma sociedade internacional por via do gradual processo de abandono dos paradigmas estritamente nacionais para paradigmas internacionais de integração. O estudo também não abre mão do método indutivo, na medida em que estabelece uma pesquisa para, através de evidências empíricas, comprovar os seus argumentos.

Abrange as premissas de sociedade internacional àquelas expostas na obra *A paz perpetua* de Immanuel Kant e, em larga escala, transpostas para o Direito na concepção de “comunidade de Direito entre os povos” de Friedrich Carl von Savigny.

Tais premissas podem ser resumidas na crença de que o conceito de soberania nacional, tal qual o paradigma de Direito nacional, são dotados de relatividade. Tratam-se de expressões jurídico-sociais transitórias, na busca de harmonização cada vez mais das ordens jurídicas nacionais.

Essas características na metodologia centrada em Kant e Savigny transparecem na adoção de um discurso crítico dos conceitos e fenômenos existentes, bem como na formulação de interpretações (que podem ser consideradas ortodoxas) de institutos que até então se encontram emoldurados na aparência de univocidade. Esse discurso crítico procura dar voz às nuances e aos pequenos detalhes comumente omitidos pela maioria dos juristas e, por via destes incidentes, demonstrar as falhas existentes naqueles pensamentos e naquelas concepções.

Acrescente-se, ainda, o recurso da interdisciplinaridade entre as próprias esferas do Direito e entre as esferas da filosofia e da história para auxiliar na tentativa de contextualizar os conceitos e o momento de sua elaboração.

Recorre-se ao Direito comparado e ao seu método comparativo para delimitar não só os diferentes conceitos, mas também os desenvolvimentos dos mesmos nas diferentes nações, e podendo-se destacar a busca de informações nas doutrinas alemãs, francesas e inglesas e desvendar o longo caminho da autonomia da vontade na Ciência Jurídica.

Finalmente, destaca-se o principal objetivo do presente estudo: propor a existência de um fator internacional obrigatório no estudo da relação autonomia da vontade e migrar o paradigma base do contrato da esfera nacional para a esfera internacional. Trata-se da proposição de um Direito comprometido internacionalmente na defesa da expansão consciente da autonomia da vontade no Direito contratual civil e comercial, de forma a servir de barreira ao processo de panconstitucionalização que vislumbra na constitucionalização do Direito privado.

1 O DIREITO PRIVADO “CIVIL”

O primeiro passo para compreender a autonomia da vontade e seu papel na seara contratual – em busca de delimitar um Direito internacionalmente comprometido – é realizar uma breve contextualização do que se entende por Direito Privado no pensamento jurídico contemporâneo: o Direito privado “civil”.

Existem muitos pontos, que na longa evolução do Direito privado, são comumente ignorados academias jurídicas, alguns destes pontos que possuem uma relevância importante para o presente estudo.

Inicialmente a concepção de Direito privado remonta a clássica divisão romana do Direito entre público e privado, idealizada nas lições dos antigos jurisconsultos de Roma e transformada em legado histórico pela lição de Ulpiano no Digesto: “*Publicum jus est quod ad statum rei romana especial, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares)” (FERRAZ JR, 1994, p.134).

Abstraindo-se do Direito público, o Direito romano separava o direito privado em três ramos: o *jus naturale* (direito natural) o *jus gentium* (direito das gentes) e o *jus civile* (Direito Civil).

Em brevíssimo resumo, o *jus naturale* possuía, em Roma, duas concepções distintas, mas semelhantes: a primeira partia da filosofia dos estoicos e o definia como “um conjunto de princípios emanados da vontade divina, apropriados à própria natureza do homem, e imutáveis, porque são perfeitamente conformes com a ideia do justo” (PETIT, 2003, p.24); a outra, idealizada por Ulpiano, definia o direito natural como aquele consistente “nas leis que a Natureza impõe a todos os seres animados, de que resultam, por exemplo, a união dos sexos, a procriação e a educação dos filhos”(PETIT, 2003, p.24).

Por sua vez, o *jus gentium* traduzia-se no direito aplicável a todas as pessoas, ou melhor, a partir do “conjunto de regras aplicadas em todos os povos sem distinção de nacionalidade” (PETIT, 2003, p.24).

Tratava-se de um ramo do direito privado romano¹ nascido das experiências dos Pretores com o *ius peregrinus*, cujo objeto era regulamentação de problemas advindos entre aqueles diferentes povos subjugados por Roma e que não possuíam a cidadania romana (IPSEN, 2004, p2-3).

Já o *ius civile* consistia, num primeiro momento, na denominação dada ao direito especial de cada povo, isto é, enquanto se aplicava o *ius gentium* de forma irrestrita a todos os povos, o *ius civile* abrangia aquele conjunto de leis e direitos que somente se aplicavam a um determinado povo. Resumia-se na aplicação das instituições romanas somente aos cidadãos romanos.

O *ius civile* acabou se fundindo e absorvendo boa parte do *ius gentium* quando da expansão do Império romano. O Direito romano e suas instituições acabaram por serem aplicadas também aos estrangeiros (PETIT, 2003, p.25).

Esta divisão do direito privado romano, possibilita ao presente estudo afastar-se da análise do *ius naturale* e do *ius gentium*; em face da corrente da constatação de que ambos os ramos acabariam por se transferir da Ciência Jurídica para a seara filosófica (*ius naturale* sedimentaria as teorias do direito natural, contraponto das ideias do direito positivo) e para a seara da Teoria do Direito Internacional (*ius gentium* apesar de absorvido pelo *ius civile*, influenciaria o nascimento da idéia de *ius inter gentes*).

Após delimitar o Direito privado em suas raízes romanas, a questão emergente é a da evolução deste conceito para a sua associação com o Direito Civil moderno. Daí se estabelece o que ora se denomina de Direito privado civilizado – em que o século XIX vai ser o século de sua consolidação, os séculos XX e XXI, os que enfrentam suas problemáticas.

¹ Seguindo a premissa de se adotar um discurso orientado para o Direito internacional, neste ponto é importante esclarecer que dentro da doutrina internacionalista é comum remontar o fundamento do direito internacional, e especialmente seu ramo público, na figura do *jus gentium* romano. De certa forma, tal afirmação é correta, porém é necessário esclarecer que existia em Roma uma segunda variante de concepção do *jus gentium* a qual se ligava as relações oficiais do Estado romano com outros povos (tratados, alianças, etc) (PETIT, 2003, p.25). Desta vertente, esclarece GREWE (2000, p.27) que a associação direito internacional público com *jus gentium* advém de seu significado linguístico “direito das gentes” e por ter influenciado a escola espanhola da idade média ao idealizar a ideia de *jus inter gentes*, ideia sobre a qual se estabeleceram os fundamentos hoje integrante do Direito internacional público. A outra observação necessária é feita por WESTLAKE (2005, p.10-11) que sob hipótese alguma pode-se considerar a atividade do pretor em resolver conflitos advindo do *jus gentium* – isto é, conflitos entre os povos sob domínio romano. Assim a figura do DIPr, isto por causa da atividade do pretor, estaria reduzida a aplicar aquele direito comum incorporado ao direito romano, não existindo a possibilidade de se escolher o melhor ou mais adequado direito para a lide sob sua jurisdição.

A compreensão de como o Direito privado acabou por ver-se associado à figura do Direito Civil, decorre da constatação da forte presença do *ius civile* no pensamento dos jurisconsultos romanos, o que se exemplifica com a seguinte passagem de CÍCERO:

Repito ainda o que já disse algumas vezes: há entre os homens uma sociedade que os compreende a todos e os une. Há mesmo um elo íntimo entre os que são de uma mesma nação, mais estreito quando são da mesma cidade.

Por isso nossos antepassados fizeram contestação entre o direito das pessoas e o Direito Civil. Tudo que é de Direito Civil não o é, por isso, do direito das pessoas, mas tudo o que é do direito das pessoas deve ser considerado de Direito Civil. O nosso Direito Civil não é senão espectro do verdadeiro direito e da perfeita justiça; mas peçamos a Deus que ao menos possamos seguir esse espectro, pois que é ele representação dos princípios da natureza e da verdade.(CÍCERO, 2004, p.133).

Evidente a posição de destaque que o *ius civile* gozava no Direito romano Por isso, a primeira obra à compilar os principais textos jurídicos romanos² acabaria por receber, pelos glosadores, a denominação de *Corpus Iuris Civilis* e se estabelece não só a base dos sistemas jurídicos medievais, como também se inicia a associação do Direito privado como sendo a ideia de Direito Civil, ou seja:

Corpus Iuris Civilis – A reunião de toda a compilação justinianéia em um só volume foi realizada no século XVI pelo jurisconsulto francês Denis Godefroy, que lhe deu o nome de *Corpus Iuris Civilis*. A 1ª edição é a de 1583, a 2ª de 1604, em Lyon.

Essa denominação – *Corpus Iuris Civilis* – já fora utilizada pelos glosadores, para distinguir o Direito Civil do direito canônico – *Corpus Iuris Canonici*. (MEIRA, 1996, p.187).

No rastro deste pensamento, pode-se afirmar que os estudos primordiais do Direito romano pós-queda do Império acabaram se associando à ideia de *ius civile*. A ao se estudar a compilação idealizada por Justiniano, a parte referente ao Direito privado assentava-se no estudo do Direito Civil – o qual seria o direito fundamental deste gênero do Direito.

No amplo domínio do Direito privado destaca-se o Direito Civil como Direito fundamental ou “direito comum” a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas, com abstração de sua condição social, muito embora exercendo funções ou atividades diferenciadas. Desse tronco comum abrem-se ramos, com características próprias, como o Direito Comercial ou o Agrário.(REALE, 2003, p.357)

² Antes de receber a denominação de *Corpus Iuris Civilis*, os documentos jurídicos romanos idealizados por Justiniano originalmente eram separados em quatro partes: as *Institutiones* (espécie de livro introdutório ao estudo jurídico do *Codex* e do *Pandectai*); o *Digesto* ou *Pandectai* (que se tratava, em síntese, da compilação de grande parte dos escritos jurídicos romanos– como os escritos de Gaio, Paulo, entre outros); o *Codex Iustinianus* (compilação das leis imperiais ainda vigentes até o século II d.C.); e as *Novellae* (que foram coleções separadas de decisões e leis imperiais emitidas depois de 534 d.C. – chegando-se ao número de 168 *Novellae* conhecidas).

O enraizamento do Direito Civil como o tronco da árvore denominada Direito privado, acabou sendo o sucessor do *ius civile* romano: nascia o aqui denominado Direito privado civilizado.

A força desta concepção de Direito privado foi tal que no período medieval, induziu o jurista a incorrer a ignorar a realidade social e a desconhecer a existência de outros ramos do Direito privado, esta situação só veio a se modificar com a autonomia da regulamentação das relações comerciais por parte das Corporações medievais e de suas feiras, ou melhor, com o advento Direito Comercial.

O Direito Comercial surgiu, fragmentariamente, na Idade média, pela imposição do desenvolvimento do tráfico mercantil. É compreensível que nas civilizações antigas, entre as regras rudimentares do direito imperante, surgissem algumas para regular certas atividades econômicas. Os historiadores encontram normas dessa natureza no Código de Manu, na Índia; as pesquisas arqueológicas, que revelaram a Babilônia aos nossos olhos, acresceram à coleção do Museu do Louvre a pedra em que foi esculpido há cerca de dois mil anos a.C. o Código do Rei Hammurabi, tido como primeira codificação de leis comerciais. São conhecidas diversas regras jurídicas, regulando instituições de Direito Comercial marítimo, que os romanos acolheram dos fenícios, denominadas *Lex Rhodia de Iactu* (alijamento) ou institutos como o *foenus nauticum* (cambio marítimo).

Mas essas normas ou regras de natureza legal não chegaram a formar um corpo sistematizado, a que se pudesse denominar “Direito Comercial”. Nem os romanos o formularam. Roma, devido à organização social estruturada precipuamente sobre a propriedade a atividade rurais, prescindiu de um direito especializado para regular as atividades mercantis. Os comerciantes, geralmente estrangeiros, respondiam perante o *praetor peregrinos*, que aplicava o *jus gentium*. (REQUIÃO, 2000, p.8-9).

O Direito Comercial nasceu no mundo ocidental, principalmente, dos grandes *Codex* das corporações europeias destinados à disciplinar as feiras realizadas durante a era medieval. Cada feira possuía uma corporação que ditava as suas regras e práticas comerciais. Ou seja, “surgiu, conforme se vê, não como obra legislativa nem criação de jurisconsultos, porém como trabalho dos próprios comerciantes, que o construíram com os seus usos e com as leis, que, reunidos em classe, elaboraram” (MENDONÇA, 2000, p.69).

Ressalte-se que o comércio existia desde o primeiro momento em que o ser humano se inseriu numa comunidade e se tornou um animal socializado mas, para a Ciência Jurídica, um Direito específico – acerca do comércio e suas práticas – só adveio após a idade média e a ascensão da classe burguesa. Não é temerário afirmar que a figura do comerciante desecadeou o primeiro grande impacto no Direito privado civilizado.

O surgimento deste ramo jurídico, que nem de perto se associa a figura de um galho a emanar do tronco chamado Direito Civil, admitiu no Direito privado, como sendo autônomo e de estudos específicos, acarretando duas consequências fundamentais na evolução do Direito privado.

A primeira consequência deu-se no campo teórico-dogmático: a instalação do debate acerca da relação entre o Direito Comercial e o Direito Civil conhecido, para a posteridade, como o debate acerca da autonomia do Direito Comercial. Debate este fundamentado na imensa semelhança, em nível de obrigações jurídicas privadas, entre as obrigações comerciais e as obrigações civis.

Este nascente ramo apresentavam o problema: recorrer ao elemento subjetivo da obrigação (a natureza das partes envolvidas) para determinar a sua natureza jurídica e a sua decorrente classificação no sistema de Direito como Ciência. Isto significava que adotar-se o critério da pessoalidade, para determinar a natureza da obrigação, resultava na adoção de conceitos de difícil delimitação teórica e prática – tendo como exemplo maior os problemáticos conceitos expressos de “comerciante” e de “matéria comercial”.

O conceito da expressão *matéria de comércio* não tem sido fácil de fixar. Essa expressão desenvolveu-se no âmbito do direito processual para estabelecer a competência dos tribunais de comércio, instituição que não existe mais entre nós. Passou depois a designar o conteúdo do Direito Comercial, ainda que com algum sacrifício da lógica e também da linguagem, o que não importa rejeitarmos-la de todo, convindo, antes, para obviar dificuldades, aceita-la sob nova significação, ou, conforme se diz, como neologismo da significação. (MENDONÇA, 2000, p.26).

Na tentativa de contornar este problema, desenvolveu-se a teoria dos atos de comércio que, atualmente, encontra-se aparentemente superado com a adoção da teoria da empresa e a unificação legislativa entre as obrigações civis e comerciais, em vários ordenamentos jurídicos— inclusive o Código Civil brasileiro de 2002.

O segundo impacto a ser considerado do Direito Comercial, sobre a estrutura do Direito privado civilizado, foi a constatação da capacidade, no que tange às obrigações. Na medida em que o comércio rompe com a estrutura territorial-nacionalizada do Direito e impõe a promoção de concepções próprias e inovadoras num campo, inicialmente, extrajurídico.

Neste contexto, o Direito Comercial produziu uma rachadura no pensamento privatista que perdura até os dias atuais: a capacidade de se auto-regulamentar e criar uma

estrutura similar à ordem jurídica, mas sem envolver a incidência ou na tutela do conceito de soberania.

Esta situação é marcada atualmente pela existência, no Direito Comercial da figura da *lex mercatória* – a qual, cada dia mais, se vê fortalecida pelo processo de globalização do comércio e da informação que este início de século XXI testemunha.

Para os defensores da *Lex mercatória*, sua existência é comprovada, historicamente, pela emergência de um corpo uniforme de direito mercantil entre os séculos IX e XVI, cuja aplicação se fazia por cortes privadas especializadas em litígios comerciais. Esse conjunto normativo, peculiar à época medieval, perdeu importância progressivamente durante a Renascença (Sécs. XV e XVI), eclipsando-se com o surgimento e consolidação dos Estados nacionais, e o estabelecimento do monopólio da criação do Direito pelo legislador estatal. (GAMA JR., 2006, p.232)

Não é de se surpreender que este fenômeno, como todo eclipse, é passageiro, e a *Lex mercatoria* esteja voltando a ocupar um espaço de destaque nas relações comerciais. Traz trazendo consigo o retorno da ideia das Cortes particulares – especializadas em comércio por via da Arbitragem – e do cada vez mais evidente problema de morosidade e do excesso nacionalista nos Judiciários nacionais diante de questões envolvendo elementos extranacionais – elementos cada vez mais presentes nas relações comerciais.

O Direito Comercial e a figura do comerciante rapidamente foram assimilados pela estrutura do Direito privado civilizado. Dado a dificuldade de se encontrar uma esquematização das matérias de comércio e da intrínseca relação das obrigações civis e comerciais, o Direito Civil emerge como fonte subsidiária, não só para preencher as eventuais lacunas, mas também de interpretação do Direito Comercial – situação que pode ou não perdurar dependendo dos avanços dos institutos da arbitragem e da concepção de *lex mercatoria*, os quais figuram hoje como maiores obstáculos à aplicação do Direito Civil, em sua integralidade, à seara obrigacional do Direito Comercial.

Diferente seria o caso do Direito do Trabalho. Se as relações mercantis, por suas semelhanças, mostravam-se como uma pequena turbção no Direito privado civilizado, as relações trabalhistas consistiriam num verdadeiro maremoto para esta estrutura.

Uma das marcas do Direito privado civilizado, em seu primeiro momento, foi sempre recorrer a valores metafísicos advindos da filosofia e da história, para enquadrar em suas molduras abstratas os fenômenos sociais. Este modo de proceder veio a denotar um pouco apreço do jurista pela realidade social em si, já que ele admitia somente o modelo

abstrato, para enquadrar a conduta social de forma desejada – o que em muito contribuiu para o desenvolvimento na seara processual civil do mito da verdade formal.

Até o século XIX esta metodologia não sofria de impasses intransponíveis, a realidade social ainda correspondia, em muito, com a realidade jurídica privada representada pelo mercantil e pelo civil – tanto que os lemas da Revolução Francesa demonstram, como expoentes da a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a propriedade.

Na segunda metade do século XVIII se iniciava um processo de modificação da circulação das riquezas mercantis, o que mais tarde viria a ser conhecido como Revolução Industrial. Suas consequências sociais ecoariam no pensamento jurídico.

O processo de desenvolvimento capitalista, intensificado pela Revolução Comercial dos séculos XVI e XVII, estava, até então, ligado à circulação de mercadorias. A partir da segunda metade do século XVIII, iniciou-se na Inglaterra a mecanização industrial, desviando a acumulação e capitais da atividade comercial para o setor da produção. Esse fato trouxe grandes mudanças, de ordem tanto econômica quanto social, que possibilitaram o desaparecimento dos restos do feudalismo ainda existentes e a definitiva implantação do modo de produção capitalista. A esse processo de grandes transformações deu-se o nome de Revolução Industrial. (VICENTINO, 1997, p.284)

A importância da Revolução Industrial reside nas modificações sociais que advieram com ela e das respostas que se elaboraram na tentativa de resolver os problemas jurídicos derivados destas mudanças, a revolução social e, no pensamento científico, o advento das doutrinas socialistas que desencadeiam o nascimento do Direito do Trabalho.

A reação operária aos efeitos da Revolução Industrial fez surgirem críticos ao progresso industrial, que propunham reformulações sociais e a construção de um mundo mais justo – os *teóricos socialistas*, que se dividiram em grupos distintos, os socialistas utópicos, os socialistas científicos (marxistas) e os anarquistas. (VICENTINO, 1997, p.292).

A necessidade de se controlar o capital e a pressão dos movimentos sociais, o Direito, bem como o Estado nacional, deparou-se com a reformulação de seus conceitos, entre eles a autonomia da relação trabalhista.

A realidade social revelou que o direito privado era incapaz de regular a vida econômica, assegurando o pleno desenvolvimento da sociedade. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do Estado em face da economia. É a época do surgimento das leis de proteção ao trabalho, quebrando os dogmas do individualismo liberal nas relações jurídicas, assegurando: 1) a limitação da liberdade contratual, coma edição de normas imperativas, abrangendo várias matérias das relações de trabalho (duração e horário de trabalho, critérios para dispensas, segurança e medicina do trabalho etc); b) o surgimento da administração pública do trabalho, além de uma jurisdição especializada; c) o reconhecimento do poder de terminação coletiva das condições de trabalho

(autonomia coletiva privada), não sendo mais punida ou proibida a greve; reconhece o direito às associações; a adoção das convenções coletivas de trabalho, como um novo mecanismo de origem de direitos e deveres a serem observados nas relações individuais de trabalho.

Em face da combinação desses elementos, o Direito do Trabalho ganha autonomia e livra-se dos dogmas do Direito Civil, passando a ganhar autonomia e livra-se dos dogmas do Direito Civil, passando a disciplinar as relações jurídicas oriundas da exploração da força de trabalho. (JORGE NETO & CAVALCANTE, 2003, p.22)

A relação de trabalho determinou a evidência da incompletude da moldura abstrata do Direito privado civilizado, marcando um problema que atualmente pode ser denominado de crise do Direito privado contemporâneo: sua inabilidade de lidar com o fator social nas relações entre particulares.

Neste contexto, o Direito Privado “civil” rapidamente estabeleceu o Direito do Trabalho como ramo autônomo, dado sua incompatibilidade entre as premissas abstratas oriundas do Direito Civil, e a forte característica social existente na relação de trabalho – algo que acarretaria, na prática comum da doutrina privatista em considerar as questões trabalhistas como de regulamentação própria, mesmo que não resultasse numa diminuição do uso do discurso generalista e da moldura abstrata civilista, ao abordar os institutos referentes ao campo das obrigações, o que resultou na subsidiariedade do Direito Civil ao Direito do Trabalho.

Em linhas gerais, esta é a concepção dominante do Direito privado contemporâneo (Direito privado “civil”). Concepção que define o Direito Civil como base do sistema privado como um todo, o mesmo ciente da existência de ramos que não se adequam à tutela do pensamento civilista, procura inseri-los na moldura civilista, para não só analisá-los, mas também, regulamentá-los seja de forma direta ou indireta.

Não é de surpreender que a reformulação atualmente em andamento tenha origem na reelaboração da ideia de Constituição no Direito Público – não um movimento de reformulação do próprio Direito privado, dado que o mesmo continua afundado em pensamentos abstratos de índole civilista e seus juristas procurando reduzir à seara do Direito Civil todos os fenômenos privados, apesar de estarem cientes que tal modo de pensar é incompatível com a própria realidade jurídico privada desde os fins do século XIX.

Localizando a questão ao tema proposto, a situação do Direito privado civilizado e da sua reformulação, por via de mudanças doutrinárias oriundas do Direito público, vão servir de parâmetro para se compreender como a autonomia da vontade, no

sentido de expressar a livre manifestação da vontade das partes, se tornou o grande campo de batalha, onde sua conceituação não só determinar a ascensão da ideia de absolutismo individual, mas também a ascensão do aspecto social na forma de atuar do Estado nacional.

É no campo das obrigações contratuais voluntárias que se evidencia que a maior falha do Direito privado civilizado não foi a de ignorar a realidade social, mas, sim, a de manter um pensamento excessivamente abstrato mesmo quando adota o pensamento positivista e de sempre reduzi-lo à esfera nacional – pois antes mesmo do Direito Comercial e do Direito do Trabalho, o Direito internacional já figurava como uma questão jurídica a ser enfrentada.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE E SUA EVOLUÇÃO NA CIÊNCIA JURÍDICA

2.1 Da autonomia da vontade

Em matéria de Direito, não é possível ignorar o papel da vontade humana, da atividade refletida do ser humano; pois é a vontade que comanda, de certa forma, o comportamento e o Direito é fenômeno de comportamento. (LORETO, 2001, p.270)

Das inúmeras manifestações da liberdade individual introduzidas na Ciência Jurídica, a autonomia da vontade pode ser considerada a sua encarnação maior dada a sua incidência no campo das obrigações e dos contratos. Assim como a liberdade, a autonomia da vontade é uma expressão equívoca e, mesmo limitada ao campo contratual é dotada de uma diversidade de significados, torna-se um dos conceitos mais complexos, difusos e difícil de se analisar.

A complexidade do conceito de autonomia da vontade advém de duas das suas características mais peculiares: a grande influência do Direito internacional em sua inserção como conceito da Ciência Jurídica; a flexibilidade conceitual que lhe é inerente – isto se traduzidos na existência de conceitos semelhantes mas distintos, tanto no plano jurídico como no plano filosófico.

A autonomia da vontade designa, pela etimologia, o poder que a vontade possui em fazer sua própria lei.

Sem prejuízo da univocidade desta definição, o conceito possui dois sentidos extremamente diferentes, um sendo próprio da literatura filosófica, e outra ligada a literatura jurídica.

Na filosofia, é com Kant que se impõe a expressão autonomia da vontade. O significado que o mesmo lhe conferiu é exclusivamente moral (...) No pensamento jurídico, a autonomia da vontade, é um conceito puramente doutrinário, significando que a vontade é a fonte e a medida dos direitos subjetivos; que ela é um “órgão criador do direito”³. (RANOUIL, 1980, p.9)

³ Tradução livre do original em francês: “L’autonomie de la volonté designe, selon l’étymologie, le pouvoir qu’a la volonté de se donner sa propre loi. Malgré l’unicité de cette définition, ce concept a deux sens fort différents, l’un propre à la littérature philosophique, l’autre à la littérature juridique. En philosophie, c’est avec Kant que s’impose l’expression d’autonomie de la volonté. La signification qu’il lui donne est exclusivement morale(...) Dans la pensée juridique, l’autonomie de la volonté, concept purement doctrinal, signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs; qu’elle est un «organe créateur du droit»”.

Baseando-se nesta constatação, a autonomia da vontade ,na seara contratual, será abordada de forma a abranger: seu surgimento; seu desenvolvimento no plano do Direito internacional (em boa parte misturado à própria filosofia do Direito). Objetivar a sua transposição para o direito interno e, finalmente, analisar as suas ramificações no Direito privado que, a autonomia da vontade, como tradução da livre manifestação da vontade das partes em contratos, veio a fundamentar.

A concepção de autonomia da vontade – em seu sentido jurídico – evoluiu em dois planos diferentes: o primeiro, referente ao Direito internacional em sua origem (quando se confunde com a filosofia do Direito e a própria filosofia) e, posteriormente, no Direito interno (ênfase no Direito contratual), sendo sua nomenclatura jurídica um produto do século XIX.

No século XIX, a ideia de autonomia da vontade dominava a doutrina, em direito interno, mais que no DIPr. Mas ela restou por muito tempo inominada; será somente nos últimos anos desse período de hegemonia que ela finalmente seria qualificada: a expressão autonomia da vontade é criada.

Mas sua utilização não seria generalizada até o extremo fim do século XIX e no início do século XX, quando se fará unânime na concepção crítica qual a traduziu. A esmagadora maioria dos autores hostis ao princípio de uma vontade soberana na criação do direito, designaram por melhor a combater pela fórmula de uma autonomia da vontade. Será aqui que se começa a usar dentro do vocabulário jurídico, como um alvo, como um envelope de uma ideia moribunda por um momento⁴. (RANOUIL, 1980, p.15)

Trata-se da passagem do princípio da vontade para a expressão autonomia da vontade, em que figura o debate acerca da livre manifestação da vontade das partes em contratos (no plano internacional e no plano nacional), também conceito filosófico para o conceito de elemento de conexão e daí para posterior expansão e incorporação no brocardo romano do *pacta sunt servanda* no sistema contratual.

Um assunto delicado por suas nuances, cuja análise se pode comparar a navegar num mar calmo, mas infestado por tubarões. Começou com a questão em saber qual direito deveria regular um contrato de casamento, em que não se inseriam nem o estatuto real, nem o estatuto pessoal e nem o misto?

⁴ Tradução livre do original em francês: “Au XIX siècle, l’idée d’autonomie de la volonté a dominé la doctrine, en droit interne, puis en droit international privé. Mais elle est restée longtemps innommée; ce n’est que dans les dernières années de sa période d’hégémonie qu’elle est enfin qualifiée: l’expression d’autonomie de la volonté est créée. Mais son usage ne se généralise qu’à l’extrême fin du XIX siècle et au début du XX siècle, quand se fait presque unanime la critique de la conception qu’elle traduit. La très majorité des auteurs hostiles au principe d’une volonté souverainement créatrice de droit le désignent pour mieux le combattre par la formule d’autonomie de la volonté. Celle-ci devient ainsi insérée dans le vocabulaire juridique, comme une cible, comme l’enveloppe d’une idée moribonde pour un moment”.

2.2 A evolução histórica da autonomia da vontade

2.2.1 A queda de Roma e o surgimento dos estatutos

Não temos informação de um maneira satisfatória dos princípios aqueles sobre tratando de conflitos entre leis provinciais e locais, bem como sua resolução dentro do império romano. O Corpus iuris não contém textos sob os quais se possam retirar alguma certeza⁵. (ASSER, 1884, p.6)

Para se compreender a autonomia da vontade é importante estabelecer o contexto histórico no qual ela iria surgir, especialmente aquele período histórico que antecede ao momento de sua nomenclatura jurídica, dado que, juridicamente, a expressão autonomia da vontade somente surgiria na segunda metade do século XIX.

A queda do Império romano é o ponto de partida para este período, quando a noção de autonomia da vontade se confundia com o próprio conceito de vontade, e também por ser o marco inicial da fragmentação política e jurídica da realidade europeia. Com o fim da força Imperial, os princípios do Direito romano, antes absolutos e de aplicação universal, se viram mitigados e de aplicação reduzida entre os povos bárbaros.

Os bárbaros estabelecidos sobre territórios do Império Romano continuaram, em seguida a esse estabelecimento, a ser regidos pelas suas próprias e respectivas leis, existentes ao lado do Direito Romano. Foi o sistema da personalidade das leis, relativamente breve no tempo medieval, devido à subsequente unificação causada pelas uniões matrimoniais, pela unidade linguística e pela centralização do poder. Quase nada se sabe sobre tal sistema medievo.

Segue-se, no momento feudal, uma multiplicação de entidades políticas, cada uma delas sob um senhor, que só reconhece a lei local. A economia era fechada, rural, o que propiciava essa territorialidade das leis, ou seja, a aplicação de uma lei única em um mesmo território. (SOUTO, 2000, p. 161).

A emergência de novas formas de Direito, baseados majoritariamente em costume, estabeleceu, na Europa pós-romana, a emergência de um novo campo de estudo, no âmbito Ciência Jurídica: tratava-se dos primeiros passos do que se denomina atualmente de Direito internacional (privado)⁶.

⁵ Tradução livre do original em francês: “Nous ne sommes pas informés d’une manière satisfaisante des principes selon lesquels les conflits des lois provinciales et locales étaient résolus dans l’empire romain. Le Corpus juris ne contient pas de textes que l’on y puisse rapporter avec certitude”.

⁶ Neste ponto concorda-se com a observação de FOELIX (1866, p.4) de que não se pode afirmar que os romanos conheciam o Direito internacional (privado) como nós o conhecemos atualmente, dado que diante de uma contenda entre Direitos, reinavam absolutos os princípios do Direito romano, excluindo qualquer possibilidade

A grande questão jurídica que emergiu, com o fim da soberania do Direito romano diante dos demais Direitos, foi a progressiva multiplicação de Direitos, dentre os quais muitos começavam a mitigar até mesmo os próprios princípios consagrados pelos romanos⁷ – sendo marcante nesta etapa inicial o Direito canônico, os Direitos costumeiros e feudais.

Neste ponto, cabe salientar que esses emergentes Direitos de origem feudal que se instalavam na Europa pós-Roma, passaram por diferentes etapas de evolução, em que se destaca ASSER (1884, p.7-8) que no primeiro momento, quando da instalação das tribos bárbaras invasoras verificava-se a aplicação do critério da pessoalidade das leis (tal como entre os romanos) mas, com a consolidação do sistema feudal enquanto organização sócio-política, ocorreu a implementação do critério da territorialidade das leis.

Esta substituição da aplicação da pessoalidade das leis pela aplicação da territorialidade das leis ensejou o nascimento, em cada feudo, e, posteriormente, em cada cidade a elaboração de um estatuto próprio – contexto histórico do posterior nascimento da Teoria dos Estatutos.

A teoria do estatutos vai marcar os principais fundamentos em que se assentarão à autonomia da vontade a ideia de livre manifestação nos contratos da vontade das partes. Será nos argumentos dos glosadores e, principalmente, dos pós-glosadores (conhecidos também por comentaristas ou bartolistas) que o Direito privado adquirirá unidade e princípios contratuais em que se assentarão principalmente a autonomia da vontade, esta, como elemento de conexão.

de conflitos entre direitos, ou mais precisamente, acarretava na ausência de uma metodologia para cuidar da solução entre conflitos derivados no choque entre diversos Direitos.

⁷ Acrescenta-se a observação de FOELIX (1866, p.7-8) nos conflitos envolvendo romanos e estrangeiros, aplicava-se o denominado *ius gentium*. Porém este considerado como parte integrante do próprio Direito romano, não um ramo autônomo, mas sim expressão do próprio na regulamentação das relações privadas. Adicione-se que tal situação só existia quando um romano figurava num dos pólos do conflito, ou seja, que quando o conflito envolvia dois estrangeiros de mesma nacionalidade aplicava-se a lei da nação dos mesmos.

2.2.2 O período dos glosadores: a unidade do Direito privado, a *Law Merchant* e a concepção de contrato

Não se pode concluir que o Direito romano desconhecia por completo as regras de colisão jurídica, dado que o princípio da personalidade não era nada diferente do que um – numa visão bem estreita – ponto de partida de análise jurídico inter“nacional” - privado. Nele só não se fundamentava a ideia, de invés de aplicar o direito pátrio aplicar-se-ia o direito estrangeiro. As fronteiras desses princípios da personalidade eram livremente estabelecidos, enquanto o processo ocorria entre estrangeiros e romanos. Relações estas que só poderiam, nesta tipo de enquadramento, serem de natureza fática, e não jurídica⁸. (v.BAR & MANKOSWKY, 2003, p.25-26)

É pouco provável que os romanos nos diferentes períodos em que dominaram o Mundo conhecido concebessem uma doutrina jurídica acerca de normas colisionais. Muito menos, uma doutrina acerca de elementos de conexão, uma vez que não existia em sua realidade os fatores que se apresentaram após a queda de seu domínio. Não é temerário afirmar que não existem, nas lições dos jurisconsultos romanos, conceitos ou concepções referentes ao DIPr. Tampouco, acerca de autonomia da vontade e de contratos internacionais.

O *Corpus Iuris civilis* corrobora com tal constatação, por não se verificar, em seus textos referencias, à leis aplicáveis no caso de conflitos entre Direitos, nem referencia a como proceder na busca de solução quando verificada a possibilidade de aplicação de mais de um Direito. Situação que, por consequência, determina o principal motivo dos glosadores também não terem elaborado tais conceitos.

Porém, seria sobre o legado romano transmitido pelos glosadores, somado às transformações da organização social, política e econômica da Europa que estes conceitos de DIPr iriam nascer séculos mais tarde. Daí o motivo de se iniciar a abordagem da autonomia da vontade por via dos glosadores pois, em suas glosas, resta o reflorescimento da Ciência Jurídica⁹. E no período delas que ocorrerão três pontos de relevância para o presente estudo:

⁸ Tradução livre do original em alemão: „Es kann also keine Rede davon sein, dass dem römischen Recht kollisionsrechtliche Denksätze völlig fremd gewesen seien, denn das Personalitätsprinzip war eben nichts anderes als ein – wenn auch enger – inter „national“ – privatrechtlicher Ausgangspunkt. Ihm lag gerade nicht die Idee zugrunde, dass stets das eigene und niemals Recht fremder Herkunft anzuwenden sei. Die Grenzen dieses Personalitätsprinzip waren freilich erreicht, sobald es um einen Verkehr zwischen Fremden und Römern ging. Beziehungen zwischen ihnen konnten bei solchen Rahmenbedingungen nur faktischer, nicht rechtlicher Natur sein“.

⁹ A importância dos glosadores na Ciência Jurídica merecia um tratado a parte, mas pode se destacar o fato de terem sido os glosadores que recolocaram o Direito romano como sendo o ponto central dos estudos jurídicos, pois com a queda de Roma a Europa passou por um período de anarquia jurídica com o fortalecimento de legislações costumeiras e, posteriormente, na fragmentação do Direito entre as legislações de cada feudo, acarretando numa fragmentação do Direito, outrora unificado sob tutela romana.

(1) a concepção de unidade do Direito privado; (2) a *Law Merchant*, que se desenvolveu no Direito anglo-saxão; (3) a concepção contratual romana.

Codex, Digesto e Institutas formam pela vontade do Imperador uma obra legislativa unificada, que deveria ser final e inalterável. Qualquer comentário era proibido; somente permitido traduções escritas para o grego (*Kata poda*) e uma coletânea de assuntos paralelos (*Paraticla*); proibição que foi levantada ainda durante a vida do Imperador¹⁰. (HOHLWEG, 1977, p.763)

A elaboração do *Corpus Iuris Civilis* ocorreu durante a última fase do Direito romano imperial. Justiniano I, Imperador Romano do oriente, viu a necessidade de resgatar, consolidar e unificar as concepções do Direito Romano que se perdiam no Ocidente. Como os romanos prezavam demasiadamente o fator de “ser romano” e como havia uma realidade cada vez mais envolvida com a questão dos estrangeiros e das relações comerciais com os mesmos, decidiram eles elaborar um sistema jurídico universal baseado justamente no princípio da personalidade.

A elaboração desse sistema jurídico romano de aplicação universal resultou no fundamento da ideia de um direito privado uno, ou da unidade em torno do *ius civile* para todas as relações privadas dentro do Império: fundiam-se o *ius civile* com o *ius gentium*.

Esta opção de elaborar um sistema universal resultou também no abandono por parte dos jurisconsultos romanos, em elaborar um sistema próprio de normas colisionais. Por isso, optaram por promover o princípio da personalidade como de aplicação universal e, por consequência, manter o Direito romano como de aplicação preferencial, ao invés de estabelecer um conjunto de regras e princípios acerca a solução de situações, especialmente quando mais de um Direito poderiam ter incidência.

Destarte havia necessidade de uma solução para outra direção. Ela se basearia, na concepção genial dos juristas romanos em desenvolver um direito privado único, invés de continuar a penetrar no campo das regras jurídicas colisionais. A ideia fundamental desse direito unificado, que denominaram de *Ius Gentium* (“Direito dos povos” ou melhor “Direito do Mundo”), e que se encontra descrito em Gaius, Cícero e Ulpiano, baseava-se na aplicação do Direito partindo da concepção racional romana dado que a aplicação puramente jurídica era complicada e somente com base nesta concepção poder-se-ia estabelecer o acesso ao processo jurídico entre os povos¹¹. (v.BAR & MANKOWSKY, 2003, p.26-27).

¹⁰ Tradução livre do original em alemão: „*Codex, Digesten und Institutionen* bilden nach den Willen des Kaisers ein einheitliches Gesetzgebungswerk, das endgültig und unwandelbar sein soll. Jede Kommentierung ist verboten; zugelassen sind nur wörtliche (*Kata poda*) übersetzungen im Griechische und Sammlung von Parallelstellen (*Paraticla*); doch wurde dies Verbot schon zu Lebzeiten des Kaisers übertreten“.

¹¹ Tradução livre do original em alemão: „So bedurfte es eines Auswegs in anderer Richtung. Er bestand darin, dass die römischen Juristen den genialen Kunstgriff wählten ein Einheitsprivatrecht zu entwickeln, statt auf der

De um lado tal situação deixou, como legado a divisão do Direito em público e privado. Divisão que existe até os dias atuais, mas em compensação relegou o estabelecimento de uma doutrina acerca das normas colisionais para os juristas medievais. Quando se deparavam com situações de choque entre os princípios da personalidade e o princípio da territorialidade, com a fragmentação cada vez maior do sistema jurídico em diversos ordenamentos nacionais, verificam o progressivo abandono do postulado de um sistema jurídico universal em prol da ascensão do estudo de normas colisionais para lidar com os diferentes ordenamentos jurídicos emergentes.

Era o nascimento da unidade do Direito privado baseada na ideia do *ius civile*, que legou não só a unidade do Direito privado em torno do Direito Civil, como também no campo específico do DIPr. Esta concepção romana de sistema universal fundamentou a variante moderna do pensamento que defende o DIPr como parte integrante do Direito nacional de cada Estado – um resquício da pretensão de universalidade da aplicação do Direito¹².

Da mesma forma que a influência romana se enraizou no desenvolvimento do Direito privado “civilizado”¹³, o espírito prático romano fez nascer outra forma de sistema jurídico que deixaria suas marcas no estudo jurídico dos séculos que sucederam sua queda: em especial relevância, a *Law Merchant* medieval do direito anglo-saxão.

Diferente da Europa continental, que se baseava na divisão estrita do direito entre público e privado, com legislações fragmentadas entre os diferentes feudos – inicialmente dominados pelo Direito romano mitigado pelo Direito canônico¹⁴ –, a Europa insular anglo-saxã desenvolveu-se um sistema jurídico baseado na figura do júri, ou seja, das

Kollisionsrechtlichen Ebene weiterzuarbeiten. Die Grundidee dieses Einheitsrechts, das sie *Ius Gentium* („Recht der Völker“ oder wohl besser: „Recht der Welt“) nannten und das man etwa bei Gaius, Cicero und Ulpian beschrieben findet, bestand darin, das den beteiligten Rechten aus römischen Sicht vernünftigerweise Gemeiname als Recht schlechthin zur Anwendung zu bringen und nur auf einer Basis ein Rechtsverkehr zwischen den Völker zuzulassen“.

¹² Um dos maiores defensores desta concepção foi John Westlake, ele é enfático em seu tratado ao afirmar que o DIPr é parte integrante do Direito nacional. Um ramo do Direito nacional que abrange a seara internacional, e não um dos ramos do Direito internacional (WESTLAKE, 2005 [1880], P.4) – este que acabou se tornando o Direito internacional público nas academias.

¹³ A título de curiosidade histórica, o Direito romano permaneceu como fonte subsidiária direta do Direito Civil brasileiro até a confecção da Consolidação das leis civis no século XIX (FREITAS, 2003, p.XXXII) e somente desaparecendo quase que totalmente de forma direta com o advento do Código Civil de 1916.

¹⁴ Cumpre ressaltar aqui a preciosa lição do prof. Dr. Geraldo Neves que adverte que nesta época já não mais se tratava o Direito romano como sendo aquele “dos romanos”, mas sim o Direito romano “dos cristãos”, pois estudando as instituições do Direito Civil, não são raros os casos onde a influência do Direito romano se encontra atenuada e até mesmo mitigada pelos princípios canônicos cristãos (NEVES, 2003, p.19).

peessoas comuns como atores da decisão judicial, qual lançava a base do desenvolvimento do hoje conhecido *common Law*.

Em vez de conhecer a separação entre Direito Civil e direito público, o direito inglês separa-se em *common Law* e *equity*. O mais antigo destes dois é o direito da *common Law*. O nome significa direito comum em contraste com o direito local. Diferente do direito comum no continente Europeu, a *common Law* sobrepõe-se efetivamente aos direitos locais e unificou o direito inglês em um momento cedo da história. (ZITSCHER, 1999, p.127).

Apesar da força unificadora à nível legislativo do sistema da *common Law*, o sistema baseado no Júri como autoridade judicial se mostrava inconveniente e insatisfatório. Inicialmente, para regular algumas áreas próprias do Direito Privado civilizado¹⁵, com especial relevância para este estudo do comércio envolvendo estrangeiros.

O sistema do Júri e do *Common Law* formalizado eram para a regulamentação do comércio por demais inflexíveis e em conteúdo inapropriado. De início, aproximadamente até o século 13, os estrangeiros – de observar que tratavam-se de estrangeiros no sentido do Direito romano antigo – provavelmente não possuíam qualquer amparo no *Common Law*. Está situação não era bem vista pelos comerciantes estrangeiros que, com a autorização real ou a seu convite, vinham comercializar no território. No ano de 1303 sob reinado de Edward I viria a ser elaborada a denominada *Carta Mercatória*, qual garantia aos comerciantes europeus um processo mais célere “*secundum legem mercatoriam*” e o Juri ser composto, em sua metade, por também comerciantes estrangeiros¹⁶. (v.BAR & MANKOWSKY, 2003, p.31)

Esse problema da *common Law*, diante do comércio com estrangeiros, decorria da própria regulamentação insatisfatória na seara contratual. Basicamente só existiam dois *writs*¹⁷: um pelo qual o autor conseguia, por via de um processo complexo, uma indenização derivada de uma promessa de serviço ou prestação de coisa não cumprida – conhecido como *writs of covenant*; outro pelo qual possibilitava a cobrança de uma dívida definida – conhecido como *writs of debt* (ZITSCHER, 1999, p.145).

¹⁵ Podendo-se destacar as questões onde se aplicava o Direito canônico, enquanto a Europa Insular ainda se encontrava sob jurisdição eclesiástica do papado em Roma. Jurisdição que só veio a ser rompida totalmente no reinado de Henrique VIII em 1535, quando se estabeleceu o monarca inglês como sendo o pontífice máximo da Igreja na Inglaterra, surgindo o Anglicanismo.

¹⁶ Tradução livre do original em alemão: „Das Jury-System und das formalistische Common Law waren für die Bedürfnisse des Handels freilich viel zu starr und auch inhaltlich ungeeignet. Ursprünglich, d.h. bis ins 13. Jahrhundert hinein, haben Fremde – übrigens ganz wie Fremde in altrömischen Zeit – am Schutz des Common Law wahrscheinlich überhaupt keinen Teil gehabt. Dieser Zustand konnte jedoch gegenüber ausländischen Kaufleuten, die mit Erlaubnis des Königs ober auf seine Einladung ins Land kamen, nicht gut aufrechterhalten werden. Im Jahre 1303 erging unter Edward I die sog. Carta Mercatoria, die europäischen Kaufleuten ein schnelles Verfahren „*secundum legem mercatoriam*“ zusagte und für eine Jury sorgte, die zur Hälfte mit ausländische Händler besetzt war“.

¹⁷ *Writs* podem ser associados a ideia de ação, sendo que na época em foco tratava-se de uma ordem do rei a um funcionário ou dono de um tribunal local em chamar determinada(s) pessoa(s) para tratar de determinado assunto, tanto o nome dos envolvidos e o assunto a se tratar constavam expressos na ordem (ZITSCHER, 1999, p.130).

A concepção de *Law Merchant* (cujo reconhecimento e sistematização doutrinária só veio a ocorrer 1770) veio a auxiliar o sistema jurídico anglo-saxão a resolver principalmente, questões advindas do comércio internacional. Não sendo sem razão que se pode figurar como sendo uma das precursoras da autonomia do comércio no Direito privado, bem como no desenvolvimento de tribunais especializados do comércio e como antecessora da noção contemporânea de *Lex mercatoria*¹⁸.

A concepção de um sistema de aplicação universal do Direito, associado com o surgimento da *Law Merchant*, corresponde ao prelúdio de dois fatores de suma importância neste estudo: o forte cunho nacionalista da legislação civil e, por consequência, do Direito privado; e o problema contemporâneo no estudo jurídico da existência de um sistema extranacional autônomo de regulamentação das relações comerciais.

O último ponto que interessa a este estudo refere-se ao período dos glosadores. É a concepção de contrato que emergiria e proliferaria no pensamento jurídico europeu (continental), por tratar-se do legado direto dos ensinamentos romanos acerca da noção de acordo e (da possibilidade) de visualizar a figura da vontade no Direito até então.

Para uma caracterização geral dos escritos dos Clássicos era marcante, que os mesmos procuravam uma delimitação estrita de casos concretos. Suas decisões são poucas, muitas vezes até mesmo sem motivação. Elas deveriam ser autoexplicativas per si. Generalizações, regras, definições eram vistas com ceticismo pelos clássicos. Por isso ficou o sistema clássico longe de formar um sistema fechado. Regras gerais sobre, a exemplo, declaração de vontade, contrato, problemas na execução não tiveram sua elaboração nos romanos¹⁹. (EBEL&THIELMANN, 2003, p.71-72)

Diante desta constatação do sistema estabelecido pelo Direito romano de não configurar um sistema fechado e adepto a esmiuçar conceitos de seus institutos, não é de se espantar que, por isso, não se encontrar no Direito romano “uma doutrina coerente ou substancial do negócio jurídico”(STRENGER, 2000, p.88) mas, sim, encontrar-se como principal objeto de análise o contrato de compra e venda, o qual serviu de base para a estipulação da compreensão romana de contrato (EBEL &THIELMANN, 2003, p.79).

¹⁸ Para Malcom Shaw (2004, p.19) é a partir desta concepção de *Law merchant* que se começaram a instalar na Europa continental uma rede de regulamentações e práticas próprias das relações mercantis. Este processo tem como expoente as regras das corporações que, em conjunto da *Law Merchant*, são o embrião das regras contemporâneas do comércio internacional.

¹⁹ Tradução livre do original em alemão: „Zur allgemeinen Charakterisierung der Schriften der Klassiker ist hervorzuheben, dass sie sich streng an die Erörterung konkreter Fälle halten. Ihre Entscheidungen sind knapp, oft gar nicht begründet. Sie sollen aus sich selbst heraus überzeugen. Verallgemeinerungen, Regeln, Definitionen stehen die Klassiker skeptisch gegenüber. So ist das klassische Recht weit entfernt davon geblieben, ein geschlossenes System zu bilden. Allgemeine Regeln etwa über Willenserklärung, Verträge, Leistungsstörungen haben die Römer nicht aufgestellt“.

Partindo de uma associação do papel da vontade, os romanos conceberam a premissa que segundo a qual todo acordo (no sentido de contrato) estaria baseado numa convenção, ou seja: “quando duas ou mais pessoas se põem de acordo a respeito d um objeto determinado, diz-se que há entre elas convenção ou pacto” (PETIT, 2003, p.414).

Sob está concepção estabeleceram o que hoje é conhecido como a forma do contrato, uma vez que a convenção (o pacto) por si só não poderia estabelecer uma relação obrigacional jurídica entre as partes envolvidas, ou seja, o simples acordo de vontades entre os envolvidos não era suficiente para tornar-se uma obrigação civil.

O contrato, no Direito romano, pode então ser definido como sendo uma espécie de convenção que cria uma obrigação civil, isto é, uma convenção que cria um direito quando cumpridas as formalidades legais que a façam ser considerada um contrato – ensejando um direito de ação no caso de seu descumprimento.

A regra antiga que domina ainda na época clássica e que subsiste mesmo à época de Justiniano, é que o acordo das vontades, o simples pacto, não basta para criar uma obrigação civil. O Direito Civil não reconhece esse efeito senão as convenções acompanhadas de certas formalidades, cuja vantagem é dar mais força e mais certeza ao consentimento das partes e diminuir os pleitos, encerrando em limites precisos a manifestação da vontade. (PETIT, 2003, p.415)

Assim, pode-se verificar que em Roma a vontade das partes encontrava-se limitada juridicamente pelas formalidade jurídicas, não se podendo afirmar que seria proveniente de uma soberania da vontade. Trata-se da vontade como expressão da liberdade de contratar (sentido amplo), mas como os romanos não se preocuparam em consolida-la como doutrina, restou implicitamente vinculada a ideia geral de obrigação civil oriunda de uma convenção.

Porém é marcante que será dentro do campo das obrigações civis (no sentido de obrigações privadas) que nascerá a concepção da autonomia da vontade, não como uma expressão da liberdade de contratar, mas, sim, como elemento determinante para a aplicação de um direito, ou mais preciso historicamente, de um estatuto.

2.2.3 O período dos pós-glosadores: as escolas estatutárias, Dumoulin e o princípio da vontade

Em todos os ramos do pensamento humano foram postas em dúvida as concepções medievais a partir do advento de novas ideias. O ser humano poderia, como a Igreja ensinava, ser um pecador. Mas mesmo assim, era sujeito de grandes feitos e de interesse nas suas própria vontade. As pessoas paravam de viver como uma massa anônima e, em seu lugar começaram a se orgulhar de si mesmas e de seus feitos²⁰. (ATMORE *et alii*, 1975, p.230)

O período da Renascença (entre 1350 a 1600 *a.D.*) marcaria o momento histórico em que surge a concepção moderna de autonomia da vontade. Se a era feudal fora marcada pela ascensão do princípio da territorialidade e no lento resgate das concepções romanas acerca do Direito, seu término foi marcado pelo renascimento do Direito, da ruptura do Direito universal e a consolidação interna em cada feudo, de um Direito próprio: os Estatutos.

O regime feudal que havia nascido neste intervalo, assim que se estabeleceram as vilas, subdividiu a parte da Europa ocupada pelos povos de origem germânica em um grande número de territórios, mais ou menos independentes uns dos outros. A esta época da Idade média, cada província, cada vila era regida por um costume particular (*statutum*)²¹. (FOELIX, 1866, p.14)

Os estatutos se constituem no resultado de um período marcado pela convivência entre princípio da personalidade das leis e o princípio da territorialidade das leis, este significando uma combinação entre as diferentes fontes do Direito então existente, para resultar na legislação adotada no feudo. Na reação a este sistema extremamente fechado derivado da preponderância do princípio da territorialidade, o nascimento das escolas estatutárias – “*L’école des statutaires*” (BROCHER, 1881, p.10).

Analisar e classificar esses diferentes estatutos compilado no período dos Glosadores foi a proposta dos pós-glosadores e, com ela, nascia não só a teoria do estatutos. Do seu desenvolvimento surgiria na Ciência Jurídica, o ramo do DIPr.

Esses doutores, que são geralmente nominados de Comentaristas ou pós-glosadores, dividiram todas as leis, todos os estatutos, todos os costumes, todas as fontes do direito positivo em vigor em um país, em três classes as

²⁰ Tradução livre da versão em alemão: „Auf Allen Gebieten wurden nun mittelalterliche Vorstellungen durch neue Ideen in Frage gestellt. Der Mensch mochte zwar, wie es die Kirche lehrte, ein Sünder sein – dennoch war er zur Größe fähig und um seiner selbst willen interessant. Die Menschen hörten auf als anonyme Masse zu leben, und wurden stat dessen stolz auf sich selbst und auf ihre Werke“.

²¹ Tradução livre do original em francês: «Le régime féodal, qui avait pris naissance dans l’intervalle, ainsi que l’établissement des villes, subdivisèrent la partie de l’Europe occupée par les peuples d’origine germanique en un grand nombre de territoires plus ou moins indépendants l’un de l’autre. A cette époque du moyen âge, chaque province, chaque ville était régie par une coutume particulière (*statutum*)».

quais se denominaram de estatutos pessoais, reais e mistos²². (ASSER, 1884, p.9)

Se, no período dos Glosadores, o estudo consistia na compilação e anotação lateral dos diferentes textos legislativo (predominantemente romanos), o período dos pós Glosadores consistiu na exposição de comentários e na contraposição dos diferentes textos legais, reformando a doutrina jurídica como um todo e lançando as bases do Direito como Ciência.

A teoria dos estatutos – uma das principais obras dos pós-Glosadores- consistiu na classificação, contraposição e comentários acerca dos diferentes estatutos existentes nas cidades europeias, cuja finalidade maior foi a de resgatar a unidade e harmonia na aplicação do Direito entre estes diferentes sistemas jurídicos que se formaram.

Aqui se pode realizar uma interessante constatação. Enquanto os romanos abandonaram o esforço de elaborar uma doutrina de normas colisionais em prol de estabelecer um sistema universal de aplicação do Direito, a teoria dos estatutos foi justamente a tentativa dos pós-glosadores em, ao elaborar uma doutrina acerca de normas colisionais, estabelecer o sistema universal de aplicação do Direito.

Seguindo o entendimento comum da doutrina internacionalista, os estatutos foram inicialmente divididos em três classes: os pessoais, os reais e os mistos. Nomenclatura que data do século XVI. Esta classificação é somente a mais conhecida e, na medida do possível, a mais simples que se elaborou no assunto referente a teoria dos estatutos²³.

Em rápida síntese, para não deixar o assunto vago, considerava-se um estatuto como sendo pessoal quando regulava, de forma preferente, o estado das pessoas e, de forma secundária/acessória, os referentes a outros tipos de bens não previstos nos estatutos reais. Estes, por sua vez, eram aqueles estatutos que versavam sobre o regime de propriedade, disposição e transmissão de bens (incluindo-se aí pessoas, no caso de escravo) (BEVILAQUA, 2002 [1906], p.16).

²² Tradução livre do original em francês: « Ces docteurs, que l'on nommé généralement les Comentateurs ou Post-Glossateurs, divisent toutes les lois, tous les status, toutes les coutumes, toutes les sources du droit positif en vigueur dans un pays, en trois classes auxquelles on a donné les noms de *status personnels, réels et mixtes* ».

²³ A rigor cada escola de comentaristas seguia uma classificação própria. Para exemplificar, pode-se utilizar a classificação proposta por Albéric de Rosciate, que não compartilhava da divisão entre pessoais, reais e mistos, optando por utilizar a divisão dos estatutos quanto a sua origem legislativa: leis particulares, de leis gerais e de leis municipais (ASSER, 1884, p.9).

Os estatutos mistos, por sua vez, consistiam naquelas regulamentações sobre pessoas ou bens que não se encaixassem nas duas classificações anteriores, variando conforme o autor e, por isso, considerados como inconstantes (ASSER, 1884, p.9).

Realizada a breve explicação acerca da divisão mais comum da teoria dos estatutos, cabe salientar que, além das diferentes classificações existentes, a análise das normas colisionais, ou melhor, do estudo do fato extranacional acabou por gerar, cada uma em um determinado período histórico, quatro grandes escolas estatutárias: a italiana do século XIV, a francesa do século XVI, a holandesa do século XVII e a alemã do século XVIII (CASTRO, 2004, p.141).

Dentro deste contexto histórico, o ponto de maior relevância é a análise da questão referente do surgimento do estatuto baseado na vontade das partes, que apresenta o nascimento da autonomia da vontade no âmbito da Ciência Jurídica, trata-se da escola francesa dos século XVI. Mais precisamente a figura de Charles Dumoulin²⁴.

Por duas vezes Dumoulin expôs a sua doutrina sobre o **princípio da vontade**. Primeiramente, em 1525, no seu *Consilium* 53 e, depois, em 1554, no seu comentário à lei 1ª do **Código Justiniano**, intitulado *Summa Trinitate*. Segundo o sistema de Dumoulin, os estatutos seriam distribuídos em duas grandes categorias:

1. Estatutos relativos à **forma** dos atos e das instâncias (os concretizados no aforismo *Locus retig Actum*);

2. Estatutos relativos ao fundo do Direito, nos quais distinguia dois grupos:

- 2.1 o dos Estatutos referentes aos atos em que fosse acatada a vontade das partes (*quae pendente voluntate*), mesmo a título supletivo; Esse último grupo se distribuiria por duas classes: a dos **estatutos reais** e a dos **estatutos pessoais**.

Dentre os Estatutos relativos ao mundo do Direito, ocupam o primeiro lugar aqueles referentes aos atos em que a vontade das partes deve ser respeitadas, deve ter uma autoridade completa, mesmo quando esses estatutos tenham uma feição apenas supletiva, de um conselho orientador. Por esse **princípio da autonomia da vontade**, as partes têm o poder de determinar a **essência** as cláusulas que devem reger seus entendimento recíprocos.

Por ele, têm as partes um poder de escolha. Alguns autores deduziram, mesmo, desse fato, de tais circunstâncias, intuitivamente percebidas, o aforismo: **a vontade é soberana na escolha da lei reguladora da substância e dos efeitos do contrato**. (LORETO, 2000, p.262-267)

A contribuição de Dumoulin ao estudo da teoria dos estatutos foi o primeiro passo da autonomia da vontade dentro da Ciência Jurídica, já possui a feição de um princípio

²⁴ Importante ressaltar que a questão da vontade das partes envolvidas em determinada obrigação civil já fora sido abordada anteriormente a Dumoulin, pela pessoa do glosador Rochus Curtius, onde numa breve passagem levou em consideração a ideia de uma possível influência da vontade das partes em se tratando de matéria contratual, podendo ser considerado como predecessor de Dumoulin, porém não o criador da ideia base de autonomia da vontade (PILLET, 1924, p.150).

capaz de impor um terceiro elemento na aplicação do Direito estrangeiro, e a mitigar os elementos de conexão que até então dominavam os debates sobre o tema: *o locus regit actum* e o *ius fori*.

Porém, longe de consistir num assunto harmônico, a análise da contribuição de Dumoulin, no que tange a autonomia da vontade, é eivada de problemas, dado que sua análise partia de uma questão envolvendo um contrato de casamento, para demonstrar que sua idealização da vontade das partes, como elemento de relevância, não advinha da seara do Direito contratual em si, mas, sim, da própria vertente existente no Direito de Família o qual, juntamente com o Direito das sucessões, possibilitava o realce da posição da vontade dos envolvidos.

Na realidade, Dumoulin não propunha uma direta mitigação ao binômio *locus regit Actum – ius fori*. Vinha para mitigar o princípio da nacionalidade, como sendo o ponto fundamental nas relações de casamento – dado que, no Direito de Família, a questão do casamento restaria dividida entre o local de formação do contrato e a nacionalidade dos cônjuges (em especial do cônjuge masculino), para traduzir-se na clássica divisão territorialidade / personalidade da lei aplicável – situação que não se encontrava no Direito contratual.

Esta constatação se confirma quando se verifica que Dumoulin nunca defendeu diretamente a possibilidade de se recorrer à vontade das partes, no que tange à escolha do Direito aplicável num contrato obrigacional (*Schuldvertrag*) (KEGEL, 2004, p.173), apenas cogitando a utilização da vontade das partes na interpretação do contrato de casamento.

É verdade que Dumoulin utilizou uma linguagem que pode ser interpretada de modo a significar que a intenção subjetiva das partes determinaria o direito aplicável, invés do *locus contractus* e descrito como fortuito. Numa análise mais profunda, evidencia-se que ele utilizou a intenção implícita das partes como mecanismo sobre o qual se apontaria o lugar da execução do contrato ao invés do local de formação do contrato. É certo que sua principal preocupação deve ter sido o contrato de casamento²⁵. (NYGH, 1999, p.4)

Tal constatação não retira da figura de Dumoulin o crédito de ser um dos primeiros juristas a expressar a existência de um princípio da vontade, no campo do Direito.

²⁵ Tradução livre do original em inglês: “it is true that Dumoulin used language which could be interpreted to mean that the subjective intention of the parties determined the applicable law, rather than the locus contractus. Which he described as fortuitous. But a closer analysis shows that he used the implied intention of the parties as a device which would point to the place of performance rather than of contracting. Indeed, his main concern appears to have been with the marriage contract”.

Inicialmente postulado na seara do Direito de Família, viria a se alastrar por todo o pensamento do Direito contratual, nos séculos pós-Dumoulin.

Neste contexto, abre-se o movimento que tornaria a vontade uma figurinha fácil de identificar no debate jurídico, pois surgia o voluntarismo, que daria força à concepção da vontade como sendo um elemento de explicação da estrutura do novo *Direito inter gentes* e que se desenvolvia a partir do fim do *ius gentium*.

2.2.4 O voluntarismo e o período da soberania da vontade

2.2.4.1 O voluntarismo como caminho da vontade no pensamento jurídico

Diferente do que se possa pensar, a formulação de Dumoulin acerca do princípio da vontade como sendo elemento de interpretação contratual, não é o ponto de partida do debate acerca da vontade e sua relação com a livre manifestação da vontade das partes nos contratos; sim o resultado no campo jurídico de um embate maior acerca do papel da vontade na Teoria geral do Direito, mais precisamente no campo onde a Filosofia e a Teoria geral do Estado se confluíam.

A questão é que a formulação de Dumoulin pode ser considerada como um resultado de um debate maior no campo do Direito – prenúncio das alterações que aconteceriam no século XVII na estrutura sócio-política da Europa, da qual a própria concepção do Direito como um todo seria reformulada.

Este contexto que permite estabelecer o Voluntarismo como sendo o caminho pelo qual a vontade vai se estabelecer no campo jurídico. Processo que inicia justamente, na questão referente à legitimação do poder estatal – ciclo que pode ser visualizado na transição da concepção da autoridade e, por consequência, do Direito estar assentado na vontade de Deus para a concepção dominante da vontade do Estado nacional.

Um processo de cunho mais filosófico do que propriamente jurídico, que vai influenciar o desenvolvimento do papel da vontade no Direito Começa pela questão do

fundamento do Direito até mesmo à sua própria inserção no campo do Direito contratual – um processo que levaria três séculos para se consolidar.

Este ciclo da vontade se evidencia quando se analisa o Direito Internacional público e a transição deste direito à ideia do *ius gentium* para o *ius inter gentes*, que não por acaso tem seu início nos séculos XVII e XVIII, consolida-se no século XIX e perdura até este início de século XXI.

Justamente neste ciclo – existente no debate acerca da legitimação do poder, no seu relacionamento com a ideia de soberania e no debate da fundamentação da relação entre as diferentes soberanias que emergiam com o fim da unidade imperial – é que vai se verificar a influência da vontade no debate jurídico, entre eles o da autonomia da vontade no Direito contratual privado.

O voluntarismo materializa a premissa a qual autonomia da vontade vai ser um conceito que sai da filosofia e adentra no Direito Internacional, para só então adentrar no Direito privado nacional – sendo este percurso o motivo de se estabelecer algumas meias verdades no pensamento jurídico privatista civilizado e gerar na autonomia da vontade um conceito extremamente difícil de delimitar. Percurso que resulta no abandono da vontade de Deus, como um objeto inequívoco para tornar a vontade dos homens a base da estrutura social

2.2.4.2 O caminho para o período da soberania da vontade

2.2.4.2.1 A paz de Vestefália e a estrutura política que a sucedeu

O sistema de direito internacional moderno é o resultado das grandes mudanças políticas que marcaram a transição da idade média para o período moderno da história. Podem ser elas resumidas na transformação do sistema feudal em estado territorial. A característica principal deste último, que o distingue de seu predecessor, é a suposição pelo governo da autoridade suprema dentro do território do Estado. O monarca não compartilhava sua autoridade com os príncipes feudais dentro do território do Estado, era ele em larga medida uma figura representativa do que o atual chefe de estado. Nem o compartilhava mais com a Igreja, no transcorrer da idade média chamou para si um certo montante de autoridade suprema dentro da cristandade. Quando essa transformação se consumou no século XVI, o mundo político consistia num número de Estados quais eram, em termos jurídicos, dentro de seus respectivos territórios independentes uns dos outros, e não reconheciam

nenhuma autoridade secular acima deles. Em outras palavras, eles eram soberanos²⁶. (MORGENTHAU, 2005, p.284-285)

Em qualquer estudo acerca das instituições advindas do Direito internacional – seja privado ou público – o ano de 1648 não poderia deixar de ser mencionado. Foi neste ano que a estrutura feudal europeia veio a ser totalmente ultrapassada. Daí instalam as bases da comunidade de Estados nacionais que hoje existe e foram lançados os principais conceitos existentes no Direito internacional como um todo.

Em breve resumo histórico, a Paz de Vestefália de 1648 foi a denominação dada aos tratados celebrados nas cidades alemãs de *Munster* e *Osnabrück*, pondo fim a Guerra dos Trinta anos, que envolveu as principais monarquias da época e a Igreja Católica. Nestes tratados envolveram-se predominantemente a Igreja Católica, o reino da França, o reino da Suécia e os principados alemães, se estabeleceram a resolução do problema de crença entre o Catolicismo e o Protestantismo, bem como determinava a equidade entre os Estados europeus, entre si e perante o Papado. Tal período ficou conhecido como aquele em que nasceu o Direito Público europeu (DINH; DILLER; PELLET, 2003, p.53).

Mas a maior importância dos eventos destes tratados foi a reformulação do conceito de soberania que, até então, ainda era vista por um aspecto imperial – universal, sendo substituída por uma concepção bipartida, fragmentada e personificada na figura do monarca de cada reino – nascia a soberania nacional e a soberania internacional.

É certo que direito e soberania são incompatíveis se definirmos esta última como um poder absoluto e ilimitado. Mas, se pode ser possível tomarmos essa definição no interior do Estado, há apenas um único soberano; qual seja o Estado, o povo ou a nação não têm importância; o que importa é que existe apenas um, e que mesmo não é nem subordinado nem igual a nenhum outro poder. Diversamente ocorre no plano internacional. (PELLET, 2004, p.5)

O Direito público europeu²⁷ surgia como resposta jurídica à concepção da existência de fato de uma comunidade composta por sujeitos soberanos – que nesta época figurava a comunidade internacional composta pelas diferentes monarquias europeias.

²⁶ Tradução livre do original em inglês: “The modern system of international law is the result of the great political transformation that marked the transition from the Middle Ages to the modern period of history. It can be summed up as the transformation of the feudal system into the territorial state. The main characteristic of the latter, distinguishing it from its predecessor, was the assumption by the government of the supreme authority within the territory of the state. The monarch no longer shared authority with the feudal lords within the state territory of which he had been in a large measure the nominal rather than the actual head. Nor did he share it with the Church, which throughout the Middle Ages had claimed in certain respects supreme authority within Christendom.. When this transformation had been consummated in the sixteenth century, the political world consisted of a number of states that within their respective territories were, legally speaking, completely independent of one another, recognizing no secular authority above themselves. In one word, they were sovereign”.

Longe de esmiuçar os efeitos do Direito público europeu sobre a Ciência Jurídica, é de se ressaltar a constatação de que, neste processo de alteração da figura soberania, somado à idealização de um direito público especializado (de base não romana), resultou no aparecimento dois elementos chaves na ciência jurídica: o de Estado²⁸ e do próprio Direito internacional.

A partir de 1648 o Direito Internacional passa a fazer parte da agenda internacional como instrumento para regular todo tipo de negociação no plano internacional e a ser objeto de estudo de forma mais sistematizada, recebendo *status* de ciência jurídica.

O período de surgimento, afirmação e preponderância do Direito Internacional Clássico corresponde a um cenário internacional que coincide com o aparecimento dos Estados constitucionais e a preocupação com a imposição da soberania estatal; salientando, pois, as ideias políticas, jurídicas e filosóficas inspiradoras daquela ordem internacional que permanecem vivas até hoje e ainda influenciam o pensamento contemporâneo do Direito internacional. (MENEZES, 2005, p.36-37)

O advento do Direito internacional, na sua forma de *ius inter gentes*, vai acelerar o processo de adoção da vontade como conceito de teoria geral do Direito, ao invés de conceito puramente relacionado ao Direito obrigacional – característica do fechamento do primeiro ciclo da vontade no pensamento científico.

O fechamento do primeiro ciclo da vontade ocorre no momento em que, tanto filósofos quanto juristas, são forçados a abandonar a ideia de que o fundamento do Direito e da Autoridade num território estaria assentada na vontade de Deus – como preconizado pela Igreja durante a Idade média.

Ocorre que a vontade de Deus como fundamento do Direito possuía como características uma unidade e uma universalidade de aplicação – resquícios da universalidade da autoridade romana no mundo antigo – enquanto que a autoridade personificada no monarca, determinava que a vontade deste monarca é que fundamentaria o Direito, Direito

²⁷ Não se confunda aqui a figura do Direito público europeu com a concepção de Direito Comunitário Europeu. O Direito público europeu existiu no período de transição entre a ideia de direito universal motivada no *ius gentium* e o advento no século XIX do Direito Internacional público motivado no *ius inter gentes*. Tratava-se, em síntese, de uma espécie de Direito específico para os Monarcas e outras figuras dotadas de soberania (ex. Papado) em que se resolviam questões envolvendo duas ou mais personificações da soberania (ex.: conflito de interesses de dois monarcas), não possuindo vestígios de supranacionalidade, nem a finalidade de integração regional – características existentes no Direito Comunitário Europeu contemporâneo.

²⁸ O Estado, apesar de existir desde o momento em que o ser humano se uniu para formar uma sociedade, não pode ser considerado como objeto da Ciência Jurídica até o momento em que assumiu a feição de sujeito de Direito. O mais correto seria utilizar-se da expressão Estado moderno. Porém, neste momento histórico o que emerge, em realidade, são os fundamentos para o desenvolvimento do Estado moderno, este que será consolidado somente no século XIX e os movimentos nacionalistas daquele século.

este localizado no território de atuação do Monarca e, portanto, destituído de universalidade e com uma frágil unidade.

A situação do poder do monarca encontrar seus limites na figura de outro monarca acaba por promover a curiosa vinculação da ideia de vontade com a ideia de soberania, esta derivada da constatação de que “os lordes soberanos é que são sujeitos de direito das relações entre organizações governamentais²⁹” (IPSEN, 2004, p.220) – ou seja, existia agora um sujeito de Direito dotado de soberania, na sua manifestação de vontade.

De todo modo, a estrutura política da paz de Vestefália vai contribuir diretamente para o nascimento do Estado moderno e para o desenvolvimento do Direito internacional - ambos exercendo influência direta no desenvolvimento do princípio da vontade no pensamento jurídico.

2.2.4.2.2 A separação do ius gentium do ius civile – internacional e nacional se dividem no Direito.

Sem a Igreja não se conseguirá compreender a sociedade medieval e seus elementos estatais. (...) A sociedade medieval foi a sociedade da unidade de crença, unidade do Império, unidade do Direito³⁰. (EBEL&THIELMANN, 2003, p.159).

O mesmo século XVII, por via da paz de Vestefália, vai promover a adoção de uma nova realidade de organização da comunidade de Estados e da Igreja, também o processo de ruptura entre o *ius gentium* e a ideia de Direito natural.

Os glosadores e, boa parte, dos pós-glosadores sempre mantiveram intacto em seus estudos o legado romano da universalidade de aplicação do Direito, resultando na manutenção da concepção de um Direito universal aplicável a todos os povos – universalidade que não se traduzia em nível legislativo, mas em nível abstrato-teórico.

²⁹ Tradução livre do original em alemão: „Die souveränen Fürsten sind die Rechtssubjekte der Beziehungen zwischen Herrschaftsverbände“.

³⁰ Tradução livre do original em alemão: „Ohne die Kirche sind die mittelalterliche Gesellschaft und ihre staatlichen Element nicht zu verstehen. (...) Die mittelalterliche Gesellschaft war Einheit: Einheit des Glaubens Einheit des Reichs, Einheit des Rechts“.

Esta universalidade era o fundamento da autoridade do Papado e, até certo ponto, do Imperador Sacro romano-germânico – situação que, em teoria, garantia a universal aplicação do Direito canônico e do Direito romano na era medieval.

A realidade medieval apresentava uma ausência de concepção de Direito internacional, seja pública ou privada, ou de uma ramificação especializada das obrigações contratuais. A divisão os contratos privados inseriam-se num estudo universalista e uniforme, englobando não só os contratos civis como incluíam os demais contratos privados (ex.: mercantis). Era o surgimento da moldura civilista do estudo contratual – os Codex das grandes corporações em muito se baseavam nas lições do *Corpus Iuris Civilis*, modificando-o no que se referia à incidência das práticas e costumes comerciais.

Acrescente-se o fato de que o último grau de recurso judicial restava na figura soberana do Imperador e do Papa, contribuindo ainda mais para a crença de que o fundamento da autoridade e do Direito restavam atrelados a um conceito unitário e universal de Soberania.

Ocorre que os mesmos eventos que levaram à Guerra dos Trinta anos, levaram o pensamento científico como um todo a sofrer uma profunda reformulação: a Reconquista, a Reforma, a fundação de colônias na África e no descobrimento das Américas em 1492, alteravam profundamente a concepção da realidade social, política e jurídica das sociedades europeias.

Destes inúmeros eventos, a fundação da política colonial e a descoberta das Américas, foram as principais causas que trouxeram a necessidade de reformulação das concepções jurídicas até então dominantes e que nascia uma questão: resolver o problema da situação jurídica dos povos nativos desses novos continentes e, mais importante, como encarar a titularidade da propriedade dessas novas terras.

Durante o período de formação do sistema estatal europeu, a ordem do direito das gentes foi imediatamente confrontada com um de seus maiores problemas na ordem territorial da história da humanidade: a distribuição territorial dos continentes recém descobertos³¹. (GREWE, 2000, p.229)

Problema que o Direito até então fora incapaz de oferecer respostas satisfatórias. Incapacidade que resultaria no surgimento de um plano de estudo totalmente novo para o jurista, após a Paz de Vestefália: o Direito internacional.

³¹ Tradução livre da versão em inglês: “During the formative period of the European State system the order of Law of nations was immediately confronted with one of the greatest problems of territorial order in the history of humanity: the distribution of territory in the newly discovered continents”.

O ponto central é que o Direito internacional, consolidado na Paz de Vestefália, foi resultado de um processo de reformulação da ciência jurídica, que se iniciara com a revolta de Francisco de Vitoria diante das doações feitas pelo Papa aos Reinos da Espanha e de Portugal das novas terras além-mar, defendia-se que a propriedade daquelas terras não era da Igreja, mas, sim, de seus habitantes. Não podendo a Igreja fazer tal doação. Nascia nesta revolta a expressão *inter gentes*”, para substituir, na definição de *ius gentium* das Institutas, a palavra *homine* por *gentes* (MELLO, 2004, p.176).

Na esteira desta problemática, acrescentou-se ao debate jurídico a delicada temática referente ao “Direito à guerra justa”. Debate que culminaria, em 1625 no aparecimento da obra de Hugo Grotius da proposta de separação entre o Direito das Gentes e o Direito natural – para romper a unidade entre o *ius gentium* e o *ius civile* até então de tradição romana.

Numerosos autores tentaram ilustrar com comentários ou reduzir para um sumário o Direito Civil, tanto no tocante às leis dos romanos quanto à legislação particular de cada nação. Esta parte do direito, porém, que intervém nas relações de muitos povos ou de chefes de Estado, cujos preceitos são fundados sobre a própria natureza ou estabelecimento por leis divinas ou ainda introduzidas pelos costumes e por uma convenção tácita, poucos escritores tentaram entrar nesse campo, ninguém tentou até o presente fazer disso o objeto de um tratado completo e metódico. (GROTIUS, 2004 [1625], P.33)

Ao propor um estudo afastado da metódica dominante no Direito privado, Grotius acabou por selar a ruptura do próprio Direito privado para, no primeiro momento, bipartir-lo – divisão hoje representada pelo plano nacional e plano internacional.

Assim a bipartição do conceito de soberania que se deu em 1648, na realidade, era consequência lógica do processo de divisão do próprio Direito e do processo de abandono da estrutura medieval de seus institutos.

A mais crucial contribuição de Grotius foi sua ênfase no direito das gentes (o *ius gentium*) como um corpo jurídico distinto do direito natural propriamente dito, e não meramente como um componente ou um subtítulo desse, como havia sido o caso anteriormente. Ademais, esse corpo jurídico não era mais visto, como na idade média, como uma aplicação do direito natural aos afazeres humanos. Agora, a prática dos Estados agora era vista como sendo fonte própria do Direito e dissociada das demais³². (NEFF, 2003, p.37)

³² Tradução livre do original em inglês: “The most crucial contribution of Grotius was his emphasis on the law of nations (the *jus gentium*) as a body of law distinct from the law of nature properly speaking, and not merely as a component or sub-set of it, as had been previously the case. Furthermore, this body of law was no longer seen as in the Middle Ages, as the application of natural law to human affairs. Instead, the practice of States was now seen as a distinct source of law in its own right”.

Assim como a vontade emergia como um fator de explicação do fundamento desta nova estrutura, logo se veria assentada como uma das fontes do Direito. Ou seja, não na figura da vontade individualmente considerada, mas na vontade do Estado, concepção que encerraria o ciclo da vontade no pensamento científico, já no fim do século XVIII e início do século XIX.

2.2.4.2.3 O ano de 1688 e a revolução na Inglaterra

Assim, as decisões tomadas a partir da Revolução Gloriosa, nome que se deu à queda de Jaime II, firmavam a substituição da monarquia absolutista pela monarquia parlamentar constitucional. Essa Revolução teve, para a Inglaterra, o mesmo papel que, para a França, teve a Revolução Francesa de 1789, no que se refere à derrubada do Estado absoluto, e ao surgimento das condições políticas essenciais à burguesia, como a edificação de um Estado burguês, favorável à posterior eclosão da Revolução Industrial. (VICENTINO, 1997, p.216).

Se não bastassem o surgimento do Direito público europeu e a ruptura da unidade do Direito, o século XVII ainda traria, por via da Revolução Gloriosa, a introdução das premissas que não só fundamentariam o debate político, mas também jurídico nos séculos posteriores – influenciando a revolução francesa, a qual consolidaria os conceitos e fundamentos até então abstratos e em estágio primário de elaboração – com destaque na noção de Constituição emergente nos pactos de poderes e o pensamento liberal.

A análise da Revolução Gloriosa se reduzirá a dois pontos que exercerão uma especial influência no estudo do Direito privado: a relação entre Estado e os seus súditos e as características do pensamento liberal inglês ainda embrionário no Estado pós-revolucionário.

Na Europa continental, o Estado que emergia da Paz de Vestefália de 1648 mantinha numa estrutura baseada na autoridade e centralizada na pessoa do monarca. Daí não ser temerário afirmar que boa parte das leis e do Direito, encontrava-se sob os caprichos das casas reais – era o Estado absolutista.

Ocorre que, diferente da Europa continental – onde os efeitos das transformações da Reforma e das descobertas ultramarinas atingiram seu ápice nos conflitos encerrados com a Paz de Vestefália –, na Europa insular essas transformações só atingiriam um *status quo* a partir da Revolução de 1688.

A grande diferença entre a Europa continental e a Europa Insular, em especial a Inglaterra, era a de que na Europa Insular, já se havia estabelecido uma tradição de limitação do poder real, quando, em 1215, o rei João sem terra assinara a Magna Carta e submetia o exercício de seus poderes reais de acordo e nos limites da mesma. Ato que foi considerado o início do constitucionalismo no Direito³³ (DALLARI, 2001, p.198).

Tradição que pode ser considerada uma das principais motivações para se encontrar, nos ingleses, os primeiros teóricos adeptos da explicação contratualista da autoridade estatal, dado que, do ponto de vista político-filosófico, a Revolução Gloriosa pode ser considerada como o embate entre as filosofias de Hobbes e de Locke acerca do Governo.

Fica evidente que o estabelecimento, na Europa continental das monarquias absolutistas, não se coadunava com a realidade existente na Europa Insular, daí o choque de mentalidades da qual a Revolução Gloriosa foi o ponto final de um século recheado de conflitos.

Historicamente, o conflito entre a tradição constitucionalista inglesa com a noção emergente do absolutismo monárquico europeu desencadeou diversas interpretações acerca da Revolução Gloriosa³⁴, cujo único denominador comum é a observação de que não foi pela revolução e as guerras civis que se consolidou a monarquia parlamentarista na Inglaterra. Estas somente auxiliaram no estabelecimento de uma noção que somente se consolidaria no século XVIII (HOUSE OF COMMONS OFFICE, 2009).

Não é de relevância para este estudo analisar as distintas interpretações dos historiadores sobre as turbulências que culminaram com a própria Revolução Gloriosa. Basta a compreensão de que seria a partir da promulgação do *Bill of Rights* que se iniciaria um processo de estabelecimento de uma concepção de Estado burguês, do pensamento liberal e do liberalismo (político).

³³ Não se confunda constitucionalismo com Constituição, pois conforme Marcelo Neves (2009, p.54) o constitucionalismo inglês teve caráter evolutivo, a revolução gloriosa foi somente o início de um processo que século mais tarde e com influência das revoluções americanas e francesas auxiliariam a gerar e consolidar o significado moderno de Constituição, isto é, não é produto daquela revolução a ideia de Constituição, mas de limitação do poder monárquico pela manutenção das benesses do parlamento.

³⁴ Duas das interpretações históricas mais comuns associadas à revolução de 1688 é a dos *Whig*, mais geral e abstrata. Considera que a vitória da revolução significou o triunfo da “puridade do direito constitucional contra uma tentativa perversa de subjugação, tendo por consequência a reafirmação das liberdades dos ingleses”. A outra, de cunho marxista e de natureza mais concreta, ao analisar ponto a ponto o *Bill of rights*, o define como um “documento conservador”, de natureza declaratória que ressegura antigos direitos e restabelece a monarquia de forma limitada, mas não diferente das monarquias tradicionais (HOUSE OF COMMONS OFFICE, 2009).

O liberalismo político constitui-se sobretudo contra o absolutismo real, buscando nas teorias contratualistas, as formas de legitimação do poder, não mais fundado no direito divino dos reis nem na tradição e herança, mas no consentimento dos cidadãos (ARANHA&MARTINS, 1993, p.217).

Torna-se relevante analisar a constatação de que, no plano teórico, o Liberalismo tem sua base no embate entre duas das mais importantes teorias políticas do século XVII: o direito à revolução de John Locke e a ideia de submissão pacífica de Thomas Hobbes. Debate este que resultaria na opção do Estado burguês em sacramentar as ideias de John Locke, apesar das diferentes feições que o liberalismo iria adotar nos séculos posteriores.

Para compreender este embate teóricos, é preciso analisar aquelas doutrinas e as premissas que cada uma delas partilhavam acerca da relação entre o indivíduo e a autoridade (Estado).

O ponto de partida, para compreender esse choque teórico, é a teoria política de Thomas Hobbes e a idealização que ele faz da relação entre o indivíduo e a autoridade pública (Estado) baseada na pressuposição do pacifismo entre ambos os polos, nela os indivíduos se submeteriam, de forma pacífica, à figura representante da soberania na comunidade (não necessariamente personificada em uma só pessoa). Parte da premissa segundo a qual todos os seres humanos seriam iguais em faculdades físicas e mentais e, desta igualdade, emergia a possibilidade de todos atingirem seus objetivos. Esta busca invariavelmente provocaria conflitos entre os indivíduos cujos objetivos fossem iguais, inserindo o ser humano num estado natural dominado pela guerra de todos contra todos (HOBBS, 1985 [1651], p.183-184).

Este estado natural de guerra de todos contra todos se traduzia na ausência de um poder comum capaz de impor-se e subjugar os homens individualmente considerados. Somente por via de uma autoridade suprema comum, a existência da noção de justo e injusto, de certo ou errado se estabeleceria na comunidade (HOBBS, 1985 [1651], p.185-188).

No estabelecimento de tal poder comum e supremo entre os indivíduos, restaria caracterizado a figura do Soberano na comunidade. Ente que não estaria submetido às leis civis, já que ele era o criador de tais leis e responderia somente perante as leis naturais, consideradas de origem divina (HOBBS, 1985 [1651], p.367).

Assim como somente cometia crime aquele que infringisse as leis civis (sentido geral), dado que não existia crime sem previsão das mesmas, como afirma HOBBS

(1985 [1651], p.337), o soberano acabava por adquirir a particularidade de não ser sujeito capaz de cometer crimes. Isto implicava no pensamento de Hobbes, na inexistência da figura do abuso de poder, por parte da autoridade soberana. Pois para existir abuso, este estaria vinculado à sua previsão na lei e como a autoridade soberana era fonte desta lei, não poderia ser punida pela mesma. Daí a utópica premissa de Hobbes de que aquele que detém o poder de fazer as leis não poderia infringi-las.

Hobbes move-se dentro de um argumento ascendente-descendente. Ordem social é justificada pela referência as finalidades individuais, não de um código normativo preexistente. A existência de indivíduos livres e iguais mas separados e egoístas é o ponto de partida do argumento ascendente. Mas isso não significa que os desejos particulares de cada indivíduo devem ser respeitados. Isto seria impossível. Assim, Hobbes, assume que as finalidades reais e os interesses individuais coalescem com a existência de uma ordem social constrangente e que isto significaria a possibilidade de sua comprovação científica. Este argumento é recebido da suposição psicológica de um derogatório princípio da causalidade. Permite-se a legitimação da ordem social por via de uma maneira ascendente, até mesmo consensual. Mas isto também, torna possível a apuração (descendente) e a aplicação de restrições contra dissidentes individuais sob a *teoria do interesse objetivo*. O argumento ascendente legitima a ordem social pela referência aos fins individuais; o argumento descendente (e curiosamente a-político) permite a derrogação de fins particulares do indivíduo³⁵. (KOSKENIEMI, 2005, p.82)

O principal problema do liberalismo proposto em Hobbes restava justamente no caráter absolutista de sua concepção da autoridade soberana. Não sendo surpresa de o debate recair, entre outros pontos, na figura do consentimento e da vontade das partes envolvidas nas questões.

Concepção que chega ao ponto de legitimar a ideia de que o conquistador adquiriria um direito de governar soberanamente sobre os conquistados. Posição que se traduzia, no plano jurídico, na legitimação de uma compra e venda realizada sob a mira de um revolver – algo que definitivamente não era interessante para a classe dos comerciantes e dos proprietários rurais da época – como explica ATIYAH:

³⁵ Tradução livre do original em inglês: “Hobbes moves within an ascending-descending argument. Social order is justified by reference to individual ends, not some pre-existing normative code. The existence of free and equal but separate and egoistic individuals is the ascending argument’s starting point. But this does not mean that each individual’s particular wishes should be respected. This would be impossible. So, Hobbes assumes that the “real” ends and interests of individuals coalesce with the existence of a constraining social order and that what these are can be scientifically proved. This argument is received from a psychological assumption and an overriding causality principle. It allows the legitimating of social order in an ascending, even consensual, manner. But it also makes possible the (descending) ascertainment and application of constraint against individual dissenters under the *theory of objective interests*. The ascending argument legitimizes social order by reference to individual ends; the descending (and curiously non-political) argument allows overriding particular individual ends”.

O terceiro maior ponto no qual Locke se diferencia de Hobbes é o concerne ao papel do consentimento. Como Hobbes, Locke insiste que a sociedade civil é criada pelo consentimento das pessoas, mas diferente de Hobbes, ele rejeita a ideia que um consentimento extraído pelo medo seja um consentimento verdadeiro. Um conquistador não adquire título pela conquista, nem mesmo pela extração de submissão dos derrotados. ‘Deveria um ladrão invadir a minha casa, com uma adaga na minha garganta, fazer-me transferir minha propriedade para ele, deveria isto dar qualquer título? Claramente que não. Que a diferença existe, então, se o ofensor é um príncipe? ‘A injúria e o crime são iguais, independente de ser cometido por alguém que carrega uma coroa ou algum vilão comum’. E, novamente, promessas extorquidas pela força não são vinculantes; elas são tomadas de mim da mesma forma que meu cavalo pode ser tomado por um ladrão. Em ambos os casos, tenho o direito de reavê-los por mim mesmo³⁶(ATIYAH, 2003, p.49-50)

Em contrapartida, o liberalismo expressado em Locke vai estabelecer a matriz do pensamento liberal burguês e que evoluiria nos séculos seguintes. Ele propunha a concepção de que o estado natural do ser humano consistia num estado onde o indivíduo gozava de uma plena e absoluta liberdade, não sujeita a nenhum poder terreno, sendo a busca pela segurança que a comunidade representava, o fio condutor do abandono deste estado natural de liberdade plena para o estado de liberdade limitada pela comunidade (LOCKE, 2003 [1680], p.152-154).

A submissão do indivíduo ao poder soberano estabelecido em determinada sociedade não só significa a limitação e a relativização de sua liberdade, mas, também, a obrigação deste poder soberano estabelecido em assumir o dever de assegurar, por via de um direito válido, determinados valores como: a vida, a própria liberdade, a fortuna e a propriedade de seus súditos de forma a manter a paz e a segurança social (LOCKE, 2003 [1680], p.160-161).

Pensamento que acarretava a necessidade de uma fundamentação legal para a utilização da força pública contra o indivíduo, de modo que, a utilização desta força sem a legitimação do Direito, resultaria na inserção do indivíduo num estado de guerra. Situação que cancela qualquer compromisso assumido pelo indivíduo para com o poder público infrator e

³⁶ Tradução livre do original em inglês: “The third major point on which Locke differs from Hobbes concerns the role of consent. Like Hobbes, Locke insists that civil society is created by the consent of the people, but unlike Hobbes he rejects the idea that a consent extracted by fear is a true consent. A conqueror acquires no title by conquest, nor even by extracting submission from the vanquished. ‘Should a robber break into my house, and with a dagger at my throat, make me seal deeds to convey my estate to him, would this give him any title? Clearly not. What difference does it make,, then, if the attacker is a Prince? ‘The injury and the crime is equal whether committed by the wearer of a crown or some pretty villain’. And again, promises extorted by force are not binding; they are taken from me in the same way my horse can be taken by a thief. In either case I am entitled to resume my own”.

habilitaria o direito de autodefesa e de resistência contra o abuso de poder (LOCKE, 2003 [1680], P.202).

Se, em Hobbes, a figura do abuso de poder não existia, pela própria concepção de poder se associar ao Direito, em Locke o poder e o Direito são considerados distintos, em que um sem o outro se tornava uma estrutura incompleta.

Há de se notar, porém, que ambas as teorias evidenciam uma constante tensão entre a esfera particular e a esfera pública, cada qual movida pelos seus próprios interesses e consistindo na tarefa do Direito em servir de parâmetro para harmonizá-los. Poderia se resumir esta tensão na contraposição do interesse individual em exercer e gozar sua liberdade na forma mais plena possível, o interesse público encontrava sua razão em restringir tal liberdade, em prol da manutenção da paz e da segurança social, como explica Koskeniemi:

Em outras palavras o liberalismo contém duas vertentes *separadas* que, continuamente ameaçam uma a outra. A vertente ascendente legitima a ordem política pela referencia a fins individuais. A existência de valores naturais são negados. Indivíduos podem ser constrangidos somente para prevenir “danos a outros”. Mas qualquer constrangimento parece violar a liberdade individual, como aquilo que se considera “dano” pode ser somente determinado de forma subjetiva. A vertente descendente não tarifa melhor. Ela assume que um conjunto de direitos fundamentais ou em uma distinção natural entre as esferas privadas e públicas existe para garantir que a liberdade não é violada. Mas isto bloqueia qualquer ação coletiva como conteúdo destas liberdades (sejam “direitos” ou uma “esfera privada”) as quais só podem ser justificadamente estabelecidas somente pela visão individual das mesmas³⁷. (KOSKENIEMI, 2005, p.87)

O legado da Revolução Gloriosa se delimita assim na abertura do debate político-filosófico acerca dos limites da esfera pública e os limites da esfera particular, para dar início ao liberalismo. Mas uma das consequências desta situação foi, no pensamento jurídico, a ampliação da noção de contrato, ou seja, de instituto jurídico privado, para elemento de teoria geral do Direito, na explicação da relação entre o indivíduo e o Estado.

É possível que se encontre, neste momento, a origem do processo que resulta hoje no debate entre os direitos fundamentais e o Direito privado, do qual o fenômeno da constitucionalização figura como expoente máximo – uma vez que o contrato, um instituto até

³⁷ Tradução livre do original em inglês: “In other words, liberalism contains two separate strands which continuously threaten each other. The ascending strand legitimizes political order by reference to individual ends. The existence of natural values is denied. Individuals can be constrained only to prevent “harm to others”. But any constraint seems a violation of individual freedom as what counts as “harm” can only be subjectively determined. The descending stand fares no better. It assumes that a set of fundamental rights or a natural distinction between private and public spheres exist to guarantee that liberty is not violated. But this blocks any collective action as the content of those freedoms (either “rights” or a “private sphere”) can be justifiably established only by reference to individuals ‘view of’.

então puramente do Direito privado, começava a assumir uma conotação filosófica, de fonte do Direito como um todo, para ocupar o lugar do costume³⁸. Não se pode olvidar que a questão dos limites da esfera pública e da esfera particular consiste num tema, não só faz nascer mas também acompanha todos os debates envolvendo o Estado moderno e está longe de uma solução.

Outro fator de importância é que, a partir da Revolução Gloriosa, adentrava-se no estudo contratual a ideia de vontade como fonte da obrigação contratual ou, mais precisamente, da necessidade de se analisar a deliberação volitiva que ocorria antes de um ato jurídico – nascedouro da noção da vontade como liberdade de contratar.

O próprio conceito de contrato estava, neste período, num estado transitório. Tradicionalmente, um contrato era primeiramente concebido como uma relação envolvendo direitos mútuos e obrigações não existia necessariamente uma implicação que a relação jurídica fosse criada por um ato consciente ou deliberado de vontade, muito menos que os direitos e deveres daí gerados fossem criações da vontade. Um nível de consentimento pode ter sido pensado como normalmente necessário, mas o consentimento é uma ideia complexa per si, e é bem possível que existissem casos em que não haveria necessidade nenhuma de consentimento – como nós iríamos afirmar – como parte do relacionamento³⁹. (ATIYAH, 2003, p.37)

Esta situação, no fim do século XVII vai determinar o surgimento no pensamento científico (especialmente na filosofia, na política e na teoria geral do Direito que se encontravam fortemente vinculadas) o surgimento da doutrina do Voluntarismo, uma doutrina que invariavelmente contribuiria decisivamente para tornar a Vontade um termo tão polissêmico quanto o Liberalismo.

2.2.4.3 O voluntarismo “original”

³⁸ Salutar lembrar a advertência de Atiyah (2003, p.37) ao afirmar que o termo contrato, neste contexto de século XVII, não possuía a forte conotação consensual que iria adquirir no século XVIII e XIX, sendo utilizada pela ausência de palavra melhor para definir esta nova modalidade de fonte jurídica.

³⁹ Tradução livre do original em inglês: “The very concept of contract was, at this time, in a transitional state. Traditionally, a contract was primarily conceived as a relationship involving mutual rights and obligations; there was not necessarily an implication that the relationship was created by a conscious and deliberate act of will, still less that the rights and duties thereby generated were the creatures of the will. Some degree of consent may have been thought of as normally necessary, but consent is a complex idea itself, and there may well have been cases where no consent at all – as we would say – was a necessary part of the relationship”.

Até o momento procurou-se esclarecer que as alterações ocorridas no século XVII correspondiam às premissas sobre as quais se viriam estabelecer a concepção do Voluntarismo e, por consequência, o surgimento da concepção da soberania da vontade na Ciência Jurídica.

Inicialmente, ao se abordar o Voluntarismo neste estudo, é importante salientar que não se deve confundir este voluntarismo com uma de suas diferentes acepções que existem na Ciência Jurídica.

O Voluntarismo de fins do século XVII é o voluntarismo que se pode denominar de original, pois é a partir deste conceito original que iriam se desmembrar as suas mais diversas significações no campo do pensamento jurídico.

Neste sentido, o período da soberania da Vontade é o momento de surgimento e ascensão do pensamento voluntarista original. Consiste no período em que vigorava a plena expansão no campo da teoria geral das concepções de liberalismo, fundadas na ideia de contrato e no consentimento – expressões da vontade.

O Voluntarismo “original” corresponde justamente à melhor denominação que se encontrou para designar aquelas teorias que procuravam definir simultaneamente o fundamento do Direito, da autoridade do Estado e da relação entre o poder estatal para com os indivíduos. Por via do contrato e do consenso, influenciados pela nova realidade do pensamento humano diante do surgimento do Estado moderno, do Direito público europeu, da separação do *ius gentium* do *ius civile* e das diferentes realidades europeias, o envolvimento do pensamento liberal inglês contra o pensamento absolutista da Europa continental.

A opção por denominar este Voluntarismo de “original” se deveu à necessidade de se desvencilhar este pensamento da miríade que se formou acerca do mesmo. Teve, por motivação, dois pontos: (1) a ausência de termo melhor para definir este momento da Ciência Jurídica no século XVII e XVIII, quando diversos institutos hoje existentes possuíam uma acepção semelhante, mas diferente das atuais; (2) a constatação de que o termo Voluntarismo seria utilizado em diversos fenômenos e desdobramentos verificado no pensamento jurídico ocorrentes no século XIX, com especial menção às ramificações do Direito internacional e do Direito Civil⁴⁰.

⁴⁰ Importante salientar que este pensamento discorda da posição dominante na doutrina atual, onde pode-se figurar a afirmação de Claudia Lima Marques(2004, p.39), de que o século XIX seria o século do liberalismo

A título de exemplo, no Direito internacional, o Voluntarismo acaba por se associar às teorias formadoras do Direito Internacional Público, considerando-se voluntarista a teoria que defende residir na vontade dos Estados nacionais o fundamento do Direito Internacional Público, os tratados internacionais o caráter de contrato. O século XIX é apontado como sendo o momento de surgimento de tais teorias (TRINDADE, 2002, p.185). Neste significado, a contraposição do voluntarismo são as teorias objetivistas.

O voluntarismo é formado por aquelas doutrinas que defendem estar o fundamento do DI na vontade dos Estados, enquanto o objetivismo pressupõe a existência de uma “norma” ou de um “princípio” acima dos Estados.

Entre as teorias voluntaristas estão: a autolimitação; a da vontade coletiva, a do consentimento das nações e da “delegação do direito interno”. (MELLO, 2004, p.148-149)

Enquanto no Direito Civil, o Voluntarismo é comumente associado ao Direito contratual, às “teorias do voluntarismo contratual”, que considera a vontade individual como fonte primeira do Direito, com seu apogeu datado do período do voluntarismo clássico no século XIX, consistindo seu estudo nas teorias da vontade e declaração, da *culpa in contrahendo*; da responsabilidade; da confiança; e, em fim, da aparência (TARREGA, 2007, p.67).

Ambos os contextos não esgotam a utilização do termo Voluntarismo na Ciência Jurídica, mas põem em evidência seu o ponto de origem: a ideia da vontade como fonte de Direito e de obrigações.

Não é por acaso que o Voluntarismo vai ser a tradução do “ciclo da vontade”, a partir do momento em que a vontade de Deus deixou de ser a base e o fundamento da organização social, política e jurídica das comunidades humanas.

Reforçando a ideia do Voluntarismo “original”, cabe ainda ressaltar que, para um conceito ver-se associado aos mais diversos ramos do pensamento humano, é necessário que este conceito, em algum momento, tivesse uma definição unitária e ampla o suficiente para possibilitar o seu desmembramento em outros conceitos.

Neste ponto pode-se estabelecer, no que tange à vontade, a existência de duas concepções dentro do pensamento jurídico inaugurado com o século XVII: o da soberania da

econômico e do voluntarismo no Direito. Quando, em realidade, o século XIX vai ser simplesmente a consolidação destes modelos, não figurando nem como século de seu surgimento e nem de seu ápice. Posição deste estudo que abordar-se-á mais adiante.

vontade, que resulta da concepção do Voluntarismo “original”, e a da autonomia da vontade, que surge com a fragmentação do Voluntarismo pelos diversos ramos jurídicos.

Basicamente, trata-se da soberania da vontade na concepção da vontade emergida do Voluntarismo como filosofia, está autonomia da vontade é um produto da evolução do pensamento jurídico.

Constatação que se pode verificar justamente na crítica que hoje se fazem as teorias voluntaristas do século XIX acerca do Direito internacional: a ideia de que a vontade, por si, era capaz de ser fonte de Direito – uma ideia ancorada na filosofia dominante.

A conclusão a que podemos chegar é que as doutrinas voluntaristas, que são no Direito a continuação das filosofias de Espinosa e Hegel, são insuficientes para fundamentar o DI ou qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma vez que a vontade só produz efeitos quando preexiste uma norma jurídica lhe atribuindo tais efeitos e, como assinala Jiménez de Aréchega, tal norma não tem caráter consensual. (MELLO, 2005, p156)

Este contexto permite associar o período da soberania da vontade com o período de vigor deste Voluntarismo “original”, que vai compreender, aproximadamente, do século XVII ao século XVIII. Período também conhecido na história do Direito como o período do Direito racional (*Vernunftrechts*).

Um período de Direito racional pode se denominar esses dois séculos (1600-1800), quando a Filosofia social e o antigo Direito do Oriente (“Direito Natural”), na forma como haviam sido concebidas pelos pré-iluministas, exerceriam influência direta na Ciência Jurídica, nas Legislações e no trato do Direito pela maior parte dos povos europeus⁴¹ (WIEACKER, 1996, p.249).

Período no qual os juristas vão tentar resolver uma singela questão: como explicar e fundamentar um contrato entre um monarca e um mercador, sabendo-se que a vontade do primeiro é soberana e a do segundo não?

⁴¹ Tradução livre do original em alemão: „Ein Zeitalter des Vernunftrechts kann man die zwei Jahrhundeter (1600-1800) nennen, in denen die Alte Rechts- und Gesellschaftsphilosophie des Abendlandes („Naturrecht“) in der Gestalt, welche ihr die Frühaufklärung gegeben hatte, unmittelbaren Einfluss auf Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtspflege der meisten europäischen Völker gewann“.

2.2.4.4 O período da soberania da vontade e o legado liberal

Se algum dia houve uma era legislativa do *Laissez-faire*, esta foi a dos primeiros sessenta anos do século dezoito, diferente da associação que comumente se faz ao século dezenove⁴². (ATIYAH, 2003, p.93)

Assentado que o caminho para o período da soberania da vontade se baseou no campo da teoria geral, na adoção do contrato e na vontade, como bases do debate entre a esfera pública e a esfera privada, elevando ambos os conceitos à esfera filosófica, parte-se para analisar um período de pouca ressonância para a doutrina contemporânea: o período quando o princípio em que vontade passava da interpretação contratual para conceito filosófico determinante do Direito como um todo.

Para se compreender tal período optou-se por dividir a análise em três vetores. Eles nasceriam sob o legado do século XVII e marcariam o século XVIII: (1) as relações contratuais envolvendo monarcas; (2) o contrato social; e (3) o liberalismo econômico.

O primeiro vetor não consiste propriamente numa questão relacionada somente ao século XVIII, mas a uma questão intrinsecamente relacionada à figura do monarca – da estrutura social da monarquia absolutista. Ela se resume, no plano jurídico, na busca de uma solução àquelas relações jurídicas que envolviam a figura do monarca e consistia como interpretar um contrato oriundo de uma transação entre um monarca absolutista e um comerciante, ou mais precisamente, com um comerciante estrangeiro⁴³.

Como o estudou não encontrou uma obra específica tratando da resolução de questões jurídicas contratuais envolvendo monarcas e comerciantes (em especial estrangeiros), pode-se visualizar, ao menos, três soluções possíveis de terem sido oferecidas como resposta a esta controvertida questão:

- a) diante do inadimplemento, o comerciante arca com o prejuízo, prevenindo-se de realizar futuros empréstimos àquela casa real;
- b) o comerciante recorrerá ao seu monarca (ou outra entidade soberana – como o Papado), em busca de uma intervenção para o caso. Situação em

⁴² Tradução livre do original em inglês: “If there ever was a laissez-faire era in legislation it was in the first sixty years of the eighteenth century rather than in the nineteenth century where it is commonly placed”.

⁴³ Para demonstrar a importância de tal questão, pode-se recorrer a uma carta do Conde da Castanheira de 1541, a qual informa a sua alteza D. João III que diante da situação precária da Fazenda Real portuguesa da época, os câmbios (empréstimos) acabariam por cessar, dado que os mercadores da época viviam com base em observar o modo de vida das pessoas com as quais contratam, bem como na segurança de poder elas meter na cadeia em caso de não-cumprimento contratual. Segurança a qual os mercadores não detinham diante do Monarca (BUENO, 2006, p.52).

muito similar à proteção indireta da pessoa por via de seu Estado nacional, no Direito Internacional Público contemporâneo; ou

- c) procurava estabelecer uma forma de compensação – acordo com o monarca⁴⁴.

Longe de elaborar uma digressão sobre essas possíveis soluções, que invariavelmente adentrariam em suposições e campos de estudo muito diversos do tema do presente estudo, envolvendo este particular conflito, o ponto principal é ressaltar que esta modalidade de relação contratual era marcada pela existência de duas ou mais vontades, com características diferentes, resultava na constatação de que uma das vontades envolvidas (a do monarca) era dotada de soberania e, portanto, superior às demais vontades no contrato.

Havia uma clara fusão entre a manifestação livre da vontade no contrato do monarca e a figura da manifestação desta vontade ser considerada uma das fontes do Direito. Portanto, não vinculada a qualquer obrigação jurídica. Pode-se acrescentar que essa modalidade de relação contratual não mais se encontra no estudo jurídico contemporâneo.

Num período dominado pelo absolutismo, não seria de espantar a proposição de que a vontade do monarca, por ser soberana, não restaria vinculada à relação jurídica em que ela mesma se inserisse⁴⁵. Utilizando da analogia, em termos contemporâneos, contratos envolvendo o Monarca sempre estariam sujeitos ao instituto do “Fato do príncipe”, hoje existente nos contratos envolvendo a Administração Pública – os ditos contratos administrativos, contratos de Direito público.

Porém, o mesmo século XVIII que se iniciava dominado pelo absolutismo monárquico, seria o mesmo século onde nasceriam as teorias que promoveriam a queda do absolutismo na Europa Continental: as teorias do contrato social.

O momento em que surgiram as concepções sobre as teorias do contrato social foi, em larga margem, o momento em que houve a expansão do pensamento liberalista inglês sobre a Europa continental. Foram teorias que se baseavam na existência de um contrato social como base de toda a sociedade e, não por coincidência, relacionavam diretamente nas suas propostas: a liberdade, a vontade e o contrato.

⁴⁴ Notório exemplo deste tipo de compensação é a distribuição de títulos honoríficos entre os credores da família real portuguesa quando esta se encontrava no Brasil.

⁴⁵ Acerca de tal situação, enfática a proposição de Montesquieu (1995, p.98), em que a vontade do soberano é o próprio soberano (“La volonté du souverain est le souverain lui-même”).

Ao mesmo tempo, as teorias do contrato social vão encerrar o ciclo da vontade divina do monarca, pavimentando a transposição da legitimidade do poder centrado na figura divina do monarca, para a elaboração do conceito de vontade social, de vontade do povo. O contrato social estabeleceria as premissas racionais sobre as quais os juristas iriam elaborar, no campo jurídico, suas concepções e institutos associados nos séculos XVIII e início do século XIX.

Neste período a Ciência Jurídica nem de longe se assemelhava com a Ciência Jurídica contemporânea. Não se pode olvidar que o Direito não era uma Ciência autônoma, mas um ramo pertinente aos estudos da Filosofia, da Teologia, da Política, e marcado por elementos da História⁴⁶. Não sendo temerário afirmar que a ideia de contrato, vontade e liberdade individual fossem dotadas de significados distintos dos utilizados atualmente.

Os estudos centrados no contrato social vão ter sua primeira vertente teórica no aparecimento, por volta de 1739-1740, da obra *Of the Original Contract* do escocês David Hume, qual estabeleceria o ponto de partida para a concepção de que seria o contrato a base da organização social humana.

As pessoas, se traçarmos o governo como sua primeira origem nas florestas e desertos, são a fonte de todo o poder, jurisdição e, voluntariamente, para o bem, a paz e a ordem, abandonaram suas liberdades nativas e receberam as leis de seus iguais e companheiros. As condições, sobre quais eles aceitaram se submeter voluntariamente, foram expressas, ou foram tão claras e óbvias, que se poderia considerar supérfluos a necessidade de expressá-las. Se por isto, então, se entende o contrato original, não se pode negar que o governo é, primeiramente, fundado num contrato e que as mais antigas combinações da humanidade foram supervisionadas por este princípio⁴⁷. (HUME, 1825, p.446)

⁴⁶ Abona está afirmação a constatação de que somente a partir do século XVII é que se começariam a elaborar a existência de um método científico, cujo refinamento e desenvolvimento é que resultaria o desprendimento das Ciências da unicidade imposta pela Filosofia natural (ARANHA&MARTINS, 1999, p.159). No caso particular da Ciência Jurídica, essa autonomia científica somente seria estabelecida no século XIX, juntamente com a consolidação do Estado moderno baseado na Nação. Situação que promoveria não só a positivação do Direito na figura dos códigos, mas também no surgimento do Estado laico derivado da separação do Estado da Igreja. Não sendo de espantar que, ainda em meados do século XIX, existissem obras que criticavam a autonomia da Ciência Jurídica, sendo a mais famosa o discurso de Julius H. von Kirchmann em *“Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”* – discurso cujo conteúdo se define na irrelevância da autonomia da Ciência Jurídica, dado que esta nada significaria para um povo, pois um povo poderia existir sem Ciência Jurídica. Isto é, o Direito existe mesmo se não existisse uma Ciência sobre o mesmo e que muitas vezes o excesso teórico gerava um vazio no jurista pelo fato do Direito ser eminentemente de natureza prática, voltada para a realidade de como existe um povo e não na elaboração de institutos abstratos de pouca valia prática (v. KIRCHMANN, 1848, *passim*)

⁴⁷ Tradução livre do original em inglês: “The people, if we trace government to its first origin in the woods and deserts, are the source of all power and jurisdiction, and voluntarily, for the sake of Peace and order, abandoned their native liberty, and received laws from their equal and companion. The conditions, upon which they were willing to submit, were either expressed, or were so clear and obvious, that it might well be esteemed

A contribuição do pensamento de Hume acerca do contrato original não resume apenas em adotar o contrato, de forma expressa, como o instituto que basearia a relação indivíduo – comunidade. Também resulta na consideração de que, na formação de uma obrigação, necessariamente existe a expressão de um sentimento, de um ato de vontade, que culmina na adoção por este autor de três regras fundamentais existentes no Direito natural: a estabilidade da posse (a propriedade), o consentimento e o necessário cumprimento das promessas (HUME, 2006 [1739]).

Este arcabouço teórico resultaria no estabelecimento do paradigma: uma obrigação jurídica, necessariamente, restaria na necessidade da existência de um consentimento livre das partes envolvidas. Premissa que em 1770, se consolidaria na conclusão de que toda obrigação jurídica possuía, como requisito, a liberdade de escolha (ATIYAH, 2003, p.57).

Na esteira da concepção do contrato social, ganharia destaque no mesmo século XVIII, os pensamentos de Montesquieu e Rousseau, nos quais estavam lançados os fundamentos adotados pela Revolução Francesa.

Em 1748, surge uma das obras mais famosas do século XVIII, quando Montesquieu publica *De l'Esprit des lois*. Expande ele o pensamento liberal, para o continente europeu. Inspira-se nos ideais consagrados pela Revolução Gloriosa, para elaborar um estudo abrangente sobre a estrutura da sociedade, da política e do Direito em plena França absolutista.

A obra de Montesquieu tem sua relevância no estudo do princípio da vontade sobretudo no momento histórico em que se mantém fiel à premissa da utilização da tríade liberdade-vontade-contrato, para definir a criação do Estado Civil – “forças particulares não podem se reunir sem que todas as vontades se reúnam. A reunião dessas vontades, como bem disse Gravina, é que se denomina o ESTADO CIVIL⁴⁸” (MONTESQUIEU, 1995 [1748], P.95).

Neste contexto a vontade assume, em definitivo, o papel de força motriz para estabelecer as relações na comunidade humana, o Estado se fundamentava a partir da ideia de

superfluous to express them. If this, then, be meant by the original contract, and that the most ancient rude combinations of mankind were formed chiefly by that principle”.

⁴⁸ Tradução livre do original em francês: « Les forces particulières ne peuvent se réunir sans que toutes les volontés se réunissent. La réunion de ces volontés, dit encore très bien Gravina, est ce qu'on appelle l'ETAT CIVIL ».

consentimento das vontades. Não é surpresa a ligação que Montesquieu iria fazer ao determinar que a concepção de liberdade residisse na livre expressão da vontade – seja na vertente filosófica, seja na vertente política.

A liberdade filosófica consiste no exercício de sua vontade ou pelo menos (se falarmos em todos os sistemas), na opinião de quem a exerce. A liberdade política consiste na segurança ou, pelo menos, na opinião de que se possui segurança⁴⁹. (MONTESQUIEU, 1995 [1748], p.376)

A vontade já não consistia mais num elemento inominado existente de forma pressuposta somente no plano das relações obrigacionais privadas mas, sim, como elemento base da concepção racional de liberdade individual, dado que a avaliação dos contratualistas sociais partia da figura da pessoa (cidadão) e não da lei (Constituição), está liberdade política não é vista a partir da Constituição, mas sim do ponto de vista de sua influência que ela exerce sobre o cidadão (MONTESQUIEU, 1995[1748], p.375).

Se, em Montesquieu o pensamento liberal começava a fluir na realidade absolutista da Europa continental, interpretação de maior influência do contrato social no pensamento da época, adviria em 1762 com a obra do suíço Jean-Jacques Rousseau. Ele consolidaria a expressão que acabaria por caracterizar as teorias do século XVIII: *Du contrat social*.

Rousseau, seguindo a linha liberal da época, consolida a associação do conceito de vontade (aspecto filosófico) como fundamento da liberdade e, por força do consentimento materializado no contrato social, estabelece a ruptura entre o estado natural e o estado civil e lança a pedra fundamental de um processo que se desenvolveria no Estado-nação.

A esta altura do século XVIII, já se evidenciava a miscelânea de utilizações dos institutos do contrato e da vontade, que pairava num difuso campo da filosofia, da Política e da Teoria Geral do Direito. Situação que, invariavelmente, levaria à confusão de uma análise descontextualizada ou ramificada da questão. O maior exemplo é a ideia de santidade do contrato social utilizada por Rousseau, ao definir a relação do Soberano para com a comunidade, que iria se inserir na ideia de “santidade” do contrato no Direito privado.

Mas do corpo político em que o Soberano somente retira sua razão de ser da santidade do contrato, nunca ele se obrigará, mesmo perante outros, a nada que enseje na derrogação deste ato primitivo, pois equivale a vender uma

⁴⁹ Tradução livre do original em francês: « La liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté, ou du moins (s'il faut parler dans tous les systèmes) dans l'opinion où l'on est que l'on exerce sa volonté. La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté ».

parte de si mesmo ou de se submeter a outro soberano. Violar este ato pelo qual ele existe significaria sua destruição por isso nada acabaria sendo produzido⁵⁰. (ROSSEAU, 2005 [1762], p.185)

A adoção de uma visão de intangibilidade do contrato como pacto de poder no plano da filosofia, acabaria por acarretar suas influências no campo do Direito. É bem possível que a redação do artigo 1134 do Código Civil dos franceses de 1804 adviesse de tal aporte filosófico. Este artigo define que o contrato gera lei entre as partes e que sua derrogação somente se daria por via (1) do consentimento mútuo dos envolvidos, ou (2) por força da lei.

O contratualismo social acabou associado à liberdade individual. Em seu conceito mais amplo, como determinante da forma de governo, cuja finalidade consistia no tratamento igualitário entre todos os seus súditos e assegurar a propriedade e a legitimidade dos contratos. Ideais que seriam consolidados na Revolução Francesa e exerceriam uma poderosa influência no século XIX nas elaborações jurídicas sobre a liberdade contratual e o princípio da vontade. O que dizia o contrato, se tornava o justo.

Com algumas poucas exceções, todos utilizam esta citação dentro da seção que eles consagram ao princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual. O modo de pensar é relativamente uniforme. O contrato é uma fonte voluntária das obrigações. Deve-se questionar sobre o papel que se investe a vontade, na sua formação e nos seus efeitos. A abordagem é, por vezes, histórica: o formalismo romano do contrato é pensado cada vez mais como consensual dada a influência cristã, que se fundamenta sobre a crença do juramento, ou na fé empenhada, tratar-se de uma relação sagrada com Deus. Só na era moderna se encontrarão os seus fundamentos no individualismo filosófico e no liberalismo econômico. O princípio da autonomia da vontade teria seus precursores no século XVII e XVIII: Kant, Rousseau, Diderot, Grotius, Hobbes, Suarez, Pufendorf, Locke. Mas seria no espírito revolucionário francês e a adoção do Código Civil de 1804 que se obteria sua plena consagração⁵¹. (ROLLAND, 2006, P.768)

Deste modo de pensar, não seria nada mais do que natural o jurista da época associar o conceito da vontade à qualidade de soberana, aparentemente desvinculada da

⁵⁰ Tradução livre do original em francês: « Mais le corps politique ou le Souverain ne tirant son être que de la sainteté du contract ne peut jamais s'obliger, même envers lui-même, à rien qui déroge à cet acte primitif, comme d'aliéner quelle portion de lui-même ou de soumettre à un autre Souverain. Violent l'acte par lequel il existe seroit s'anéantir, et ce que n'est rien ne produit rien ».

⁵¹ Tradução livre do original em francês: « À quelques exceptions près, tous utilisent cette citation dans la section qu'ils consacrent au principe de l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle. Le mode de raisonnement est relativement uniforme. Le contrat étant une source volontaire d'obligation, l'on s'interroge sur le rôle dévolu à la volonté dans sa formation et ses effets. L'approche est parfois historique : du formalisme romain, le contrat est devenu de plus en plus consensuel sous l'influence de la pensée chrétienne, qui le fonde alors sur le serment ou la foi jurée, donc dans une relation sacrée avec Dieu; ce n'est qu'à l'ère moderne qu'il trouve ses assises dans l'individualisme philosophique et le libéralisme économique. Le principe de l'autonomie de la volonté aura eu ses précurseurs au XVII^e et XVIII^e siècles: Kant, Rousseau, Diderot, Grotius, Hobbes, Suarez, Pufendorf, Locke ; mais, ce serait dans l'esprit révolutionnaire français et l'adoption du Code Civil de 1804 qu'il aurait obtenu sa pleine consécration ».

ordem jurídica e autolegitimada. A constatação de que, neste período, tanto a vontade, quanto o contrato e a liberdade caminham juntos com o debate sobre a legitimidade do Estado, pode-se deduzir que se tal situação era filosoficamente válida, nada impediria ao jurista de aplicar esses preceitos filosóficos ao campo jurídico, em especial, no momento de enquadrar a vontade das partes como elemento de interpretação contratual.

Enquadramento que estabelecia o contrato como instrumento de materialização do consentimento entre duas ou mais vontades, vontades que deveriam ser respeitadas, abria o campo para, na interpretação contratual, elevar o elemento volitivo como opção predominante na interpretação judicial dos contratos – não havia, nesta época, a possibilidade do judiciário, como braço do poder central, analisar o contrato de outra forma.

Não foi por preguiça mental, como afirma Pontes de Miranda (1935, p.543), que os juristas, em especial os franceses, acabaram por optar em dar força à vontade como elemento de interpretação e, posteriormente, como elemento de conexão – mantendo o desenvolvimento do princípio da vontade elaborado em Dumoulin. Mas havia sim uma tentativa válida de resolver esta situação complicada, em sede de contratos privados, por envolver a figura do Monarca

Isto vai se tornar ainda mais evidente com a inserção no campo econômico do pensamento liberal – o dito liberalismo econômico – que entrelaça ainda mais a ideia de vontade, contrato e liberdade no século XVIII, só que agora no campo econômico-comercial.

Em 1776 surgiria uma obra que traria profundas mudanças no sistema econômico-comercial do mundo ocidental, a publicação da obra *An inquiry int the nature and cause of Wealth of Nations* (“Um estudo sobre a natureza e as causas da riqueza das nações). Adam Smith inaugura uma nova era na teoria econômica no pensamento ocidental.

Considerado o precursor da moderna Teoria Econômica, colocada como um conjunto científico sistematizado, com um corpo teórico próprio, Smith já era um renomado professor quando publicou a sua obra *A riqueza das nações*, em 1776. O livro é um tratado muito abrangente sobre questões econômicas que vão desde as leis do mercado e aspectos monetários até a distribuição do rendimento da terra, concluindo com um conjunto de recomendações políticas. (VASCONCELLOS & GARCIA, 2000, p.16)

A obra de Adam Smith inseriu novos conceitos dentro das ciências sociais. Partia da premissa de que o melhor modo de melhor produtividade do trabalho seria o estabelecimento de uma divisão do mesmo dentro das casas manufatureiras, gerando a subdivisão da cadeia produtiva e simplificando suas etapas (SMITH, 2007 [1776], p.8-10)

– premissa cujo contexto baseava-se no estabelecimento das primeiras formas de indústria na Europa insular, dando início à primeira Revolução Industrial do Ocidente, justamente, em meados do século XVIII.

Mas, abstraindo-se as consequências da teoria de Smith na Ciência Econômica, a relação das ideias ali vinculadas com o pensamento jurídico do século XVIII vai se assentar na visão do autor sobre o papel do Estado nas relações econômicas – bases do Liberalismo econômico e também, bases das fortes mudanças que acarretaria na concepção de liberdade e nas relações contratuais no século XIX, e seus impactos nas relações de trabalho, ou melhor, na correção científica de compreender sobre a divisão social do trabalho.

Para Adam Smith, a política econômica de um Estado deveria ser considerada como uma âncora entre a ciência do legislador e dos estadistas, centrada em duas premissas fundamentais: (1) referente à necessidade de se providenciar riqueza suficiente para o bem-estar do povo, (2) na acumulação de riqueza suficiente para o bom funcionamento dos serviços públicos (SMITH, 2007 [1776], p.328).

Diante destas premissas, caberia ao Estado (autoridade pública) estabelecer regras e proibições de modo a atender as necessidades do mercado e conciliar sua estabilidade econômica e seus serviços públicos, de modo a ampliar sua base comercial e a atuação de seus mercados (SMITH, 2007[1776], p.329). Tal sistema político-econômico ficaria conhecido como a mão invisível do Estado, numa economia regida pelo *laissez-faire*.

Em sua visão harmônica do mundo real, Smith acreditava que se se deixasse atuar a livre concorrência, uma “mão invisível” levaria a sociedade a perfeição. Adam Smith colocou que todos os agentes, em sua busca de lucrar o máximo, acabam promovendo o bem-estar de toda a comunidade. É como se uma mão invisível orientasse todas as decisões da economia, sem necessidade da atuação do Estado. A defesa do mercado como regulador das decisões econômicas de uma nação traria muitos benefícios para a coletividade, independente da ação do Estado. É o princípio do liberalismo. (VASCONCELLOS & GARCIA, 2000, p.16).

O principal ponto a se atentar neste pensamento é a ideia da liberdade individual que atingia o campo comercial. Era necessário dar liberdade aos mercadores para que pudessem atrair, acumular riquezas de forma que, este acúmulo trouxesse o bem estar social. Note-se que a autodeterminação individual vai sedimentar não somente o poder do próprio Estado, mas, também, basear todo o sistema comercial seja nacional ou internacional, após a eclosão das revoluções americanas e francesas no fim do (ainda) século XVIII.

Aqui se daria também o nascimento do grande problema que envolveria os pensamentos liberais, nos âmbitos político e econômico, acerca do paradigma teórico a ser utilizado: eram incapazes de elaborar análises que não fossem ancoradas na realidade da nação, o que se traduziria na incapacidade de se desvincular do Estado nacional para elaborar suas doutrinas. Não havia assim espaço para um pensamento internacional. A relação Estado-indivíduo e vice-versa era necessariamente uma questão nacionalmente localizada⁵².

Para o pensamento jurídico, a expansão do liberalismo no campo econômico, acarretou a incapacidade do jurista em abstrair-se do paradigma do Estado-nação, pensamento ainda hoje muito dominante de que a solução nacional é, como por algum fator natural, a melhor solução também para questões internacionais – é a nacionalização do internacional na análise jurídica; o legado liberal.

Para ser preciso, nenhum dos teóricos liberais clássicos demonstraram qualquer interesse particular às relações ou direito internacional. Na outra mão, muitos deles sentiram que tinham algo a dizer também sobre o assunto. E eles o fizeram por adotar a “analogia doméstica” – assumindo que os princípios que se consideravam válidos na relação entre os indivíduos poderiam, como um todo, ser aplicada também as relações entre Estados. Em uma feição similar, liberais modernos – Harts, Rawls – também consideram, eles mesmos, capazes de discutir relações internacionais como meros anexos de suas teorias gerais – quando não é evidente o motivo pelo qual os liberais estariam aptos a tratar entidades coletivas como os Estados como sendo simplesmente a reunião de vários indivíduos⁵³. (KOSKENIEMI, 2005, p.89-90)

O século XVIII pode ser assim considerado, ao mesmo tempo, como o período no qual a vontade era vista como um princípio de conduta soberana. Tal afirmação traduz-se na consideração primeira da liberdade do indivíduo, em contraposição a ingerência do Estado. Evidencia-se com isso uma clara carga filosófica acerca da concepção de vontade – a vontade racional determinando as relações entre os indivíduos. Misturava-se, assim, os conceitos de ordem filosófica com os de ordem política e jurídica. Ao mesmo tempo foi o ponto de partida

⁵² Na própria obra de Adam Smith se encontra a estatização do pensamento, que pode ser exemplificado no modo como o autor analisava a questão dos tratados de comércio que, para ele, consistiam apenas numa troca de monopólios ou, mais precisamente, no estabelecimento do monopólio de um Estado A sobre um Estado B, não importando as especificidades dos Estados envolvidos – situação comum nas relações vigentes do sistema colonial envolvendo metrópoles e colônias (SMITH, 2007, p.421).

⁵³ Tradução livre do original em inglês: “To be sure, none of the classic liberal theorists showed any particular interest towards international relations or international Law. On the other hand, most of them felt that they had to say something about this matter, too. And they did this by adopting the “domestic analogy” – assuming that the principles which they regarded as valid in inter-individual relations could, on the whole, be applied in inter-state relations as well. In a similar fashion modern liberals – Harts, Rawls – too, consider themselves capable of discussing international relations as a mere annex to their overall theory – though it is not evident why liberals should be entitled to treat such collective entities as States as simply so many individuals”.

para a adoção do paradigma da nacionalização das questões internacionais, legado real do liberalismo e cuja existência persiste, como dominante, até este início de século XXI.

2.2.5 O desenvolvimento do princípio da vontade no pensamento jurídico

2.2.5.1 A (re)inserção do princípio da vontade no pensamento jurídico

A filosofia do século XIX é baseada na análise das ideias sobre quais a humanidade fundamenta suas crenças morais, sociais e religiosas. Na Alemanha, com Kant e seus sucessores; na França, com Auguste Comte e os positivistas; na Inglaterra, com Bentham, Stuart Mill, Spencer e Darwin, tudo tem sido posto em questionamento; existe em cada país um esforço trabalhoso e sincero para descobrir a verdade, a qualquer custo, removendo as associações de ideias e tradições que a escondem⁵⁴ (FOUILLÉE, 1909, p.I)

Se o pensamento liberal se consolidou nas Ciências e permaneceu, em larga escala, inalterado até os últimos anos do século XIX, quando a vontade e o princípio da vontade sofreriam grandes transformações no século XIX, com especial relevância a consequente (re)inserção numa moldura puramente jurídica.

Ocorre que o século XIX é um século de contradições. A primeira metade é marcada pelo movimento de codificação, do forte individualismo liberal e da carga filosófica ainda predominante em diversos institutos – entre eles o da vontade. Até sua metade final vai ser marcada pela sistematização do Direito tanto como Ciência como quanto a ordem, imprimindo um forte sentido de coletivismo social nacionalista e da separação drástica entre os conceitos jurídicos de suas raízes metajurídicas.

Existe um sentimento de que o período entre 1770 -1870 viu, primeiro, a ascensão de um sociedade altamente individualista e a criação gradual de uma sociedade coletivista. Mas, a história é muito mais complexa do que parece ao primeiro olhar e, certamente, não foi de uma hora para outra que

⁵⁴ Tradução livre do original em francês: « La philosophie du XIX^e siècle s'est donné pour tâche de soumettre à l'analyse les idées sur lesquelles l'humanité avait fait reposer jusqu'ici ses croyances morales, sociales et religieuses. En Allemagne avec Kant et ses successeurs, en France avec August Comte et les positivistes, en Angleterre avec Bentham, Stuart Mill, Spencer et Darwin, tout a été remis en question; c'est dans chaque pays un effort laborieux et sincère pour découvrir la vérité, quoi qu'il en coûte, sous les associations d'idées et les traditions qui la cachent. Peu de conceptions ont résisté à ce travail de la critique moderne, qui leur enlève toute apparence mystique pour les ramener à leurs éléments scientifiques, de l'ordre physique ou de l'ordre mental. Aussi les antiques notions de Dieu, de l'âme, du libre arbitre, du bien en soi, du devoir absolu, on dû ou se transformer ou disparaître ».

tudo mudou, quando os valores e as leis individualistas foram descartadas em favor de valores e leis coletivistas⁵⁵. (ATIYAH, 2003, p.226)

O fim das guerras napoleônicas, a Restauração de 1815, a ascensão e consolidação dos movimentos nacionais nos Estados-nação, as mazelas sociais da revolução industrial, e as codificações, cada uma em menor ou maior grau, abalariam as bases da Ciência Jurídica. Em especial, influenciaram o princípio da vontade e as relações contratuais.

Mas, para compreender as transformações do princípio da vontade, no campo jurídico do século XIX, ainda é necessário recorrer a uma das últimas teorias que veio a emergir no século XVIII: as bases filosófico-jurídicas contidas nas lições kantianas acerca da autonomia e da heteronomia da vontade⁵⁶.

Há de se salientar que a compreensão da filosofia de Kant acerca da vontade não é uma das tarefas das mais simples. Portanto a análise se restringirá a uma visão geral desta filosofia, cuja influência no princípio da vontade, bem como a nomenclatura autonomia da vontade, iria sedimentar o primeiro conceito moderno de autonomia da vontade.

A filosofia kantiana parte da afirmação de que cada coisa natural segue determinada lei e que somente num ser racional existe a possibilidade de, diante do processo de elaboração de leis, agir conforme os princípios da mesma ou conforme sua própria razão. Conclui que diante desta opção, a construção de princípios objetivos era necessária à razão por servirem como ordens e na formulação de tais ordens estabelecem-se os imperativos que regem a razão (KANT, 2005, P.41).

Ao estabelecer essa premissa, a filosofia kantiana considera a metafísica dos costumes como parte da lógica transcendental, cujo objetivo seria estudar as ideias e os princípios da Razão pura, não seu trato social e nem como condição baseada no querer humano, na busca pelos princípios maiores da moral (KANT, 2005, p.15-16). Em síntese, o comportamento humano se pauta em premissas metafísicas e não simplesmente em seus desejos e necessidades individuais, não necessariamente vinculados ao meio social.

⁵⁵ Tradução livre do original em inglês: “There is a sense in which the period 1770-1870 saw, first the emergence of a highly individualist society, and then the gradual creation of a collectivist society. But the story is much more complex than it seems at first sight, and there was certainly no moment of time when everything suddenly changed gear, when individualist values and laws were discarded in favor of collectivist values and laws”.

⁵⁶ A importância de Kant no que se refere o estudo da vontade (seja filosófico ou jurídico) é resumida por Irineu Strenger (2000, p.108): “autonomia da vontade encontra na doutrina kantiana marco fundamental”.

No que tange ao estudo da Vontade, a mesma acabava se inserindo no campo abstrato, figurando-se como um dos imperativos da moral, cuja autonomia se enquadrava como um princípio máximo da moral.

Autonomia da vontade é a capacidade da Vontade, por si mesma considerada como lei (independente de toda composição dos objetos do querer). O princípio da autonomia da vontade é então nada mais que a escolha, ou seja, que as máximas de sua escolha estejam em harmonia com seu querer no que tange as regras gerais. (...) Sozinho, a formulação do princípio da autonomia como um princípio único da moral não encontra embasamento na decomposição dos conceitos costumeiros. Pois em tal modo de proceder, verificar-se-ia que seu princípio deveria ser um imperativo categórico, mas este não sendo maior ou menor que a Autonomia momentaneamente oferece⁵⁷. (KANT, 2005, p.74-75)

Em resumo, a autonomia consistiria na associação entre o agir e seus próprios princípios de moralidade, enquanto que a heteronomia consistiria no agir conforme interesse, vontades alheias a seus princípios morais.

A vontade consistiria numa modalidade de causalidade⁵⁸ inerente ao ser, na medida de sua racionalidade, considerando-se a liberdade como uma qualidade inerente desta causalidade. Isto é, a liberdade não seria inerente à vontade em si, mas sim uma geração da causalidade no ser, sendo a mesma não regida pelas regras naturais.

A liberdade é limitada por esta causalidade, pois a vontade em si mesma livre poderia ser considerada uma “não coisa”. Conclui que a vontade livre equivaleria à uma vontade regida por regras costumeiras (KANT, 2005, p.81-82). Equivalência que abre a possibilidade de afirmar que a vontade seria considerada livre na medida da capacidade de se entender as consequências de seu ato – base de todo o pensamento acerca da vontade no próprio século XVIII, dado que é dominado pela concepção de um Direito racional.

Esta noção filosófica de fins do século XVIII é que inicia o processo de encerramento do entrelaço entre a concepção filosófica e a concepção jurídica da Vontade, pois, também em Kant, encontrar-se-iam as premissas que possibilitariam aos juristas do

⁵⁷ Tradução livre do original em alemão: „Autonomie des Willens ist die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Willens) ein Gesetz ist. Das Prinzip der Autonomie ist also: nichts anders zu wählen, als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen sein. (...) Allein, dass gedachtest Prinzip der Autonomie das alleinige Prinzip der Moral sei, lässt sich durch bloße Zergliederung der Begriffe der Sittlichkeit gar wohl dartun. Denn dadurch findet sich, dass ihr Prinzip ein kategorischer imperativ sein müsse, dieser aber nichts mehr oder weniger als gerade diese Autonomie gebiete“.

⁵⁸ Entenda-se causalidade como sendo a função da razão em realizar um julgamento hipotético capaz de estabelecer uma conexão lógica entre um fundamento e um consequência, podendo ser considerado também como parte integrante dos imperativos categóricos (SCHMID, 2005, p.136).

século XIX estabelecer um conceito puramente jurídico para vontade, decorrente da ruptura entre Filosofia e Direito que ocorreria no fim daquele século.

A possibilidade de se adotar um conceito puramente jurídico da vontade, começa a surgir no momento em que Kant aborda um segundo elemento segundo vinculado à concepção de Vontade: o conceito de arbítrio, derivado da constatação de que a vontade seria a asa sob a qual emanariam as regras e as leis, enquanto, no arbítrio, se encontrava a expressão do comportamento humano.

Da Vontade, emanam as leis, do arbítrio, as Máximas. Estas últimas existem no ser humano na forma do livre arbítrio da vontade, que se fundamenta em mais nada a não ser as leis, não passível de qualificação entre livre ou não livre, pois o arbítrio não é o agir sobre o fazer, mas, sim, o agir diretamente sobre a elaboração das leis pelas quais as Máximas do fazer atuam (é a própria Razão prática). Por isto ser incapaz de gerar necessidade. Somente o Arbítrio pode, assim, ser denominado de livre⁵⁹. (KANT, 2005, p.332).

Este pensamento possibilita a retirada do contrato como elemento base e absoluto da vontade e substitui-lo pela noção de arbítrio, no consentimento de vontades, para gerar a expressão *atos juridicamente constituintes* (*konstituierende rechtliche Akte* – KANT, 2005, p.383).

Kant acaba não só lançando o rótulo, mas também a base da função formalista do Direito, no que se tange à aplicabilidade da vontade individual, em especial, nas obrigações contratuais. Não é pois de se espantar que a Ciência Jurídica do século XIX iria se fundamentar nas premissas teóricas dele e de Hegel para estabelecer a escola histórica do Direito (EBEL&THIELMANN, 2003, p.325).

A vontade inicia sua (re)inserção no discurso jurídico, mantendo a tradição do século XVIII e seu aporte metajurídico. Sofre uma modelação pela forma jurídica (a “moldura jurídica”). Daí constatar-se que, nesta combinação, o conceito jurídico de vontade, corresponde a adoção e proteção da referência filosófica da “autonomia da vontade”, por isso a heteronomia não possuía espaço no pensamento jurídico.

Na evolução desta moldura jurídica, ou da vontade na Ciência Jurídica do século XIX, é que se encontrarão as bases contemporâneas da autonomia da vontade.

⁵⁹ Tradução livre do original em alemão: „Von dem Willen gehen die Gesetze aus von der Willkür die Maximen. Dire letztere ist im Menschen eine frei Willkür der wille, der auf nichts anderes als bloss auf Gesetz geht, kann weder frei noch unfrei gennant werden wil er nicht auf Handlunge, sondern unmittelbar auf die Gesetzgebung für die Maxime der Handlungen (also die praktische Vernunft selbst) geht, daher auch schlechetterdings notwendig und selbs keiner Nötigung fähig ist. Nur die Willkür also kann frei gneannt werden“.

2.2.5.2 O desenvolvimento jurídico inicial e a tese do absolutismo da vontade

Nossa observação do fenômeno jurídico esteve até o momento restrita ao avanço baseado em direção do geral para o específico: da realidade em si para a livre estipulação, desta para a declaração da vontade (§104 ss). Nesse caminho vamos avançar mais um pouco, no que procuraremos delimitar o ser do contrato, o qual entre todas as formas de declaração da vontade é a mais importante e a mais abrangente. O conceito do mesmo é conhecido pelos juristas, mas também recorrente em áreas fora da nossa Ciência, e eivada de uma variabilidade de emprego e de uma imprescindibilidade, que se espera em geral encontrar uma conceituação uniforme e correta. Porém ainda falta muito para tal conceituação⁶⁰. (SAVIGNY, 1849, p.307)

Até o momento, o princípio da vontade fora uma elaboração fortemente vinculada mais a filosofia do que propriamente do Direito, à exceção de Dumoulin, a utilização do elemento da vontade era fadada à um estudo abstrato inserido mais no campo da teoria geral do Direito, profundamente vinculado ao estudo da Filosofia e da Política referente ao Estado e ao debate sobre a autoridade na sociedade.

Ocorre que no século XIX a Ciência Jurídica iniciava sua etapa como sendo uma ciência autônoma, em busca de estabelecer uma ruptura geral da dominação Filosofia e da Política, procurando determinar conceitos próprios para aqueles institutos que se encontravam na área cinzenta da Teoria Geral do Direito.

Neste contexto é que vai surgir a aquilo que o presente estudo denomina de moldura jurídica da vontade, terminologia de caráter bastante amplo, para designar as elaborações jurídicas que se assentariam em torno do princípio da vontade. Em termos mais precisos, trata-se da transposição para o campo jurídico da separação entre arbítrio e vontade que existia no campo filosófico. Esta relevância especial se encontraria no campo do Direito contratual.

Neste sentido, o estudo da moldura jurídica da vontade traduz uma análise sobre a sistemática jurídica que se estabeleceu sobre a vontade das partes na elaboração de

⁶⁰ Tradução livre do original em alemão: „Unser Beachtung der juristischen Thatsachen ist bis jetzts stets vom Allgemeinen zum Besonderen fortgeschritten: von der Thatsache überhaupt zur freyen Handlung, von dieser zur Willenserklärung (§104 fg.). Wir gehen auf diesem Wege einen Schritt weiter, indem wir das Wesen des Vertrags zu bestimmen suchen, welcher unter allen Arten der Willenserklärung die wichtigste und umfassende ist. Der Begriff desselben ist Allen, auch außer dem Gebiet unserer Wissenschaft, geläufig, den Juristen aber durch vielfache Anwendungen so bekannt und unentbehrlich, daß man überall eine gleichförmige und richtige Auffassung desselben erwarten möchte; dennoch fehlt hieran sehr viel“.

atos jurídicos. Mais precisamente para este estudo, a livre manifestação das partes nos contratos como negócio jurídico, ou seja, a passagem do princípio da vontade para o conceito jurídico expresso na autonomia da vontade.

Em linhas gerais, ao se delimitar tal significado, pode-se determinar que o ponto principal envolvendo o conceito de vontade no Direito reside na figura da liberdade das partes nos contratos. Porém, dada as particularidades que o instituto da liberdade das partes nos contratos veio a assumir nos estudos do Direito privado contemporâneo, opta-se por não realizar, de plano tal associação, preferindo-se manter a vontade, na sua concepção jurídica, como sendo a expressão da livre manifestação da vontade das partes nos contratos enquanto negócios jurídicos.

Para compreender esta problemática é necessário compreender como se desenvolveu a regulamentação da manifestação da vontade das partes durante o século XIX. em especial, nos movimentos de codificação daquele século, cujo ponto de partida é o Código Napoleão de 1804.

Historicamente, o Direito privado francês representava bem a situação em que se encontravam os ordenamentos jurídicos europeus na transição do século XVIII e XIX. Tratavam-se de ordenamentos fragmentados em leis e costumes específicos de cada região⁶¹.

Não havia mais a união entre os homens no território. A nação estava dividida por ordens, e cada ordem formava um povo diverso, com seus privilégios e seu direito particular. Se tivesse sido feito um código civil sob a égide do regime antigo, teria sido, em muitos aspectos, um código distinto para a nobreza. Os nobres possuíam uma maneira particular de sucessão. Como eles tinham também uma maneira particular de existir no Estado; a desigualdade reinante entre as pessoas aplicara-se aos seus bens. Embora a política feudal tivesse cessado de existir havia séculos, os direitos e os encargos dele decorrentes se mantiveram como se estivessem plantados no solo, e seria necessário não menos que um terremoto para removê-los⁶². (LAURENT, 1869, p.9-10).

⁶¹ A própria concepção de codificação do Direito não é uma ideia propriamente francesa, pois o termo codificar vai surgir primeiro nas proposições do pensador inglês Jeremy Bentham para solucionar a questão da fragmentação do Direito da *common Law*. Mas não lograria o êxito esperado, dado que a mesma continua, em larga escala, não codificada até os dias atuais (EBEL&THIELMANN, 2003, p.358).

⁶² Tradução livre do original em francês: « Il n'y avait pas plus d'unité dans les hommes que dans le territoire. La nation était divisée par ordres, et chaque ordre formait un peuple divers ayant ses privilèges et son droit particulier. Si l'on avait fait un code civil sous l'ancien régime, il aurait fallu, à bien des égards, un code distinct pur la noblesse; les nobles avaient une manière particulière de succéder, comme ils avaient une manière particulière d'exister dans l'Etat; l'inégalité qui régnait entre les personnes rejailissait sur les biens: quoique la féodalité politique eût cessé d'exister depuis des siècles, les droits et les charges qui en découlaient étaient comme implantés dans le sol, et il ne fallut rien moins qu'un tremblement de terre pour les déraciner ».

A França encontrava-se dividida juridicamente em duas regiões. No Sul, imperavam os *pays de droit écrit*, cuja aplicação do Direito era regida pelo Direito romano baseado no Código Teodosiano. Ao norte, encontravam-se os *pays des costumes* onde predominavam os costumes de origem germânica. Acrescente-se que ambos os domínios conviviam com a influência do Direito canônico nos assuntos considerados de jurisdição eclesiástica (como testamento, casamentos), e a presença da *Ordenances* – ordens da casa real (PEREIRA, 2005, p.759).

O Código Napoleão vinha com o objetivo maior de promover a unidade do Direito privado francês do que estabelecer propriamente uma legislação voltada para o Direito Civil. Não é de surpreender que a divisão do Direito ainda vigente no início do século XIX ainda recaia na divisão estabelecida pelos romanos entre Direito Público e Direito Privado. Neste período, o Direito Comercial ainda era visto como um “direito pessoal, o direito dos negociantes, em resumo, um direito de classe” (MENDONÇA, 2000, p.89), enquanto o Direito do Trabalho era inexistente como ramo autônomo como conhecido atualmente.

No que tange ao estudo jurídico da vontade, a regulamentação contratual encontra-se no título III “*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*” do Código Napoleão. Inicia-se pela própria definição de contrato no art. 1101 “o contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante uma ou mais pessoas a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa⁶³” (CODE NAPOLEAO, 1804, p.268).

Regulamentação estabelecia quatro condições essenciais para considerar uma convenção apta a se tornar um contrato, definidas pelo art. 1108: (1) o consentimento da parte que se obriga; (2) sua capacidade de contratar; (3) um objeto determinado no que tange a matéria do compromisso; e (4) uma causa lícita para a obrigação (CODE NAPOLEÃO, 1804, p.269).

Constata-se que o Código Napoleão mantinha uma estrita formalidade no trato dos contratos e, por consequência, na regulamentação da manifestação livre da vontade das partes, e estabelecia regras específicas para cada uma das condições essenciais do contrato, o mesmo não fazendo quanto a vontade das partes envolvidas.

⁶³ Tradução livre do original em francês: « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

Neste conjunto de especificidades na regulamentação das condições essenciais do contrato, ressaltam-se as previsões acerca do consentimento (art.1109 a 1121 do Código Napoleão), as quais determinavam os motivos de viciar-se um consentimento, ou seja: o erro, a violência, o dolo e a lesão (esta referente a determinados contratos e pessoas), bem como a determinação, em nível de execução contratual, da obediência à boa-fé no contrato (art. 1134 do Código Napoleão).

A vontade das partes é considerada plena em seu conteúdo, porém sua formação jurídica restava limitada pela determinação da lei – expressando bem a constatação de que, no Direito contratual, não era o legislador quem deveria saber melhor do que as próprias partes a vontade que elas expressam.

Quando o legislador elaborou as leis sobre os contratos, ele não pretendeu impor as partes contratantes as regras que importassem sobre as condições e os efeitos das convenções. O princípio era, ao contrário, que eles detivessem plena e total liberdade. Esta liberdade é a essência dos contratos. Eles se fundamentavam num interesse individual E qual melhor juiz deste interesse? O legislador não poderia ter a pretensão de conhecer melhor o interesse das partes nem suas próprias exigências⁶⁴. (LAURENT, 1869, p.75)

A rigor, a moldura jurídica da vontade existente neste momento na Europa continental consistia na promoção da liberdade das partes (nos contratos) dentro dos limites impostos tanto pela lei quanto pelos ditames morais (ex. boa-fé). Porém, tal interpretação é somente uma das possíveis. Atualmente, a interpretação que parece ter ganhado maior força é a de compreender o sistema de regulamentação contratual do Código Napoleão, como um sistema que promovia o absolutismo da vontade dentro do Direito contratual, interpretação baseada no argumento de uma ausência do fator social nas suas determinações. Como explica Hironaka:

O contrato, tal como houvera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder podia fazer surgir todos os direitos atribuídos ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social gerada a indagar se estaria, ou não, ferindo interesse jurídico dos demais. (HIRONAKA, 2003).

Tal interpretação acaba resultando no equívoco de estabelecer, no século XIX, o período da soberania da vontade, equívoco decorrente de uma falha interpretativa resultante da tendência de se descontextualizar a análise jurídica do artigo 1156 do Código Napoleão e,

⁶⁴ Tradução livre do original em francês: « Quand le législateur fait des lois sur ces contrats, il n'entend pas imposer aux parties contractantes les règles qu'il trace sur les conditions et les effets des conventions. Le principe est, au contraire, qu'il leur laisse pleine et entière liberté. Cette liberté est de l'essence des contractes. Ils se font dans un intérêt individuel, et qui est le meilleur juge de cet intérêt? Le législateur ne peut avoir la prétention de connaître mieux que les parties intéressées ce que leur intérêt exige ».

especialmente, no erro de considerar a evolução jurídica da vontade e do próprio Direito na Europa como sendo uma, uniforme e ignorante as realidades da Europa insular e da Europa continental, assim como as diferenças entre as nações lá existentes.

Mantendo ainda a linha de pensamento sobre o Código Napoleão e a realidade da Europa continental, a interpretação do absolutismo da vontade decorre da previsão do artigo 1156 do Código Napoleão, o qual determinava que a interpretação das convenções devesse privilegiar a intenção das partes, ao invés do sentido literal eventualmente expresso no acordo⁶⁵. Isto significa que a vontade das partes deveria ter preferência na hora de se interpretar o pacto, inclusive sobre as cláusulas do mesmo. Indiretamente é a adoção princípio da vontade estabelecido por Dumoulin séculos antes do Código Napoleão.

O problema em analisar este artigo advém da estrutura complicada em que o Código Napoleão vai surgir. Inicia-se pela própria denominação que este diploma legislativo recebeu ao adentrar na história do Direito – *Code Civil* -, até a deficiência natural do estado inicial da estrutura da Ciência Jurídica como Ciência autônoma e da fragilidade sistemática dos outros ramos do Direito privado: o Direito Comercial e o Direito do Trabalho⁶⁶.

O Código Napoleão, antes de tudo, foi um Código de Direito privado, não um Código Civil como se concebe atualmente na Ciência Jurídica contemporânea, bem como não possui na sua elaboração as noções elementares sobre relações trabalhistas e nem do DIPr (apesar das regras iniciais acerca da aplicação da Lei nele existentes), sem considerar a influência da peculiar realidade do Direito Comercial neste momento histórico⁶⁷.

Tratava-se de um código profundamente baseado na liberdade individual e apontava uma aparente ausência de “consciência social” em seus dispositivos. Isto não significava que possibilitava uma absoluta liberdade à vontade individual nas estipulações contratuais (que a parábola “O mercador de Veneza” tornou famosa). Existia liberdade nos

⁶⁵ Redação original do art.1156 *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* (CODE NAPOLEON, 1804, p.280).

⁶⁶ O Direito do Trabalho no início do século XIX não existia como um ramo autônomo do Direito. Basicamente existiam legislações esparsas sobre a questão das casas de artesanato, enquanto que a relação trabalhista ainda era incorporada ao estudo geral das obrigações privadas.

⁶⁷ Diferente do Brasil, onde a codificação comercial antecedeu a codificação civil, o Direito Comercial francês encontrava-se altamente personalizado na figura do comerciante individual, dado que as primeiras medidas pós-revolucionárias foram a proclamação da liberdade comercial pelo decreto *Allarde*, com a posterior edição da *Loi le Chapelier* que aboliu as Corporações e Associações mercantis, reduzindo a proclamada liberdade comercial à figura da pessoa física individual somente. Está personalização do Direito Comercial na França permaneceria até o ano de 1807 quando será editado o Código Comercial francês, restaurando a possibilidade da pessoa jurídica ser tratada como comerciante. Enquanto na Alemanha, a codificação civil e a codificação comercial ocorram no mesmo período de tal modo que ambos diplomas legislativos entrariam em vigor no ano de 1900.

contratos delimitada por lei e, em boa parte, costumes – situação que nem mesmo a vontade individual, em sua plenitude, poderia derrogar.

As partes contratantes podem elas mesmas derrogar as leis que são de interesse geral? A negativa resulta da própria essência destas leis. Livre aos indivíduos é derrogar as leis que não concernem a seus interesses privados, e que apenas preveem o que os contraentes querem. Mas quando existe um interesse geral em foco, o legislador não se relaciona a vontade dos indivíduos. Sem dúvida, sempre mantém os seus interesses em vista, uma vez que é a soma destes interesses que moldam o interesse público; mas pode, e como se verá adiante, o interesse social estar em oposição com interesse dessa ou daquela pessoa. Qual deles deve ceder diante deste conflito? Evidentemente, o interesse privado. Pois quando o legislador dispõe sobre um interesse da sociedade, ele impõe a vontade geral sobre as vontades dos particulares isto implica que os indivíduos não podem derrogar a lei, pois teriam de derrogar a generalidade em prol de suas conveniências. Se eles se permitirem em violar uma lei de interesse geral, a autoridade da lei há de responder com toda a sua força. Se a vontade individual deve se ajoelhar diante da vontade coletiva, os atos pelos quais um indivíduo se põe em oposição contra a vontade de todos não pode se manter sem comprometer a existência daquela sociedade. Por força da lei, que estes atos são nulos⁶⁸. (LAURENT, 1869, p.76-77)

É evidente que, em boa medida, o pensamento jurídico desta época residia no legado das escolas estatutárias que tangia à classificação das leis, especialmente, no que hoje se concebe nas ideias de leis supletivas e leis imperativas. Baseia-se numa escala de lei que pode ser derrogada pela vontade individual por ter caráter supletivo (ou acessório), para finalizar-se naquelas leis consideradas inderrogáveis, imperativas e que nunca poderiam ser derrogadas pelas partes.

Acontece que, boa parte dos estudiosos do Direito privado, não detém uma sólida formação interdisciplinar para analisar um período tão difuso quanto aquele que se instaurou no início do século XIX, por isso mantem-se o hábito de limitar-se a criticar o velho brocado grafado por Alfred Fouillée que ganhou fama para denotar aquele período: *Qui dit le contractuel, dit juste*.

⁶⁸ Tradução livre do original em francês: « Les parties contractantes peuvent-elles déroger aux lois qui sont d'intérêt général ? La négative découle de l'essence même de ces lois. Libre aux individus de déroger à des lois qui ne concernent que leur intérêt privé, et qui ne font que prévoir ce que les contractants veulent. Mais quand il y a un intérêt général en cause, le législateur ne s'en rapporte plus à la volonté des individus. Sans doute, il a toujours leur intérêt en vue, puisque c'est la somme des intérêts particuliers qui forme l'intérêt général; mais il se peut, et cela arrive souvent, que l'intérêt social et en opposition avec l'intérêt de telle ou telle personne. Lequel doit céder dans ce conflit ? Evidemment l'intérêt privé. Lors donc que le législateur dispose dans l'intérêt de la société, il impose la volonté générale aux volontés particulières, ce qui implique que les individus ne peuvent pas déroger à la loi, car en y dérogeant ils mettraient leurs convenances de la généralité. Que s'ils se permettent de violer une loi d'intérêt général, alors la considération de l'autorité de la loi reprend toute sa force. Si les volontés particulières oseraient plier devant la volonté générale, les actes par lesquels un individu s'est mis en opposition contre la volonté de tous ne peuvent être maintenus sans compromettre l'existence même de la société. Il faut, pour sauver l'autorité de la loi, que ces actes soient frappés de nullité ».

Acrescente-se uma leitura superficial do art.1156 do Código Napoleão⁶⁹ e é provável que encontra o motivo principal do desenvolvimento deste hábito. O problema é que na contextualização da leitura do art.1156 e da própria passagem de Foullée demonstra o equívoco em utilizar esse brocardo para denotar esse período. Basicamente, o brocardo tem seu surgimento numa obra de Ciência social publicada em 1880, em que se lê:

[...] nós somos irmãos porque nós o somos naturalmente membros de um mesmo organismo, porque nós não podemos viver ou nos desenvolver uns sem aos outros; porque nossa moralidade mesma está ligada ao estado social e a moralidade em conjunto. Em definitivo, a ideia de um organismo contratual é idêntico àquela fraternidade regada pela justiça, pois quando se diz *organismo* diz *fraternidade*, quando se diz *contratual*, diz-se *justo*⁷⁰. (FOUILLÉE, 1880, p.410)

Longe de esmiuçar a questão das ciências sociais no século XIX, que levaram a tal concepção de Foullée, o que se pode averiguar é que tal afirmação tem seu fundamento nos resquícios da escola idealista do fim do século XIX, cujas concepções derivavam das teorias contratualistas sociais e determinavam que a organização social se assemelhava a um contrato. Este organismo social derivado de um contrato estaria regido pelos princípios dele emanados, enquanto os valores essenciais da sociedade da época, ou seja, liberdade e igualdade de seus membros, intrinsecamente vinculados à vontade individual dos mesmos. Como explica Roland:

Segundo a escola idealista, a organização social repousa sobre o contrato. A sociedade é composta de indivíduos que, optando por viver em comunidade, acordam sobre as regras que regerão sua conduta. Os valores da liberdade e da igualdade são essenciais à expressão das vontades individuais; seus valores de reciprocidade e de mutualidade são fundamentais para assegurar o equilíbrio contratual, bem como na sua força vinculante. Neste espírito, a ideia diretriz que guia a estruturação do Estado repousa sobre uma premissa simples: ninguém por decidir pela coletividade sem o consentimento de cada um de seus membros. Segunda esta ideia, o papel do Estado é o de assegurar a cada um o exercício pleno de sua liberdade e de promover a educação necessária para a defesa de seus interesses privados e coletivos. A busca pela justiça social deve refletir-se na igualdade matemática das prestações, a justiça distributiva deve se associar a justiça comutativa. Tal situação não atribui ao Estado a responsabilidade de estabelecer a justiça das proposições em tudo onde os indivíduos ou as associações particulares não possam se ajustar adequadamente⁷¹. (ROLAND, 2006, p.776)

⁶⁹ Redação original do art. 1156 Código Napoleão: «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes».

⁷⁰ Tradução livre do original em francês: «[...] nous sommes frères aussi parce que nous sommes naturellement membres d'un même organisme, parce que nous ne pouvons vivre ou nous développer les uns sans les autres, parce que notre moralité même est liée à l'état social et à la moralité de l'ensemble. En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité*, et qui dit *contractuel* dit *juste*».

⁷¹ Tradução livre do original em francês: «Selon l'école idéaliste, l'organisation sociale repose sur le contrat. La société est composée d'individus qui, choisissant de vivre ensemble, s'entendent sur les règles qui régiront leurs

Trata-se de um pensamento filosófico baseado na forte vinculação da regulamentação jurídica em harmonia com os parâmetros morais e éticos da conduta do ser humano em comunidade – ainda existira uma poderosa carga metajurídica (filosófica) na análise da conduta humana por parte do Direito.

Um dos principais motivos destinados a deslocar este pensamento idealista para fundamentar uma opinião absolutista da vontade sob a égide do Código Napoleão e, indiretamente, o século XIX, é a verificação de que este período inicial do processo de codificação ainda não enfrentava a questão social derivada da Revolução Industrial que já havia sido instaurada, precisamente, a questão social envolvida no Direito só veio a emergir na segunda metade do século XIX, com o advento dos movimentos operários. Posteriormente, formou os movimentos sociais, para promoverem uma radical mudança na realidade pós-revolução industrial - especialmente turbulentos na Alemanha⁷² - especialmente na identificação da relação do trabalho como uma espécie distinta de relação jurídica privada.

O equívoco que ocorre na seara do Direito privado civilizado, em compreender o século XIX, como o século do individualismo e do liberalismo repousa, justamente, em adotar como parâmetro de crítica à realidade da qual origina o Direito do Trabalho: a crítica social, especificamente na ausência de um fato social relevante na teoria contratual. O fato social que possui forte presença nas relações trabalhistas, não possibilitando sua inserção em nenhuma das premissas teóricas e nem dos moldes abstratos de análise do Direito privado até então vigentes da Europa continental. E na sua ausência, cria no jurista contemporâneo a falsa sensação de que o século XIX restava dominado pela sobreposição da vontade individual sobre a vontade coletiva, quando a realidade se aproxima da constatação de um fenômeno inverso.

comportements. Les valeurs de liberté et d'égalité sont essentielles à l'expression des volontés individuelles ; les valeurs de réciprocité et de mutualité sont fondamentales pour assurer l'équilibre contractuel tout autant que sa force contraignante. Dans cet esprit, l'idée directrice qui guide la structuration de l'État repose sur une prémisses simple : personne ne peut décider pour l'ensemble sans le consentement de chacun. Cela étant, le rôle de l'Etat est d'assurer à chacun l'exercice de sa pleine liberté et de donner à tous l'éducation nécessaire à la défense de ses intérêts individuels et collectifs. La recherche de justice sociale doit refléter le rapport d'égalité mathématique de l'échange, la justice distributive doit s'apparenter à la justice commutative: cela n'enlève pas à l'État la responsabilité d'établir les justes proportions partout où les individus ou les associations particulières ne pourraient y parvenir adéquatement».

⁷² É notória o atentado contra a vida do Imperado alemão em 1878 para denotar a profundidade dos impactos dos movimentos sociais verificada na segunda metade do século XIX. Fato que iniciou o movimento legislativo de limitação dos movimentos sociais que durou 12 anos – conhecida como as Leis socialistas (*Sozialistengesetzen*). Mesmo movimento legislativo na Alemanha que baseou-se na ideia de não impor o fato social por via da constrição das relações privadas, mas sim na gradual promoção positiva do bem estar do trabalho por via da implementação de leis previdenciárias (EBEL&THIELMANN, 2003, p.373-374).

O século XIX foi dominado pelo individualismo e pelo liberalismo, no campo do Direito, eles foram exaltados concomitantemente, com o absolutismo da propriedade individual, e a liberdade individual de contratar. Era a teoria denominada de “autonomia da vontade”. O contrato livre, fonte principal das obrigações e dos direitos. Somente o contrato vincula; e posso me vincular pelo contrato com qualquer um sobre qualquer coisa. “Isto é justo porque é o que se deseja”. Redução da instituição ao contrato. “Que a vontade do indivíduo tenha feito!”.

Esta teoria, qual, verdade seja dita, nunca foi expressão exata de nosso direito positivo, se saiu bem das incessantes contradições da evolução social e jurídica destes últimos cinquenta anos: a ampliação contínua das disposições imperativas impondo-se à vontade individual e limitando-a em nome da ordem pública e da imposição do interesse geral nos domínios da liberdade contratual por via da multiplicação das obrigações de origem extracontratual; das regulamentações coletivas substituindo as livres estipulações individuais; o desenvolvimento de instituições enquadrando e disciplinando vontades particulares, etc⁷³. (GOURNOT, 1938, p.64)

Mas se na Europa continental a interpretação do descontextualizada da moldura jurídica da vontade incorre neste erro de concebê-la neste período como absoluta, o mesmo não se verifica na Europa insular.

Individualismo, liberalismo e uma concepção com tendência absolutista da vontade individual, são marcas dominantes no Estado liberal existente na Europa Insular na passagem do século XVIII para até fins do século XIX.

No *common Law* se encontra os motivos que, associados à uma interpretação da ausência do fator social na Europa continental, dão legitimidade à concepção absolutista da vontade no século XIX que se formou em boa parte da doutrina jurídica contemporânea – a ponto de legitimar o pleito de alguns enquadrar esse período como o da soberania da vontade.

Uma outra consequência resultante do aumento da importância da autonomia dos contratos particulares foi a tendência das Cortes em tratar a livre escolha das partes contraentes como acima de questionamento; tanto por via das regras do *common Law*, que as Cortes elas mesmas desenvolviam, quanto aos termos expresso no contrato. A tendência era de manter o princípio de que um homem não era responsável por suas decisão somente por causa de uma decisão das Cortes. Um homem, por exemplo, tinha o direito de decidir com quem iria negociar. Esses direitos eram geralmente tratados como absolutos,

⁷³ Tradução livre do original em francês: « Le XIXe siècle a été dominé par l’individualisme et le libéralisme, sur le terrain du droit, ils ont exalté, en même temps que la propriété individuelle absolue, le libre contrat individuel. La théorie dite de « l’autonomie de la volonté ». Le libre contrat, source principale des obligations et des droits. Seul le contrat lie ; et l’on ne peut se lier par contrat avec qui l’on veut et pour tout ce que l’on veut. « Cella est juste parce que cela a été voulu ». Réduction de l’institution au contrat. « Que la volonté de l’individu soit faite ! ». Cette théorie, qui, à vrai dire, n’avait jamais été l’expression exacte de notre droit positif, a reçu de l’évolution sociale et juridique de ces cinquante dernières années d’incessants démentis : accroissement continu des dispositions impératives s’imposant aux volontés individuelles et limitant au nom de l’ordre public et l’intérêt général le champ de la liberté contractuelle ; multiplication des obligations d’origine extracontractuelle ; réglementations collectives se substituant aux libres réglementations individuelles ; développement d’institutions encadrant et disciplinant les volontés particulières, etc. »

de modo que, até o mais irracional capricho, não poder ser questionado⁷⁴.
(ATIYAH, 2003, p.417)

A particularidade da Europa insular, no estudo do desenvolvimento dos conceitos e instituições jurídicas, já foi evidenciada, ao se mostrar como muitas das ideias que influenciaram a Europa pós-revolução francesa tinham sua origem um século antes, ou seja, na Revolução Gloriosa. Também neste aspecto, não é de se espantar que, na Europa Insular ocorresse a primeira Revolução Industrial e que, no início do século XIX, a Inglaterra encontrava-se no apogeu de sua glória, sob regência da Rainha Vitória (a era Vitoriana de 1837-1901), quando o pensamento liberal e o individualismo jurídico atendiam às necessidades do país expoente do imperialismo.

A Europa Insular, em larga margem, não mais compartilhava a visão da relação entre o indivíduo e o Estado estar baseada num contrato, mas, sim, numa espécie de relação de interesse mútuo, cujas obrigações se fundamentavam na mútua defesa de interesses (MILL, 1869, p.134-135).

O desenvolvimento dos sistema legislativos e judiciário, neste contexto, estava regido na promoção de princípios que combinassem o liberalismo e o individualismo, conforme as necessidades da sociedade, concepção que remonta ao século XVIII, quando surge a obra base do sistema jurídico inglês.

Em seu *Commentaries on the Laws of England*, Sir William Blackstone determinaria o fundamento para a adoção de um sistema regido pelo costume e pelo precedente judicial, de um Direito que regulamentasse sociedade. Eram estas as bases doutrinárias do *common Law* inglês.

O ponto de partida da concepção de Blackstone era a constatação de que as leis na Inglaterra ou “regras de conduta civil prescrita aos inabitantes deste Reino”, encontrar-se-iam divididas em duas categorias: (1) a *lex non scripta* – a lei não escrita ou comum; (2) a *lex scripta* – a lei escrita ou estatutária (BLACKSTONE, 1827, p.42)

Na esteira desta classificação das leis existentes na Inglaterra, acaba por verificar que a *lex non scripta* restava dividida em três grupos oriundos do costume:

⁷⁴ Tradução livre do original em inglês: “Yet another consequence of the growing importance of the autonomy of private contract was the tendency of the Courts to treat the free choice of the contracting parties as beyond challenge, both under the rules of the common law which the Courts were themselves developing, and under the express terms of contractual provision, the tendency was to hold that a man was not accountable for the Courts for the reasons for his decisions. A man, for example, had a right to decide with whom he was to deal. That right was generally treated as absolute, so that even the most unreasonable caprice could not be challenged”.

Esse direito não escrito ou comum é propriamente distinto em três tipos: 1. Costumes gerais; que são regras universais de todo o reino e formam o direito comum, em seu sentido mais estrito e usual. 2. Costumes particulares, que em sua maioria afetam somente habitantes de distritos particulares; 3. Certas leis particulares; que pelo costume são adotadas e usadas por algumas cortes em particular, de jurisdição extensa e muito ampla⁷⁵ (BLACKSTONE, 1827, p.44-45).

A *lex scripta* encontrar-se-ia dividida entre binômios gerais-particulares e em públicos-privados, como explica Blackstone:

Um ato geral ou público é uma regra universal que incide em toda a comunidade: disto as Cortes do Direito são obrigadas a tomar conhecimento judicialmente ou *ex officio*, sem a necessidade de lei, em particular, ser arguida ou formalmente ser posta pela parte que reivindica uma vantagem decorrente da mesma. Os atos especiais ou privados são mais exceções que regras, correspondendo aquelas para somente se operam sobre pessoas em particular e sobre interesses privado⁷⁶. (BLACKSTONE, 1827, p.58)

Ao delimitar a realidade jurídica do sistema inglês vigente, Blackstone procede a análise das diferentes formas de manifestação da *lex non scripta*, que resulta na elaboração da teoria baseada na defesa segundo a qual a doutrina jurídica mais apropriada para lidar com um campo tão vasto e, ao mesmo tempo, particular como o Direito comum, deveria ser a dos precedentes das Cortes e das regras estabelecidas socialmente, a menos que estas últimas se demonstrassem absurdas ou injustas (BLACKSTONE, 1827, p.47)

Em resumo, o sistema proposto por Blackstone consistia num sistema jurídico fundamentado na predominância do costume da sociedade, como o ponto angular da regulamentação das pessoas (o direito substancial), enquanto que o sistema de aplicação do Direito, por via dos Tribunais, deveria ser guiado pelo princípio da equidade.

As funções do costume e da equidade se explicavam por via do complementaridade, pois apareciam como complemento ideal ao outro. Como o costume era mutável, adaptava-se conforme a evolução da sociedade, enquanto que a equidade, como um conceito impossível de ser reduzido numa legislação predominante escrita, serviria de elemento ideal para atualizar o Direito conforme as mutações do costume na sociedade.

⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: “This unwritten or common law is properly distinguishable into three kinds: 1. General customs; which are the universal rule of the whole kingdom, and form the common law, in its stricter and more usual signification. 2. Particular customs; which for the most part affect only the inhabitants of particular districts. 3. Certain particular laws; which by custom are adopted and, used by some particular courts, of pretty general and extensive jurisdiction”.

⁷⁶ Tradução livre do original em inglês: “A general or public act is an universal rule, that regards the whole community: and of this the courts of law are bound to take notice judicially and *ex officio*; without the statute being particularly pleaded, or formally set forth by the party who claims an advantage under it. Special or private acts are rather exceptions than rules, being those which only operate upon particular person and private concerns

Nesta ótica, o contrato era definido como um acordo realizado sob suficiente ponderação entre duas ou mais pessoas, para fazerem ou deixarem de fazer algo em particular, devendo ser observados três aspectos relevantes: a convenção (*agreement*), as causas (*considerations*) e o objeto (*thing*) a ser feito ou deixar de ser feito (BLACKSTONE, 1827, p.225).

Sistemática que possibilitava a regulação contratual ser bastante ampla e flexível, ocasionando uma maior causa de nulidades a serem relacionadas à infração de direitos de terceiros (fraude a credores) do que oriundas do interesse regulado pelas partes.

Flexibilidade contratual que, associada ao descarte da teoria contratualista entre indivíduo – o Estado e a adoção da teoria dos interesses mútuos; acaba traduzindo uma inerente não-socialidade na esfera particular e, por consequência, na esfera do judiciário. Situação bem resumida, na afirmação de que “o indivíduo não é responsável para com a sociedade por suas ações, desde que estas não digam respeito a ninguém mais que a si próprio⁷⁷”(MILL, 1869, p.168).

Este panorama do Direito insular instaurado no século XIX resultou na força da concepção de se taxar o século XIX como sendo o século do individualismo e do liberalismo, associando-se a uma visão da vontade como absoluta – a soberania da vontade.

Este estágio inicial do desenvolvimento jurídico centrado na moldura da vontade, demonstrou as diferenças entre a realidade jurídica da Europa continental e da Europa insular, e vai promover, em muito, a multiplicação do significado de vontade no discurso jurídico, e promover dois caminhos semelhantes, mas de conclusão diversa: um vai confirmar a tese do absolutismo da vontade, o outro, vai contradizê-lo. Ao mesmo tempo, (re)surgem outros papéis para a vontade no Direito. É o início do contraditório caminho da vontade, como autonomia da vontade, na Ciência Jurídica moderna.

⁷⁷ Tradução livre do original em inglês: “the individual is not accountable to society for his actions, in so far as these concern the interest of no person but himself”.

2.3 A autonomia da vontade e o dogma da autonomia da vontade

2.3.1 As duas progressões do princípio da vontade na estrutura da Ciência jurídica

Na Ciência Jurídica autônoma nascente no século XIX e em processo de consolidação até assumir sua estrutura contemporânea, o princípio da vontade, como autonomia da vontade, vai sofrer um desenvolvimento em dois planos extremamente semelhantes, mas distintos: de um lado, vai se desenvolver no caminho de elemento de conexão, para eleger a lei aplicável a determinadas obrigações; de outro lado, associar-se ao valor da liberdade e sua ramificação no Direito contratual e centrado na figura da liberdade contida nos contratos (a liberdade contratual) ou na livre manifestação das partes nos contratos privados.

Esta bifurcação no desenvolvimento do princípio da vontade vai resultar em duas concepções jurídicas referentes ao conceito da autonomia da vontade, até então pesadamente metajurídico. Caminho que resultou das grandes transformações pelas quais o Direito como Ciência iria passar no século XIX, destacando-se a consolidação do Estado nacional e da comunidade internacional de Estados, as codificações, a ascensão do positivismo jurídico, a crise social do Direito e o surgimento do Direito do Trabalho.

Todos estes eventos irão influenciar no desenvolvimento do princípio da vontade e, de maior ou menor grau, influenciar a situação complexa que se desenvolveu no Direito quando o assunto é autonomia da vontade.

Neste momento é importante salientar que, apesar de se ter constatado que muitas críticas ao papel da vontade no século XIX, estas decorreram das realidades existentes mais no *common Law* que no Direito continental europeu. A análise desses dois desenvolvimentos jurídicos não irá se utilizar o *common Law*, como parâmetro de análise no primeiro momento, mas, sim, da evolução do princípio da vontade a partir da moldura filosófico-jurídica proposta por Kant.

Trata-se da evolução da vontade dentro do Direito privado civilizado imperante no Direito continental europeu. O forte contexto de civilismo derivado da tradição romana de estudo jurídico, do liberalismo e da necessidade de unificação dos direitos nacionais vai estabelecer, no século XIX, o nascimento, em sede de DIPr, a primeira expressão jurídica da

autonomia da vontade – sinônima, até então, de autonomia do cidadão ou autonomia das partes.

As palavras “autonomia”, “autonomia do homem” e a “autonomia do cidadão” aparecem pela primeira vez dentro do vocabulário internacionalista com o tratado de Direito Internacional Privado de Foelix, publicado em 1843, o qual constitui a primeira obra do assunto depois do Regime antigo, em conjunto com a tradução, em 1851, do oitavo volume do *Sistema de Direito romano* de Savigny⁷⁸. (RAUNOIL, 1980, p.20-21)

Logo depois foi incorporado ao estudo do Direito Civil no que se refere aos contratos e as obrigações voluntárias – mais precisamente, na figura hoje conhecida como os negócios jurídicos.

Em linhas gerais, chega-se o momento em que se separa a vontade das partes nos contratos do ciclo geral da vontade no pensamento metajurídico. A vontade no ciclo filosófico-político se consolida na figura da vontade do Estado nacional como fonte primeira dos direitos, enquanto que o princípio jurídico da vontade se assentará nos diferentes ramos do próprio Direito – destacando-se o DIPr e o direito contratual.

2.3.2 O princípio da vontade e o DIPr: a autonomia da vontade

2.3.2.1 O Fato extranacional e sua repercussão no Direito privado “civilizado”

Onde reside o local de uma obrigação? Onde reside a jurisdição especial da mesma? Onde se deve procurar o Direito local, qual Direito sobre ela deve ser aplicado? A primeira destas três perguntas tem uma natureza teórica, e serve somente para determinar o fundamento para a correta resposta das duas outras, motivo pelo qual ela pode ser entrelaçada à resposta da segunda questão⁷⁹. (SAVIGNY, 1849, p.205-206)

⁷⁸ Tradução livre do original em francês: « Les mots d’«autonomie», d’ «autonomie de l’homme» et d’ «autonomie des citoyens» apparaissent pour la première fois dans le vocabulaire internationaliste avec le traité de droit international privé de Foelix, publié en 1843, qui constitue le premier ouvrage d’ensemble depuis l’Ancien Droit, et avec la traduction, en 1851, du huitième volume du *Système de droit Romain* de Savigny ».

⁷⁹ Tradução livre do original em alemão: „Wo ist der Sitz einer Obligation? Wo ist der besondere Gerichtsstand derselben? Wo ist das örtliche Recht aufzusuchen, welches aus Sie angewendet werden muß? Die erste dieser drei Fragen hat eine theoretische Nature, und dient blos als Grundlage für die richtige Beantwortung der beiden anderen, weshalb sie mit der zweiten Frage sogleich zusammen gefaßt werden kann“.

A série de indagações realizadas por Savigny demonstra bem a primeira grande transformação que ocorre na Ciência Jurídica do século XIX, a questão de ter de lidar com uma realidade não mais dominada pelo dogma da universalidade e a aspiração imperial das nações europeias, mas, sim, com a realidade do Estado nacional e com a comunidade de Estados soberanos tendo como base a ideia de Direito *inter gentes*. Mas longe de ser um Direito público europeu, nascia ali o Direito Internacional Público.

A ascensão do Estado nacional foi um evento do século XVIII, mas sua consolidação somente se deu no século XIX, na sua associação com a ideia de nação decorrente dos fortes movimentos nacionais existentes na Europa continental, em que se destacaram os movimentos nacionalistas alemão e italiano.

A forte característica nacionalista da organização social, personificada no Estado nacional, determinou que a Ciência Jurídica acabasse por se ideologizar em prol da divisão do Direito em nacional e internacional, ao lado da divisão clássica romana entre público e privado.

Esse contexto vai determinar o surgimento do problema relativo àquelas relações jurídicas que foram dotadas de elementos estrangeiros, isto é, as relações jurídicas que poderiam estar sujeitas à tutela de mais de um Direito nacional, que são objeto de estudo sobre o qual se consolidam o que hoje se denomina DIPr.

O fato extranacional⁸⁰ é consequência justamente da fragmentação do Direito entre as diferentes esferas nacionais, somado a inerente natureza humana de buscar sempre a integração e a miscigenação no seu trânsito neste mundo – com especial relevância as relações comerciais, as quais, desde os primórdios da humanidade nunca respeitaram fronteiras estabelecidas por autoridades locais.

⁸⁰ Determinar uma nomenclatura aceitável para essas relações jurídicas que não se inserem na tutela de uma só esfera jurídica nacional é tormentoso e de improvável solução. Na doutrina jurídica costuma-se denominar esse fato como “anormal”, como “internacional” ou simplesmente “elemento estrangeiro”. Particularmente, adota-se a nomenclatura fato extranacional, por considera-la a mais correta, dado que o fato não é internacional (pois se confundiria com o Direito internacional público), não é anormal (a globalização e os fluxos migratórios integram a realidade nacional das diferentes nações contemporâneas) e a nomenclatura “elemento estrangeiro” não necessariamente denota o fato em foco, pois existem fatos com elementos estrangeiros que podem estar sujeitos a um só direito (ex.: dois chilenos fazem uma compra e venda no Brasil e optam pelo Direito brasileiro). Já a nomenclatura fato extranacional, utilizada sob influência do jurista Sergio Loreto, denota melhor o fenômeno pois determinar que o fato não é internacional, mas, sim, “extra” nacional, por deter uma particularidade “extra” na sua análise jurídica.

Em linhas gerais, o surgimento do DIPr no século XIX como um ramo autônomo do estudo jurídico foi herdeiro direto das teorias estatutárias. Vai por outro lado, promover uma leve ruptura no Direito privado civilizado que se estabelecia no Direito nacional, já o direito nacional não era capaz de determinar a regulamentação, per si, das relações jurídicas cuja sua soberania restava mitigada por outra soberania. Era a primeira lacuna científica do Direito privado civilizado.

Existe uma lacuna no meu *Princípios do Direito Civil*. Eu falei longamente sobre a teoria dos estatutos que não fizeram os interpretes franceses do Código Napoleão. Mas a matéria é por demais vasta e por demais difícil para que se pudesse se tratar da mesma nos comentários ao Código. A doutrina dos estatutos se tornou uma ciência, que é a do DIPr⁸¹. (LAURENT, 1880, p.VII)

Esta disciplina é tão complicada para a Ciência Jurídica que até os dias atuais existem debates acerca de questões fundamentais e sua relação com outras disciplinas da Ciência Jurídica. A disputa mais recorrente é a problemática de se enquadrá-lo na divisão de público e privado, que ainda é uma diretriz da Ciência Jurídica, neste século XXI. Mas ao mesmo tempo, marca bem o caráter civilista assumido no desenvolvimento do Direito privado.

A opinião de que o DIPr é mesmo direito privado a determinar seu próprio campo de aplicação importa na renascença da doutrina estatutária hoje inteiramente abandonada como insustentável. Entre nós, *Clóvis Beviláqua* era de parecer que o DIPr é “um composto de ramos do direito privado”, é simplesmente o direito privado: é o direito privado internacional, isto é, o direito privado aplicado as “relações” individuais da sociedade internacional”; frisava bem que “o DIPr é o mesmo direito privado nacional, aplicado às relações internacionais de ordem privada”. Mas a autoridade de *Clóvis Beviláqua* é tão grande e a tese é tão insubsistente, que essas dogmáticas afirmações só podem ser atribuídas a um surto de civilismo, calamidade, ou praga, que tem entravado o progresso de todos os ramos do direito. Civilismo é a corruptela consistente em transportar as regras e a técnica do Direito Civil para os outros setores da ordem jurídica. (CASTRO, 2004, p.87)

Não é de se espantar que muitas obras do século XIX, ao abordarem o DIPr, procuravam a elaborar um tratado de Direito Civil internacional ou um Direito privado internacional, como se o fato extranacional fosse um apêndice do Direito privado nacional.

⁸¹ Tradução livre do original em francês: « Il ya une lacune dans mes *Principes de droit civil*. J’ai parlé plus longuement de la théorie des status que ne l’ont fait les interprètes français du code Napoléon; mais la matière est trop vaste et trop difficile pour qu’on puisse la traiter dans un commentaire du code. La doctrine des status est devenue science, celle du droit international privé ».

Importa a este estudo, é a análise do fato extranacional que, na doutrina do DIPr, vai (re)emergir o princípio da vontade como um conceito puramente jurídico. Quando resgatada a teoria de Dumoulin, elaborará o instituto da autonomia da vontade.

2.3.2.2 A autonomia da vontade

O nascimento jurídico da expressão autonomia da vontade vai ser resultado dos debates acerca da questão referente ao Direito aplicável aos contratos ou, mais precisamente, à questão do Direito aplicável aos negócios jurídicos privados dotados de extranacionalidade. Debate que, em larga escala, veio da constatação segundo a qual a concepção do contrato e da obrigação nele contida não consiste um bloco unitário, cujo objeto seria um objeto indivisível na análise jurídica. Os contratos internacionais demonstravam que tanto o contrato, quanto a obrigação, quanto o objeto desta, eram divisíveis quando postos sob análise jurídica.

Constatação que gerou, no primeiro momento, uma poderosa fonte de controvérsias e confusões no próprio DIPr sobre a questão da lei aplicável ao contrato internacional.

Confunde-se bastante, nas obras de Direito internacional privado, a questão de saber qual é a lei que rege os efeitos do contrato, com as questões de interpretação propriamente ditas. Savigny já havia sinalizado e criticado esta confusão. “Pode-se”, diz ele, “como fazem a maioria dos autores, estabelecer, nesta questão (referente a questão da interpretação), um entendimento tal que ela se entrelace com todas as regras locais do direito a um contrato. Pode todavia ser considerado como subentendido, dentro do contrato, pela vontade averiguável das partes. É este tipo de interpretação que completa a expressão das vontades individuais, e que, quase sempre, serve de base para as regras do direito supletivo, mas, generalizando também a questão de fato, com a interpretação das leis. Entre um e outro caso, trata-se de determinar o verdadeiro sentido da declaração oral e escrita”⁸². (ROLIN, 1897, p.421-422)

⁸² Tradução livre do original em francês: «On confond très solvante, dans les ouvrages de droit international privé, la question de savoir quelle est la loi qui régit les effets du contrat, avec les questions d’interprétation proprement dites. Savigny avait déjà signalé et critiqué cette confusion. «On peut», disait-il, «comme l’ont fait plusieurs auteurs, donner à cette question (à la question d’interprétation) une étendue telle qu’elle embrasse toutes règles locales de droit à un contrat, peut toujours être regardée comme sous-entendue, dans le contrat, par la volonté vraisemblable des parties. C’est cette espèce d’interprétation qui complète l’expression des volontés individuelles, et que, en général, sert de base aux règles du droit supplétif. Mais généraliser ainsi la question de fait, comme pour l’interprétation des lois. Dans l’un et l’autre cas, il s’agit de déterminer le véritable sens de la déclaration orale et écrite».

Este problema não era necessariamente novo, já que ao se analisar bem os estatutos, em especial a proposta de Dumoulin, é recorrente a confusão entre a questão de se aplicar um Direito e a interpretação do contrato. Para contornar esta situação, desenvolveu-se a seguinte concepção, em sede de análise jurídica: o contrato restaria desmembrado, no momento e no local de sua formação (forma/validade); e outra, referente ao próprio conteúdo e local de execução do contrato (efeitos).

Mas qual a finalidade desses juristas estrangeiros em se referir a tal distinção? Ocorre que a validade do mesmo contrato é para ser regulada em parte pela lei de um país e em parte pela do outro? De modo algum. Em nenhum lugar eles afirmam que a validade de um contrato não é para ser apreciada totalmente por uma e pela mesma lei; isto é, pela lei do lugar onde fora constituída, ou pela lei do local onde deve ser cumprida, de acordo com, num senso de justiça, a referencia a natureza e os objetos do contrato em particular, um ou outro é para ser delimitado como o local próprio do contrato. Eles não afirmam também que uma e a mesma regra não pode ser aplicada por completa a toda a estipulação do contrato, que o contrato é válido, não obstante se está em conformidade com a lei do local onde fora constituído, ou onde ele será executado. Este contrato é para ser tratado, não como um todo, mas como dividido em partes. Assim, se uma de suas estipulações violam a lei de cada lugar deve, mesmo assim, ser considerado válido como um todo, caso não viole toda a lei de ambos os lugares⁸³. (STORY, 2001, p.411)

É a metodologia encarregada de desmembrar o contrato conforme as regras que o regem no local de sua constituição (estabelecendo regras quanto a sua formação) e o local de sua execução (estabelecendo regras quanto a sua execução), que, por fim, acabou por mitigar a supremacia do princípio da territorialidade, no que tange ao campo do Direito das obrigações.

No campo da formação do contrato e, por consequente, de sua validade, a doutrina internacionalista seguiu a tradição do art.1134 do Código Napoleão, para apontar o princípio da territorialidade como elemento principal de referência, bem como para estabelecer a divisão das obrigações como dividas entre requisitos exteriores e interiores.

⁸³ Tradução livre do original em inglês: "But for what purpose do these foreign jurists refer to the distinction? Is it, that the validity of the same contract is to be at the same time ascertained in part by the law of one country, and in part by that of another? By no means. They nowhere assert, that the validity of the contract is not to be judged of throughout by one and the same law; that is, by the law of the place where it is made, or by the law of the place where it is to be performed, according as, in a just sense, with reference to the nature and objects of the particular contract, the one or the other is properly to be deemed the place of the contract. They nowhere assert, that one and the same rule is not to apply throughout, to all the stipulations in the contract, that the contract is good, notwithstanding it does not conform either to the law of the place where it is made, or to that where it is performed. That contract is to be treated, not as a whole, but is to be distributed into parts; so that, if in some of the stipulations it violates the law of each place, it shall still be good thought out, if it does not violate in the whole the law of both places".

*A forma exterior dos atos lícitos é regida pelas leis do local onde elas são realizadas ou constituídas; em outros termos, pela validade de todo o ato. Quanto a forma, ela tem de observar a lei do local onde este ato foi abordado ou redigido. Esta regra se aplica a atos entre vivos, a título oneroso ou gratuito, como também as disposições de última vontade*⁸⁴. (FOELIX, 1866, p.157)

Se, por um lado, a doutrina jurídica consolidou o entendimento voltado para a regulamentação, quanto à forma e, tendo aporte legislativo; a questão referente a execução, os efeitos e o conteúdo da estipulação contratual determinaram a elaboração de um rol de princípios os quais, dependendo da situação em foco, poderiam afastar por completo a aplicação do princípio da territorialidade.

Nesse sentido, que se verifica a grande influência das teorias estatutárias no DIPr: o conteúdo, a execução e os efeitos do contrato reger-se-iam por um sistema autônomo de interpretação para aplicação do Direito⁸⁵. Tratavam-se das formalidades referentes às solenidades internas dos atos lícitos.

A matéria dos atos lícitos dos homens, referentes a suas solenidades internas, são regidas:

1º Pela lei pessoal. Está lei tem sua aplicação, de uma maneira imediata, naquilo que ela invalida ou valida os atos, conforme a constatação da pessoa que fez o ato ter ou não capacidade para realiza-lo conforme a mencionada lei; de maneira mediata, por ela somente imprimir uma direção a conduta dos homens. Rege também os atos referentes aos bens móveis.

2º Pelo estatuto real, a tudo que se refere aos bens imóveis.

3º Pelo livre arbítrio ou pela *autonomia* do homem, relativo a tudo que não tenha sua aplicação atrelada ao estatuto pessoal ou ao estatuto real. De resto, a substância ou a matéria de todos os atos abandonados a autonomia do cidadão estão submissos, pelo uso das nações⁸⁶ (FOELIX, 1866, p.157-158)

A nova metodologia de interpretação judicial das relações jurídicas obrigacionais, tendo por base o resgate das teorias estatutárias foi, em boa parte, influenciada também pela modificação no modo de classificar as obrigações como um todo, cujo polo da

⁸⁴ Tradução livre do original em francês: «*La forme exterieur des actes licites est régie par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés: en d'autres termes, pour la validité de tout acte, quant à la forme, il suffit d'observer la loi du lieu où cet acte a été dressé ou rédigé. Cette règle s'applique au actes entre-vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, ainsi qu'aux actes de dernière volonté*».

⁸⁵ Conforme observação de Peter Ngyh (1999, p.8), foi graças aos grandes esforços de Mancini, em sua cruzada para estabelecer o principio da nacionalidade como tão importante quanto o princípio da territorialidade, que o tal sistema ganhou força para ser elaborado.

⁸⁶ Tradução livre do original em francês: «*La matière des actes licites de l'homme, leus solennités, son règles: 1º Par la loi personnelle. Cette loi trouve son application, d'une manière immédiate, lorsqu'elle valide ou invalide les actes, slon que la personne ui y procède a ou n'a pas la capacité générale equise par la dite lois; et d'une manière médiata, lorsqu'elle ne fai qu'imprimer une direction aux faits de l'homme. Elle régit aussi les actes relatifs aux biens meubles. 2º Par le statut réel, eu tout ce qui concerne les imméubles. 3º Par le libre arbitre ou l'autonomie de l'homme, relativement à tout ce qui ne tombe pas sous l'applicationdu statut réel. Du reste, la substance ou la matière de tous les actes abandonnés à l'autonomie des citoyens se trouve soumise, par l'usage des nations*».

personalidade dos envolvidos dava lugar ao objeto da relação para determinar a natureza jurídica da relação – questão que influenciaria, por demais, a evolução do princípio da vontade como dogma da autonomia da vontade.

Mas, mantendo-se o desenvolvimento, no que tange ao DIPr, o resgate das teorias estatutárias também pode ser considerado como uma forma que os internacionalistas utilizaram para se desvincular dos institutos e conceitos emergentes no Direito privado nacional, em especial no fim do século XIX, de modo a delimitar às particularidades que distinguem os contratos internacionais dos contratos nacionais.

Diferente das escolas estatutárias, que se mantiveram em muito fieis à tripartição das regras entre os estatutos da personalidade, os estatutos reais e os estatutos mistos, os doutrinadores do século XIX vão substituir por completo os estatutos mistos pelo princípio da vontade no que se refere ao direito obrigacional como um todo. Era o início da reformulação da teoria estatutária.

Há de se esclarecer que a teoria dos estatutos abordava a classificação do Direito como um todo. Não trabalhava com a separação do direito em nacional e internacional, dado que seus estudos surgiam num período quando o sonho imperial das nações europeias ainda estava vivo e, em algumas mais antigas, o poder jurisdicional encontrava-se universalmente consolidado na figura do papa ou do Imperador sacro-romano germânico.

Desta constatação, pode-se afirmar que o que se verificava no século XIX era a transformação quase que por completa da teoria dos estatutos, na teoria dos elementos de conexão. Isto é, não mais se trabalhava com a classificação geral do Direito existente, mas sim, com a concepção de elementos que podiam determinar a incidência de determinado Direito.

Tal afirmação implica constatar que não se pode afirmar que o princípio da autonomia da vontade, no DIPr, tenha seu nascimento na teoria de Dumoulin. O princípio da vontade estabelecido em Dumoulin referia-se mais à sujeição da relação jurídica a um estatuto por completo. Isto é, tratava de estabelecer a regra absoluta de interpretação da relação jurídica, ao contrato, se dava um conceito indivisível, na apreciação jurídica, algo que a realidade do século XIX não mais sustentava. A vontade das partes, com a qual Dumoulin trabalha, também não era mais a mesma que se concebia no Direito do século XIX.

A moldura jurídica da vontade no século XIX vai seguir, principalmente, a diretriz Kantiana de autonomia, a qual estabelecia que a vontade teria que agir conforme os ditames da ordem jurídica dominante. Assim não se conferia poder à vontade em termos, de se evadir o contrato totalmente do domínio jurisdicional de um Estado para outro, mas, somente, uma parte referente a sua execução. A autonomia da vontade no Direito internacional, surge como o desenvolvimento da concepção da sujeição voluntária das partes a determinado ordenamento.

A Jurisdição especial, como no Direito localizado das obrigações, reside numa forma de sujeição voluntária (§360 Num.2). Qual, na maioria dos casos, não é expressa, mas somente se delimitada conforme a situação que a envolve. Por isto que, também, pode ser excluída por uma declaração expressa em contrário⁸⁷. (SAVIGNY, 1849 (BAND III), p.203).

É a ideia de sujeição voluntária das partes concebida por Savigny a mais apropriada para determinar o ponto inicial da autonomia da vontade em DIPr, ao invés da teoria estatutária de Dumoulin, pois é sobre essa concepção de sujeição da vontade individual à ordem jurídica que estabelecerá o conceito contemporâneo de autonomia da vontade nos contratos internacionais: à faculdade da vontade das partes em escolher um Direito aplicável à sua obrigação/negócio jurídico estipulado em contrato.

Assim, a autonomia da vontade corresponde, segunda uma definição aceitável, à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas, de um lado, pela noção de ordem pública, e, de outro, pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema imperativo e um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que somente se torna eficaz à medida que pode ser efetiva. (STRENGER, 2003, p.217)

Há de se ficar atento que a expressão autonomia da vontade, na doutrina internacional privada, acaba por perder a carga metajurídica existente e adquire um significado próprio, pois acabou designando a faculdade que o Direito confere à liberdade das partes a sujeitar a execução e os efeitos do contrato a uma esfera jurisdicional (sentido lato) diversa daquela contida no Estado nacional, onde o contrato está sendo constituído.

⁸⁷ Tradução livre do original em alemão: “Der spezielle Gerichtsstand, wie das örtliche Recht der Obligationen, beruht auf einer Freiwilligen Unterwerfung (§360 Num.2), die in den meisten Fällen nicht ausdrücklich erklärt wird, sondern nur aus den Umständen zu schliessen ist, eben deshalb aber auch durch eine entgegengesetzte ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen wird“.

Em boa medida, a razão par se transpor a nomenclatura autonomia da vontade do campo filosófico para o campo do DIPr, foi a tentativa de desvincular este aspecto do princípio da vontade de sua ramificação no Direito privado civilizado, de forma a evitar a inserção na doutrina internacional dos debates civilistas sobre a moldura jurídica da vontade como um todo no fim do século XIX. Debates, cujo resultado mais expoente foi o surgimento de uma nova forma contratual e um novo Direito integrando o Direito privado (o Direito do Trabalho).

Ainda no que se refere à autonomia da vontade no DIPr, é necessário alertar que a mesma, neste início de século XXI, não se resume somente a traduzir a possibilidade da escolha da lei (Direito aplicável) mas, também, a escolha do foro (judiciário nacional ou órgão internacional), bem como a possibilidade de denegar a aplicação de determinadas leis de origem internacional (os tratados) ou denegar jurisdição de determinados órgãos também internacionais – assunto por demais extenso que não cabe uma análise mais profunda neste estudo.

Essa autonomia das partes vincula-se de uma poder mais amplo, nas transações internacionais, para escolher não somente o Direito mas, também, o foro sobre o qual se determinam as disputas emergentes de tais transações. Aqui, novamente, numa visão mais ampla de autonomia, deveria ser a escolha das partes que determinaria conferir ou denegar a jurisdição. O acesso a tal jurisdição não deveria ser baseado em um privilégio que o foro poderia conferir ou negar de forma discricionária ou que poderia ser ignorado em outro foro⁸⁸. (NGYH, 1999, p.1)

Outro ponto a se atentar é o de que, apesar da pacificação quanto ao uso e aplicação do instituto da autonomia da vontade, existem alguns problemas advindos principalmente do estado de confusão que se estabeleceu no Direito privado, bem como, em nível de teoria geral do Direito, quanto à negação da existência de um Direito internacional como um todo. Situação que pode ser resumida nas teorias negatórias da autonomia da vontade, quanto a sua aplicação aos contratos internacionais.

Em direito, não existe a suposta autonomia da vontade, pois o que há sempre é liberdade concedida pelo direito, e por este limitada. Quando a ordem jurídica deixa à iniciativa das partes o ajuste de seus interesses na feliz expressão de *Caleb*, “dá uma autorização em branco à vontade individual, dentro dos limites de disposições imperativas”. Por conseguinte, as partes são livres apenas enquanto se encontrem em situação de fato não regulada pela

⁸⁸ Tradução livre do original em inglês: “This autonomy of the parties is part of a broader power in international transactions to select not only the law but also the forum which will determine the disputes arising out of such transactions. Here again, in the widest view of autonomy, it should be the choice of the parties which is determinative to confer and to deny jurisdiction. Access to that jurisdiction should not be a privilege which a forum could grant or withhold at its discretion or which could be ignored by other for a”.

imperatividade; e somente neste sentido é que gozam de certa autonomia concedida pelo direito. (CASTRO, 2004, p.442)

Este tipo de afirmação não é raro de se encontrar, mesmo na doutrina internacionalista, é um exemplo evidente do problema que se instalou, no âmbito do Direito privado, no que tange a confusão de termos filosóficos com termos jurídicos. Autonomia da vontade, em DIPr, nada mais é do que a possibilidade das partes escolherem qual o direito nacional ou internacional que desejam submeter a execução e aos efeitos de sua estipulação contratual.

Basicamente, é parte da manifestação da vontade das partes, ou seja, do próprio princípio da vontade que se refere ao fato extranacional. Não se associa à problemática mais ampla existente na teoria geral dos contratos, em que a manifestação da vontade das partes (ou princípio da vontade) vai significar a liberdade geral das partes, no que tange ao contrato – ramo jurídico de caráter nacional, de surgimento de OUTRO significado de autonomia da vontade.

Do ponto de vista do Direito privado civilizado de forte índole nacionalista, e, portanto, de sentido mais genérico tal afirmação é coerente ao traduzir que autonomia da vontade não existe, em Direito. É que no Direito nacional, a autonomia da vontade traduz a base da própria manifestação da vontade das partes nos contratos. Mas, peca pela ignorância, ao comparar o significado filosófico com o ambiente puramente jurídico, dado que no campo jurídico, qualquer vontade manifesta, expressa ou tacitamente tem que estar conforme o Direito vigente. Como afirma Irineu Strenger (2000, p.72): “exatamente a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia”.

Mas o estudo de tais teorias, que negam a existência da autonomia da vontade no DIPr, é resultado do problema que o tema princípio da vontade tomou no campo do Direito privado civilizado – um tormentoso assunto que se opta denominar “dogma da autonomia da vontade”.

2.3.3 O princípio da vontade e o Direito privado civilizado: o dogma da autonomia da vontade

2.3.3.1 As alterações no Direito privado civilizado no século XIX

Se, no campo do DIPr, estabeleceu-se uma determinada harmonia na aplicação e uso do conceito de autonomia da vontade a questão, no Direito privado, em especial no Direito Civil, foi completamente diferente.

Enquanto os estudos do DIPr adotaram uma parte do princípio da vontade formulado por Dumoulin e moldaram com a ideia de sujeição voluntária, para torná-lo um elemento de conexão, os estudos do Direito privado “civilizado” desenvolveram-se na explicação e utilização do princípio da vontade associado à liberdade nos contratos. Isso gerou uma verdadeira miscelânea de utilizações e de significados para a expressão autonomia da vontade.

O problemático desenvolvimento do assunto, no Direito privado civilizado, inicia-se pelo enraizamento da ideia de que o plano internacional nada mais consistia do que uma extensão do plano nacional – o DIPr consistiria, nada mais, que um direito privado internacional.

Neste contexto, quando a doutrina internacionalista desenvolveu a terminologia autonomia da vontade⁸⁹ para expressar a liberdade das partes em determinar a lei, o Direito era aplicável em sede de obrigações contratuais. Expressão que não tardaria a ser adotada pela doutrina nacionalista, para definir o próprio princípio da vontade dentro do direito contratual nacional. Era a doutrina da autonomia da vontade.

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da redação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade contratar ou de se abster, de escolher o parceiro, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*. (MARQUES, 2004, p.48)

⁸⁹ Como adverte Raunoil (1980, p.20) a expressão autonomia da vontade, na Ciência jurídica, seria um termo exclusivo dos internacionalistas até fins do século XIX, sendo a única exceção a figura de Brocher, qual a utilizava também no contexto nacional.

Para compreender a situação referente ao estabelecimento do *dogma da autonomia da vontade* no pensamento jurídico, é necessário compreender três grandes alterações que estavam em curso durante o século XIX e que influenciaram por demais o desenvolvimento conceitual da autonomia da vontade no campo do Direito contratual nacional:

- (1) O processo de codificação e a nova estrutura da Ciência Jurídica;
- (2) O advento do positivismo jurídico;
- (3) O surgimento do Direito Individual do Trabalho.

A primeira grande alteração que o Direito privado *civilizado* do século XIX vai sofrer advém do próprio processo de codificação do Direito e a nova estrutura que a Ciência Jurídica assumia diante deste processo.

O advento do Código Napoleão, que inicia o processo de codificação, vai abrir, na Ciência Jurídica, um debate até então enfraquecido pela adoção do modelo romano de Direito, ou seja, a questão de como se classificar as relações jurídicas de modo a determinar a estrutura de um Direito codificado.

Um fator evidente, a partir do Código Napoleão, foi que o mesmo adotara uma classificação que favorecia mais a unificar o Direito privado francês do que propriamente estabelecer uma sistemática própria para se classificar os diversos assuntos englobados no Direito privado – não existia, no codificador do Código Napoleão, o objetivo de estabelecer um sistema teórico acerca do tema classificação.

Esta situação pode ser bem compreendida, quando se compara os dois grandes diplomas legislativos privados que vão emergir do processo de codificação do século XIX: de um lado, o Código Napoleão; e de outro o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Diplomas separados praticamente por um século (o *Code* é de 1804 e o BGB é de 1900), cujos debates romperiam a pretensão universalista da codificação francesa, como parâmetro para demais codificações.

O *Code Civil* seguiu a ordem dos *Institutionum commentarii quatuor* de Gaius (direito das pessoas, das coisas das ações). Já B.G.B. adotara a classificação usual nos juristas alemães e tão injustamente censurada por F.Laurent a Zachariae: Parte Geral (§1-§240), direito das obrigações (§§241-852), direito das coisas (§§853 – 1296, compreendendo também a posse), direito de família (§§1.297 – 1920), direito de sucessão (§§1921-2385). No *Einführungsgesetz* regulam-se as relações entre os Código e as outras leis do Império, as matérias que eram reservadas aos Estados confederados, e as

questões territoriais (arts.153 – 218), e o Direito Internacional Privado (arts.6º - 30). (MIRANDA, 1981, p.97)

Estes debates, acerca da metodologia a se aplicar para estabelecer o sistema de codificação e classificação das relações jurídicas, não eram necessariamente novos, dado que o problema de se classificar as leis e as relações jurídicas já consistia objeto de estudo das escolas estatutárias. Porém, nenhuma delas cogitava em trabalhar com um direito codificado e nenhuma delas conseguiu estabelecer uma classificação capaz de ser aproveitada pelos juristas das codificações. Como relembra Teixeira de Freitas (2003, p.CX), a divisão entre estatutos pessoais e estatutos reais era bem vinda, porém, os tormentosos estatutos mistos se demonstravam de improvável solução no que se refere a sistematização.

Sem adentrar num estudo extenso sobre este debate, que envolve desde a necessidade de uma codificação até propriamente qual metodologia a ser empregada O importante é saber que esses debates resultaram na adoção de um critério uniforme, na determinação da natureza jurídica das relações humanas derivada da separação entre os direitos das pessoas e o direito das coisas.

Tem-se confundido a parte geral ou elementar do Direito Civil com a parte especial. Os direitos existem por causa das *pessoas*, e onde não há pessoas, não póde haver questão de direitos Deve-se tratar primeiro e separadamente, dos dois elementos dos direitos – *pessoas* e *cousas* -, já que a sua existência deve ser suposta para todos os direitos. Esta é a ordem das idéas, e, se ella se desconhece, envolvendo-se em parte o direito effectivo com o direito possível, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas.

Os Escriptores alemães, adoptando a expressão – *direitos pessoases* – para designar os direitos nas relações de família, não a applicando nunca aos direitos pessoases nas relações civis (*obligationes*), dos quaes tratão em uma subdivisão como parte dos direitos que chamão – *patrimoniais* -; não deixão todavia de conhecer, que o *systema romano*, e o *methodo usual dos Codigos*, não devem ser adoptados. Elles tratão primeiro das pessoas em geral em uma Parte preliminar, e d’ella destacão os direitos de família, objeto de um livro distincto, da Parte Especial. (FREITAS, 2003, p. CXLIV-CXLV)

Este critério que ora se denomina de objetivo determinava que a natureza da relação jurídica e seu enquadramento legislativo estariam no objeto da relação, ou seja: se o objeto da relação fosse a formação de uma família, ter-se-ia o Direito de Família; se fosse uma sucessão, ter-se-ia o Direito sucessório; se fosse uma obrigação entraria no vasto campo do Direito obrigacional, entre outros. Não era de se espantar que, tal enquadramento, se traduzisse perfeitamente na estrutura do BGB.

Ao conceber, para Ciência Jurídica, um sistema codificado vai se manifestar um problema existente na própria concepção do Direito privado *civilizado*: o problema da

equivalência. Por este critério objetivo, entre as obrigações comerciais e as obrigações civis, bem como o problema da própria figura do comerciante.

O Direito Comercial baseava-se ainda no critério pessoal, isto é, o que se definia, ou não, na natureza de uma relação jurídica como comercial era a presença em um dos polos subjetivos da relação, ou seja, a existência da figura do comerciante. Problema que nem mesmo a teoria dos atos de comércio conseguira resolver, a ponto de, atualmente, as codificações civis da Itália e do Brasil de 2002 promoverem a unificação, em nível obrigacional, de ambos os ramos.

Diante desta nova realidade metodológica e sistemática do Direito, não era de se espantar que a *doutrina da autonomia da vontade* viesse a se assentar numa forçosa generalidade – exemplo maior disso é a inclusão na mesma das obrigações comerciais e civis, sem se respeitar a diferenças entre a realidade fática e jurídica do Direito Civil e do Direito Comercial.

A segunda alteração no Direito privado *civilizado*, que influenciará o dogma da autonomia da vontade, vai ser o surgimento do positivismo jurídico, forma de pensamento científico que se consolidaria na primeira metade do século XX, cujas principais premissas seriam lançadas na metade final do século XIX.

Fornecer um conceito genérico de positivismo jurídico é tarefa tão complexa quanto harmonizar os diversos conceitos de direito natural. Pode-se partir do seguinte postulado: o juspositivista aceita como único direito existente aquele empiricamente observável (aquilo que, na realidade empírica, é tido como “direito” vai depender da linha positivista que se considere). O direito positivo moderno é autônomo da moral em sua acepção bem específica: como há várias morais em vigor, ele elege e impõe uma moral “vencedora”; em certo sentido, boa parte do direito positivo depende de alguma moral, só que não deste ou daquele conteúdo específico: esses conteúdos são fixados contextualmente, *a posteriori*, resultam da experiência, de conflitos e cooperação políticos. (ADEODATO, 2002, p.194 – 195)

As alterações promovidas no Direito privado pelo positivismo jurídico são inúmeras e apresenta certo nível de dificuldade para sua delimitação⁹⁰. Daí tornar-se a sua

⁹⁰ Mais correto seria considerar a influência do positivismo no Direito como polêmico e, até certo ponto, temerário pelo fato de ainda persistirem muitos defensores das doutrinas positivistas, no ambiente jurídico brasileiro atual. Somente para não soar superficial, deveria ser notório que, até meados do século XIX, a Ciência Jurídica possuía fortes laços com os campos filosófico e histórico, como se constata na leitura inicial da obra sobre Metodologia Jurídica de Karl Larenz (1991, p.11). Ao abordar a metodologia empregada por Savigny, ele é enfático em afirmar que, à época, a contraposição entre a escola história do Direito e as ditas escolas “filosóficas”, mas isso não era uma realidade tão palpável como se costuma acreditar, dado que o próprio Savigny, em carta a Jakob Grimm, definia a Ciência Jurídica como intrinsecamente relacionada com a filosofia e a história, sem as quais não se poderia compreender a esfera jurídica como conhecimento.

análise restrita somente à tentativa deste modo de pensar em remover os profundos vínculos que o Direito possuía com a metafísica, bem como a busca incessante de se estabelecer um objeto autônomo da Ciência jurídica desvinculada das demais Ciências Sociais. Cruzada que resultaria no surgimento da teoria da norma jurídica como base da Ciência Jurídica no século XX.

Em resumo, o positivismo jurídico determinou o abandono do caráter metajurídico na análise dos conceitos jurídicos e promover a elaboração de conceitos jurídicos separados dos conceitos filosóficos. Dentre eles, o princípio da vontade e da autonomia da vontade.

Na visão positivista, opera-se uma inversão: a Filosofia é também algo posto a serviço de algo, não mais um conhecimento subordinado à Teologia, ou que encontre nela uma um ‘limite’ negativo, mas a serviço da própria Ciência, cujos resultados devem unificar e completar, e de cujas conclusões deve partir. (REALE, 2002, p.17)

Houve, com isso, um esforço para separar o pensamento metafísico dominante da Filosofia do Direito natural e para subordiná-la à interação dos demais ramos da Ciência – ramos estes que partiam de uma forma de empirismo como método padrão de estudo. O Direito, nesta nova realidade científica, se torna um resultado de um ato de poder, autorreferente e procedimental desvinculado de qualquer concepção metafísica externa – não há uma “ética necessária” (ADEODATO, 2002, p.195).

Em uma conceituação mais simples, o positivismo vai determinar o demasiado apego à letra da lei – pela exegética francesa – e desenvolver-se um o apego à norma jurídica como solução, per si, na regulamentação e determinação da conduta humana em sociedade. Como resume Norberto Bobbio:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jus naturalista uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de *positivismo jurídico*, embora devamos convir que a maior parte daqueles que são positivistas na filosofia e teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo “positivismo” se refere tanto a uns quanto a outros), nunca sustentaram uma tese tão extremada. (BOBBIO, 2003, p.58-59)

Este escanteio do “fator metajurídico” no conceito de vontade, até então um conceito limítrofe entre Filosofia e Direito, determinou duas alterações principais no princípio

da vontade relacionado ao Direito privado *civilizado*: (1) desenvolveu uma mentalidade jurídica que ignorava as premissas filosóficas que certos conceitos e institutos apresentavam, na sua elaboração anterior a metade final do século XIX; e (2) determinou uma remoção axiológica, na apreciação das relações jurídicas. A atuação do Estado, como judiciário, se reduzia a aplicação puramente do Direito positivado e desvirtuou a concepção de *boca de lei* do judiciário preconizado por Montesquieu.

O terceiro e último evento que consolidaria o desenvolvimento de um *Dogma da autonomia da vontade* no Direito privado nacional deu-se com o surgimento nas últimas décadas do século XIX, do Direito Individual do Trabalho. Mais precisamente, da reconfiguração da moldura civilista de contrato/obrigação do contrato de trabalho.

O advento do Direito do Trabalho foi um dos momentos nos quais se estabeleceu uma verdadeira rachadura na concepção de Direito privado como Direito privado *civilizado*, que até então, não passava de um Direito Civil que predominava com o Direito Comercial de caráter excepcional.

A relação de trabalho, como toda relação obrigacional voluntária, não demonstrava necessariamente uma distinção das relações obrigacionais padrões, não se verificava, num primeiro momento, como uma exceção ao critério objetivo de classificação das relações jurídicas. Diferente do comerciante e do Direito Comercial – cuja pessoalidade do comerciante o distinguia – o trabalhador se confundia com as diferentes situações análogas existentes no Direito Civil. É de se destacar que uma eventual adoção, para a relação de trabalho, da distinção baseada na pessoalidade, esbarraria no mesmo problema que era o de delimitar o comerciante.

O principal ponto de distinção entre a relação de trabalho e as demais relações privadas era, justamente, o vínculo existente entre as partes envolvidas. Na estrutura da relação de trabalho existia uma particularidade inexistente na concepção civilista dominante: existia subordinação entre as partes.

Em um primeiro momento, a natureza jurídica da relação de trabalho, provavelmente, foi inserida pelos juristas no campo da compra e venda ou na prestação de serviços nos moldes do Direito Civil. A questão é que a Ciência Jurídica, ao proceder este tipo de análise, contribuía para a implementação de uma forma moderna de escravidão, na medida

que a força de trabalho virava mercadoria, a pessoa se tornava objeto de estipulação contratual.

Sob estas condições, a força de trabalho, como mercadoria só pode aparecer no Mercado, na medida em que for oferecida pelo seu próprio dono. A pessoa a oferece como mercadoria à venda. Para que seu dono possa vendê-la como mercadoria, ele tem de ser capaz de dispor sobre si. Significa que tem de ser o livre proprietário de sua riqueza chamada trabalho, ser dono de si própria. Ele e o dono do dinheiro se encontram no mercado e entram em negociação enquanto possuidores de bens. Se diferenciam somente, porque uma figura como comprador; o outro, do vendedor. Ambos porém pessoas juridicamente iguais. No desenvolvimento das negociações, o proprietário da força de trabalho somente pode vendê-la por determinado tempo, pois se a vendesse de uma vez, estaria vendendo a si mesmo, transformando-se de livre em escravo, de dono da mercadoria em mercadoria. Ele, como pessoa, tem de se certificar que sua força de trabalho é sua mercadoria, e isto ele só consegue, na medida em que somente ele a disponha ao comprador por um período transitório, por um determinado lapso temporal. Deixando-a para consumo, assim não perde sua propriedade, na dispensa de si próprio⁹¹. (MARX, 1973, p.182)

Consequentemente, na associação da aquisição da força de trabalho com um tipo contratual civil, implantou, na Ciência Jurídica do século XIX, um grave problema, diante do fator social e sua influência nas relações obrigacionais, cuja moldura jurídica da vontade não abraçava o problema de um indivíduo sujeitar-se voluntariamente a outra pessoa. Um pensamento que, na Europa, caminhava para uma reinvenção do já ultrapassado instituto da escravidão⁹².

Seria por via das críticas feitas pelos teóricos do Direito do Trabalho à situação do Direito privado *civilizado* que se adotaria o senso comum de apontar o século XIX como

⁹¹ Tradução livre do original em alemão: „Unter dieser Voraussetzung kann die Arbeitskraft als Ware nur auf dem Markt erscheinen, sofern und weil sie von ihrem eignen Besitzer, der Person, deren Arbeitskraft sie ist, als Ware feilgeboten oder verkauft wird. Damit ihr Besitzer sie als Ware verkauft, muss er über sie verfügen können, also freier Eigentümer seines Arbeitsvermögens, seiner Person sein. Er und der Geldbesitzer begegnen sich auf dem Markt und treten in Verhältnis zueinander als ebenbürtige Warenbesitzer, nur dadurch unterschieden, dass der eine Käufer, der andere Verkäufer, beide also juristisch gleiche Personen sind. Die Fortdauer dieses Verhältnisses erheischt, dass der Eigentümer der Arbeitskraft sie stets nur für bestimmte Zeit verkaufe, denn verkauft er sie in Bausch und Bogen, in für allemal, so verkauft er sich selbst, verwandelt sich aus einem Freien in einen Sklaven, aus einem Warenbesitzer in eine Ware. Er als Person muss sich beständig zu seiner Arbeitskraft als seinem Eigentum und daher seiner eignen Ware verhalten, und das kann er nur, soweit er sie dem Käufer stets nur vorübergehend, für einen bestimmten Zeitermin, zur Verfügung stellt, zum Verbrauch überlässt, also durch ihre Veräußerung nicht auf sein Eigentum an ihr verzichtet“.

⁹² Apesar da tardia abolição da escravidão no Brasil em 1888, o problema jurídico que a escravidão representava para os juristas do século XIX é bem exposto nos dois incidentes envolvendo o jurista Teixeira de Freitas quando, num primeiro momento, seu embate, no Instituto dos Advogados, dirigiu-se à questão jurídica do filho de uma escrava libertada por testamento que se obrigara, mediante cláusula, servir a um herdeiro enquanto vivesse. Depois no momento de compilação das leis civis brasileiras em 1857, quando se recusou a tratar do assunto escravidão como um assunto ligado a legislação civil, taxando-a como uma exceção maldosa ainda existente na sociedade brasileira admitindo que as suas disposições vergonhosas não deveriam coexistir no estado de liberdade que deve reger as Leis Civis, restando a escravidão estar reduzida num Código Negro – que nunca foi elaborado (FREITAS, 2003, p.XXXVII)

dominado pelas doutrinas formalistas e liberais – ambas mitos de uma má compreensão do contexto histórico e da situação jurídica daquela época.

No que tange ao desenvolvimento do princípio da vontade, para o *dogma da autonomia da vontade*, o Direito de trabalho vai contribuir para aumentar ainda mais a complexidade em se definir a questão da livre manifestação da vontade das partes em contratos de Direito privado.

Se de um lado os internacionalistas procuraram elaborar uma nomenclatura própria (cunhando aí a autonomia da vontade) para seus institutos, de modo a desvincular a questão internacional da questão nacional, a doutrina privatista (esmagadoramente civilista), em relação às questões contratuais, promoveu um uso indiscriminado de conceitos, a ponto de ignorar se o conceito tem origem na relação de trabalho ou se sua aplicação era restrita ao Direito Comercial – evidência do caráter demasiadamente abstrato que o Direito privado adquiriu e que permanece até hoje.

2.3.3.2 O princípio da abstração

Um fator que merece destaque em apartado em termos da influência do Direito do Trabalho sobre o Direito privado *civilizado* trata-se da questão envolvendo complicado princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*) existente no BGB.

Como mencionado, o processo de codificação pode ser bem delimitado na figura de dois diplomas legislativos do século XIX: o *Code Civil* e o BGB. As diferenças entre ambos são inúmeras, especialmente pelo fato de existir praticamente um século de diferença entre ambos. O *Code Civil* não tinha no momento de sua elaboração, a figura do Direito do Trabalho e nem os problemas sociais da Revolução Industrial, diferente do BGB que, em certo ponto, foi promulgado numa era de turbulências advindas destes dois fatos.

A grande vantagem do BGB em se manter em vigor, mesmo diante destas alterações no campo da Ciência Jurídica derivadas do fator social posto em evidencia pelas relações trabalhistas, advém, justamente, do recurso à abstração na forma de sua

regulamentação, o que permite afirmar que o Direito do Trabalho reforçou mais ainda o caráter abstrato do Direito privado *civilizado*.

Se boa parte do BGB não foi derogada pelos abalos das modificações sociais advindas no irromper do século XX, isso se deve a sua forma de regulamentação bem abstrata. Abstração está presente na construção (de modo a ter as regras “entre aspas” da Parte Geral). Como também por existir abstração nas relações jurídicas concretas. Assim não é de se espantar que as partes que mais foram modificadas, no BGB, foram aquelas relacionadas às questões jurídicas referentes a fatos sociais de relevância, como o Direito de família ou aos Aluguéis. A construção e a diretriz de pensamento do BGB foram muitas vezes louvadas. Porém sua técnica de regulamentação foi considerada como excessiva e considerado difícil o modo compressão das formulações e dos conceitos⁹³. (EBEL&THIELMANN, 2003, p.361-362)

A estrutura do BGB foi, em muito, decorrente do legado dos estudos pandectistas e de especial relevância o denominado princípio da Abstração o qual, mesmo que formulado em 1900, continua com plena utilização no campo das obrigações no Direito alemão até os dias atuais. Por isso perpassou a reforma empreendida no campo das obrigações do BGB efetivadas em 2002. Este princípio é peculiar ao Direito Civil alemão⁹⁴ e se baseia na adoção de outro, o princípio da separação (*Trennungsprinzip*) dos negócios jurídicos.

O princípio da separação determina que a análise jurídica de cada negócio jurídico é composta dois momentos distintos : o primeiro, seria o momento em que as partes assumem a obrigação (*Verpflichtungsgeschäft*); e o outro, aquele em que ocorre efetivamente a disposição negocial (*Verfügungsgeschäft*).

Diante desta situação, o princípio da abstração determina que a consolidação do negócio jurídico vai ocorrer de forma independente da concretização do próprio negócio. Isto é, o momento da formação do negócio jurídico é independente do momento de sua execução (PALANDT, 2009, p.75).

Esta forma de análise jurídica foi estabelecida para evitar o atrelamento e a restrição da interpretação dos negócios jurídicos somente ao momento da concretização da

⁹³ Tradução livre do original em alemão: „Dass dennoch das BGB nicht mit den sozialen Veränderungen, die das anbrechende 20. Jahrhundert so erschütterten, weggefallen ist, verdankt es vornehmlich seiner sehr abstrakten Regelungsweise. Abstraktion gibt es im Aufbau (so das Vor-die-Klammerziehen von Regeln im Allgemeinen Teil), Abstraktion gibt es aber vor allem auch bei den konkreten Rechtsverhältnissen. So ist es denn kein Wunder, dass die Stellen des BGB am stärksten geändert worden sind, die sehr konkrete Bezüge zu gesellschaftswichtigen Rechtsfragen aufweisen, wie etwa das Familien- oder Mietrecht. Aufbau und Gedankenführung des BGB wurden oftmals gerühmt, lediglich seine Verweisungstechnik als übertrieben und die Komprimierung von Formulierungen und Begriffen als zu schwierig angesehen“.

⁹⁴ É de mencionar que não se encontrou referência a este princípio nas obras elementares do Direito Civil brasileiro, nem sua referência nas obras do Direito francês – maioria consultada sendo do século XIX – sendo bem possível uma particularidade do Direito Civil alemão.

obrigação estipulada – de forma a evitar (1) a vinculação da segurança jurídica do negócio jurídico somente ao momento de sua execução e (2) não ignorar as condições existentes no momento da formação do negócio jurídico (MUSIELAK, 2005, p.123).

Para exemplificar, considere-se o contrato de compra e venda de um anel. Aplicando-se o princípio da separação (*Trennungsprinzip*), tem-se tal negócio jurídico se divide entre o momento da obrigação de entregar o anel e sua propriedade se forma (que seria o momento de se obrigar das partes – *Verpflichtungsgeschäft*) e o momento da efetiva tradição do anel e de sua propriedade (o momento da disposição/execução da obrigação – *Verfügungsgeschäft*). Note-se que existem dois momentos oriundos do mesmo negócio jurídico, independentes um do outro, pois pode ocorrer a invalidação do contrato mesmo com a tradição do anel já realizada. Ou seja, um vício de formação a ser verificado, mesmo depois da execução (MUSIELAK, 2005, p.124).

Nesta sistemática, não se espanta a capacidade do BGB, no campo das obrigações / negócios jurídicos, ter sobrevivido às turbulências decorrentes da obrigação trabalhista e o fator social, pois, na adoção deste sistema de interpretação jurídica, a natureza do negócio jurídico pode mudar drasticamente entre o momento de sua formação e o momento de sua execução. Ou seja, o que seria na formação um contrato de compra e venda, se verificado na execução se tratar de uma relação de trabalho, restaria a execução vinculada à legislação de trabalho, não invalidando o negócio jurídico inicial, mas modificando a regulamentação de sua execução.

De suma importância salientar que a análise aqui oferecida é somente para visualizar esse princípio, no intuito de ilustrar como era o caráter abstrato da regulamentação civil na época. Quando num primeiro momento, a situação estaria sujeita as regras clássicas do Direito Civil se viria modificada para atender a outro ramo do Direito privado se, na execução, isso se verificasse na execução.

O assunto é deveras complicado e possui no Direito alemão uma fundamentação teórica específica, tem raízes no movimento pandectista e chega até a sua manutenção contemporânea naquele Direito. Por isso, não cabe maiores explicações, a não ser para demonstrar que a sistemática da época privilegiava a generalidade do Direito Civil. Daí uma das razões da adoção da denominação de Direito privado *civilizado*. Não se ignorava por completo os outros ramos do Direito privado, mas sim os mesmos se adaptavam na moldura civilista.

2.3.3.3 O dogma da autonomia da vontade⁹⁵: autonomia das partes, autonomia privada, auto-regramento da vontade e autonomia da vontade⁹⁶

Diante desta particular situação evolutiva experimentada, no século XIX, pelo Direito privado *civilizado*, não é inconcebível, no tangente ao princípio da vontade, que este viria a ser vinculado à figura da liberdade contratual, mais precisamente, ao princípio da vontade em se associar, em definitivo, à livre manifestação da vontade das partes nos contratos. Daí surgir o *dogma da autonomia da vontade* até hoje existente.

Inicialmente, o que se denomina de *dogma da autonomia da vontade* é a complexa situação da autonomia da vontade na seara dos negócios jurídicos de Direito privado. Daí resulta uma múltipla conceituação deste instituto no Direito contratual nacional. Trata-se do desenvolvimento equivocado da concepção de vontade derivada de quando o Direito privado encontrava-se em um processo de transformação profunda e, com a adoção de um pensamento extremamente legalista como o positivismo, produziu uma confusão terminológica, dominante até os dias de hoje na seara contratual privada nacional.

Isto se resume a um problema trazido pelos juristas positivistas. Eles buscavam por conceitos puramente jurídicos, para institutos jurídicos até então fortemente influenciados pela filosofia do Direito natural e dotados de uma determinada carga metajurídica.

Destarte, o *Dogma da autonomia da vontade* nada mais é do que a denominação que engloba as diferentes manifestações do princípio da vontade no campo do Direito contratual, destacando-se, em seu bojo, as expressões *autonomia das partes*, *autonomia privada*, *autonomia da vontade* e *auto regramento da vontade*.

Para compreender este dogma, necessariamente se parte da transição do conceito autonomia da vontade do DIPr para o campo do Direito privado nacional ou, mais precisamente, na inversão que desencadeou a questão.

⁹⁵ Não se deve confundir com o *dogma da vontade*. O dogma da autonomia da vontade é uma análise puramente doutrinária e conceitual que envolve a passagem do princípio da vontade para a autonomia da vontade no campo do Direito privado nacional. O *dogma da vontade*, por sua vez, se volta para o estudo da atuação do Estado nacional diante das relações contratuais do século XIX e terá sua abordagem mais adiante.

⁹⁶ Em razão de não compartilhar do aspecto social da análise referente à autonomia da vontade, exclui-se do presente estudo a *autonomia solidária*, uma concepção que, provavelmente, é uma criação “inovadora” que une a *função social dos contratos* com a concepção de *autonomia da vontade*. Sobre esta “diferente” interpretação da autonomia da vontade recomenda-se a leitura do artigo *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos* de Judith Martins-Costa.

O conceito de autonomia da vontade pertence ao Direito substancial. Se uma das partes escolheu lei estrangeira, no branco que a lei imperativa deixou, ou ela substituiu à lei dispositiva a sua vontade, aproveitando-se de lei estrangeira para se exprimir, ou não exprimiu suficientemente a sua vontade e fica sujeita a regra interpretativa.

Se a própria lei imperativa diz que as partes podem optar por outra lei, não perde, com isso, o seu caráter imperativo: a lei escolhida será lei-*conteúdo*, e nada mais do que isto. Em verdade, o *superdireito* paira sobre tais matérias. É assaz lamentável que os civilistas tenham transportado para o DIPr as suas distinções de Direito substancial. A maioria dos autores de nossa ciências forma professores de Direito Civil, e a evolução científica do DIPr muito se ressentiu dos processos peculiares, intransplantáveis do Direito substancial privado. Somente visão científica, haurida no Direito das gentes, pode corrigir os vícios de elaboração equívoca. Raro é o civilista que é também publicista. (MIRANDA, 1935, p.541).

A autonomia da vontade vem emergir no Direito privado nacional, no momento em que o mesmo se consolida, no âmbito do DIPr, como elemento de conexão de especial relevância nos negócios jurídicos expressos em contrato, aproveitando-se da consolidação desta expressão no campo do Direito internacional. O Direito privado nacional vai acabar por tentar adotá-la, como sendo a essência das concepções referentes à liberdade contratual.

O problema desta situação é que, no momento em que isto acontecia, o Direito privado *civilizado* ignorou as novas realidades teóricas, especialmente, aquelas postas pelo Direito do Trabalho. Mantendo a tradição, tentou estabelecer um conceito que abrangesse toda a liberdade contratual existente no Direito privado. Ou seja, incluía-se, nas formulações do Direito Civil, a tentativa de lidar com a questão no Direito do Trabalho e no Direito Comercial.

Ocorre que a elaboração por demais abstrata do Direito Civil acabou por invariavelmente não atender às realidades sociais. Seu entendimento de liberdade contratual pavimentava o caminho para a reformulação do instituto da escravidão, no que tange à relação do Trabalho. Daí resultando a cisão, até hoje existente, entre as concepções próprias do Direito do Trabalho e do Direito privado *civilizado* – o Direito do Trabalho era e é a exceção das regras abstratas do Direito Civil.

Neste campo específico do Direito do Trabalho, a autonomia da vontade vai se encontrar, em diferentes momentos, associada ora própria fonte do Direito do Trabalho por via das convenções coletivas⁹⁷ e das disposições do contrato individual de trabalho⁹⁸, ora

⁹⁷ “A convenção coletiva, considerada *lato sensu*, constitui a própria expressão da autonomia dos chamados corpos intermediários da sociedade civil e fonte de direito porque se impõem, obrigatoriamente, aos membros das categorias a que se refere” (MAGANO, 2000, p.15).

como princípio oriundo da função subsidiária do Direito Civil em suas regulamentações⁹⁹, possuindo somente o ponto em comum, quando trata de uma expressão associada à figura da liberdade de contratar, seja do trabalhador individual ou em termos de relações coletivas de trabalho. Mas diferi, no que tange à sua abrangência, em virtude da influência do Estado nestas relações ser diferente das demais relações de Direito privado.

Pelo princípio da autonomia da vontade, as parte têm a liberdade de contratar, tendo como limites a ordem pública e os bons costumes. Citado princípio tem sofrido restrições em face do dirigismo contratual.

No âmbito trabalhista, o princípio em questão não tem a mesma aplicação que lhe é dada no Direito Civil. No Direito do Trabalho, as normas jurídicas, como regra estabelecem direitos indisponíveis e irrenunciáveis (art.9º CLT). Como o mínimo legal não pode ser posto de lado a autonomia da vontade sofre limitações. (JORGE NETO & CAVALCANTE, 2003, p.97)

Além desta relação distinta da figura do Estado perante as relações trabalhistas, no que tange a autonomia da vontade no Direito do Trabalho, existem mais dois motivos que a excluí da abrangência do *dogma da autonomia da vontade*. O primeiro, reside na relativa harmonia de trânsito entre o Direito do Trabalho nacional com o Direito do Trabalho internacional, graças à consolidação de uma organização internacional forte (a OIT); e o outro, encontra-se na existência do princípio da criatividade jurídica típica da negociação coletiva – Direito coletivo do Trabalho. Aqui determina-se que “os entes coletivos podem, ao lado das normas estatais, criar normas jurídicas pela materialização da negociação coletiva (acordo coletivo, convenção coletiva e contrato coletivo de trabalho), a qual é reconhecida pelo Estado (art.7º, XXVI, CF)” (JORGE NETO & CAVALCANTE, 2003, p.1533).

Esta sistemática flexível do sistema trabalhista, no que tange a própria autonomia da vontade, bem quanto ao Direito internacional, não se verifica no sistema desenvolvido no Direito Civil, ou do Direito privado *civilizado*.

Delimitado o *Dogma da autonomia da vontade* como um produto propriamente do excesso civilista, a questão agora é delimitar as diferentes expressões que se formaram e que são utilizadas até hoje para definir a vontade no campo do Direito privado *civilizado*.

⁹⁸ No Brasil, conforme art. 8º da CLT.

⁹⁹ “Certos princípios do Direito Civil, principalmente de contratos, são aplicáveis ao Direito do Trabalho. Exemplos: o contrato é lei entre as partes; ou da força obrigatória dos contratos (“pacta sunt servanda”)(MARTINS, 2001, p.42).

Partindo da análise do Direito Civil brasileiro¹⁰⁰, o *dogma da autonomia da vontade* reside na compreensão das principais nomenclaturas que designam o princípio da vontade: princípio da autonomia¹⁰¹, autonomia das partes, autonomia privada, auto regramento da vontade em Direito privado e a própria expressão autonomia da vontade.

Para não gerar um excesso conceitual, excluem-se de plano as nomenclaturas “princípio da autonomia”. Sua imprecisão terminológica é tal, que suas ramificações conceituais poderiam se aplicar a ramos do próprio Direito público, o que caracterizaria a expressão como abstrata demais. E autonomia das partes, que com base na pesquisa bibliográfica, parece ter procedência da tradução de doutrina estrangeira¹⁰² para os institutos próprios associados à autonomia da vontade, por isso não possui o caráter de construção abstrata, para denotar o fenômeno da autonomia da vontade, mas, sim, um mero recurso de tradução.

Afastadas as nomenclaturas de pouco uso ou de uso em situações específicas no Direito Civil brasileiro, procede-se para a delimitação conceitual e o emprego das expressões autonomia privada, autonomia da vontade e um tópico final acerca do “auto regramento da vontade em Direito privado”.

O ponto de partida para desvendar o *Dogma da autonomia da vontade* se estabelece na compreensão entre autonomia privada e autonomia da vontade. Em ambas o objetivo era designar o mesmo fenômeno fático: a livre manifestação da vontade das partes nos contratos privados (o princípio da vontade).

Não se encontrou, com precisão, o momento histórico que marca a elaboração da expressão autonomia privada no Direito privado nacional. Mas é de se suspeitar que a expressão tenha ganhado força a partir do contínuo uso da expressão autonomia da vontade na esfera internacional. Suspeita motivada pela constatação de que, enquanto a autonomia da vontade designava um aspecto do princípio da vontade, no que se refere à escolha do Direito aplicável, no campo do Direito privado existia a necessidade de se designar juridicamente o

¹⁰⁰ A análise opta pelo Direito Civil brasileiro pela abundância de nomenclaturas existentes e a facilidade de acesso bibliográfico.

¹⁰¹ Quando utilizada por FIÚZA(2001, p.218), “consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que neste todos são livres para decidir sobre o contrato como bem entenderem. O contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo”.

¹⁰² Autonomia das partes costuma aparecer como tradução das expressões “freedom of contracts”/ “parties autonomy”(Direito inglês), como também *Vertragsfreiheit* / *Parteiautonomie* (Direito alemão). É comumente usada por doutrinadores que, em sua bibliografia, apresentam forte influência dos dois Direitos.

próprio fenômeno do princípio da vontade. Especialmente, pelo contexto positivista, o que instalava a necessidade de uma estrutura jurídica dos conceitos até então de cunho metajurídico.

Neste sentido, outra suspeita que emerge é a de que a terminologia autonomia privada tenha sido elaborada pela doutrina civilista para evitar a confusão semântica com a expressão internacionalista, bem como evitar a confusão com o conceito filosófico que rodeava a autonomia da vontade.

Ambas as suspeitas podem levar à afirmação de que a existência jurídica da expressão autonomia privada consistia, num primeiro momento, um sinônimo para a liberdade do indivíduo dentro do sistema jurídico privado.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL, 2006, p.345)

A autonomia privada, em termos puramente jurídicos, designava a tradução jurídica de uma moldura para a liberdade do indivíduo no sistema jurídico privado, isto por determinar os limites da atuação da liberdade do indivíduo não só no Direito contratual, mas, também, em todos os ramos associados ao Direito privado em geral.

Esta delimitação, apesar de confusa, restaria harmônica se não ocorresse a transposição da expressão autonomia da vontade em uso no DIPr para o Direito privado, criando uma confusão não só para estabelecer um conceito nacionalizado de autonomia da vontade, mas, também, para a sua relação com o conceito de autonomia privada, dada que ambas, no Direito contratual, se associavam ao mesmo fenômeno: a liberdade individual nos contratos.

O problema da inserção de um conceito próprio de Direito privado *civilizado* de autonomia da vontade, vai gerar um grave problema doutrinário que persiste até hoje. Não raros os autores que os definem ora como sinônimos, ora como conceitos distintos, em comum somente que ambas expressões são princípios norteadores do Direito contratual. Assim:

Em linhas gerais, podem os referidos princípios ser agrupados do seguinte modo: princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade, ou da liberdade contratual); princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) ou da intangibilidade; princípio da relatividade subjetiva (ou da eficácia relativa

às partes contratantes). A tais princípios, próprios do direito contratual liberal, acrescentou-se o princípio da supremacia da ordem pública em decorrência dos movimentos sociais verificados especialmente no final do século XIX. (GAMA PEREIRA, 2007, p.70-71)¹⁰³

Com entendimento de autonomia privada como distinta de autonomia da vontade, diz Amaral:

Autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações 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. (AMARAL, 2006, p.345)

Na mesma esteira de distinguir autonomia privada e autonomia da vontade, mas de forma mais generalista:

Entenda-se “autonomia privada” como poder ou competência para a nomogênese, como especificação, no Direito (e, muito especialmente, no Direito de Obrigações) da autodeterminação, que é noção da filosofia e “princípio constitutivo do político”. E *não se entenda* “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo- c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados. (MARTINS – COSTA, 2005 p. 44-45)

A gravidade desta situação, no plano conceitual, não reside em serem expressões sinônimas ou não, mas, sim, na tendência da doutrina civilista em transformar uma estruturação simples e uniforme em uma estrutura complexa e disforme pois, se no plano filosófico e linguístico realmente existem diferenças entre ambas as expressões, juridicamente, ambas designam o mesmo objeto jurídico: a livre manifestação da vontade das partes. Ou mais precisamente, ambas são desenvolvimento do princípio da vontade tal como formulado por Dumoulin.

¹⁰³ Mesmo sentido Paulo Lôbo (2003, p.11): “De modo geral podem ser agrupados os princípios que determinam a função individual do contrato: I – Princípio da autonomia privada (ou autonomia da vontade, ou da liberdade contratual)”.

Esta tendência aprofunda o problema da existência de dois entendimentos acerca desta situação, que resulta na elaboração de uma estruturação própria para cada uma, sem as devidas considerações acerca do tema.

No Direito privado nacional, a expressão autonomia da vontade vai ganhar força, justamente, para aqueles que compartilham da ideia de que se trata de um instituto diverso da autonomia privada.

Autonomia da vontade, no entendo de se distinguir da autonomia privada, se associa diretamente à liberdade de contratar, isto significando: (a) contratar ou deixar de contratar; (b) determinar com quem e o que contratar; (c) estabelecimento das cláusulas integrantes do contrato (adicionando o pleonasmo “respeitados os limites da Lei”); (d) mobilizar ou não o Poder judiciário em fazer respeitar o contrato, que seria o momento da estipulação volitiva figurar como fonte formal do Direito (FIÚZA, 2001, p.214).

Adicione-se ainda à definição de autonomia da vontade no Direito contratual, os princípios da obrigatoriedade e do consensualismo, os quais nada mais são que elementos inerentes à fórmula base de vontade nos contratos (*pacta sunt servanda*)

Autonomia privada, por sua vez, estaria associada aos princípios: (a) liberdade de contratar (celebração); (b) liberdade contratual (conteúdo); (c) relatividade contratual; (d) consensualismo; (e) confiança; e (f) auto-responsabilidade (FIÚZA, 2001, p.215).

Note-se o vasto desmembramento que se estabelece sobre uma dicotomia qual, juridicamente, não existe. Além de não se adentrar na problemática de agregar a uma classificação princípios abstratos (voltados à concepção de autonomia privada) e condutas de ordem concreta (voltados para a autonomia da vontade).

Esta situação, em resumo, redundando na constatação de que autonomia privada e autonomia da vontade tem, no Direito Civil, alguma coisa a ver com liberdade contratual. Conceituação que é praticamente reduzida ao subjetivismo em virtude do excesso de preciosismo terminológico implementado na questão (ex.: divisão entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual).

É de se evidenciar ainda que tais delimitações e classificações são tão abstratas e abrangentes que, de um lado, procuram ignorar a carga metajurídica existente neste conceito (a busca de um conceito jurídico “puro”) e, de outro, ignoram as particularidades dos ramos

do Direito privado em geral. Ou seja, é a própria manifestação do Direito privado *civilizado*, em que as regras do Direito Civil se confundem com os princípios gerais do Direito privado, como se DIPr, Direito Comercial e, especialmente, o Direito do Trabalho fossem meros apêndices daquele.

Daí não ser surpresa que ainda hoje exista o *dogma da autonomia da vontade*, para confundir os ramos do Direito privado e formulando críticas baseadas a partir de situações específicas de cada ramo privado contratual, como sendo se fossem críticas ou expressões da situação geral de todos os tipos contratuais privados (exemplo maior desta situação é o contínuo apego a criticar o pensamento jurídico do século XIX como liberalista e individualista ao excesso em face da questão social que forçou o nascimento do Direito do Trabalho. Ou seja a crítica que se baseia numa realidade trabalhista, acaba aplicada no julgamento de todo o pensamento de uma época).

Se a questão autonomia privada e autonomia da vontade se assentaram na afirmação de se tratar alguma coisa relacionada à liberdade das partes no contrato (seja contratual, do contrato ou de contratar), a teoria do auto regramento da vontade no Direito privado, por outro lado, significou uma real tentativa, da doutrina civilista brasileira, de fundamentar uma concepção própria da autonomia da vontade no Direito privado nacional.

1. *Auto-regramento ou autonomia da vontade*. Todas a vezes que as regras jurídicas aludem a suporte fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde*, se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não queira*. O auto-regramento, a chamada “autonomia da vontade”, não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) fatos se fazem *jurídicos*, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam *jurídicas*, e c) *relações jurídicas*, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem. Vive-se um ambiente de contínua iniciativa particular, *privada*, ou em movimentos grupais, de *multidão* ou de *massa*. Os sistema jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com o s atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, “autonomia privada”, ou “autonomia da vontade”: é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outra matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito, aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traças pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco criado pelas regras que o limitam. (MIRANDA, 2001, p.81)

Esta concepção de autonomia da vontade é de evidente carga positivista. Trata-se de uma verdadeira tentativa positivista, no Direito brasileiro, de se delimitar a autonomia da vontade (o princípio da vontade) no sistema jurídico, dado que o mesmo jurista logo determina, com acerto, que não se pode reduzir a figura do auto-regramento da vontade (= autonomia da vontade) à figura da autonomia privada, pois não se trata de um fenômeno restrito ao Direito Privado mas, existente em todo o Direito.

Evite-se, outrossim, chama-la autonomia privada, no sentido de *auto-regramento de direito privado*, porque, com isso, se eliminaria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é o poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito. (MIRANDA, 2001, p.83)

A autonomia da vontade seria, para ele, a liberdade do indivíduo em manifestar sua vontade dentro dos limites estabelecidos na lei, e, no Direito contratual, por via desta manifestação, estabelecer uma obrigação / negócio jurídico.

Apesar de consistir na melhor tentativa de delimitar um conceito para autonomia da vontade no Direito privado nacional, a teoria do auto-regramento incorre na repetição do problema básico de todo o pensamento que se restringe somente ao Direito (o problema base do positivismo jurídico): a vontade nasce no Direito, com a característica inerente de ser restrita pela ordem jurídica – feita a única exceção ao caso das vontades emanadas de monarcas absolutos, pois a vontade deles é o próprio Direito. Portanto, quando no século XVIII e XIX se elaborava a figura de uma “moldura jurídica” da vontade, isto significava que a adoção da concepção metajurídica derivada das raízes filosóficas da autonomia da vontade deveriam ser consideradas pelo Direito na hora de avaliar a vontade das partes¹⁰⁴.

A vontade contrária ao Direito, pode ser filosoficamente autônoma (pois seu agir é conforme os princípios da pessoa), mas juridicamente ela não é autônoma, justamente por não se inserir na moldura jurídica existente para considerá-la como tal – no pensamento metafísico do Direito natural esta moldura insere valoração moral e ética ao lado da jurídica.

¹⁰⁴ Para exemplificar esta situação, pegue-se o interessante exemplo do prof. Dr. Aurélio Agostinho da Boaviagem acerca do princípio da eficiência. Na redação original da Constituição Federal brasileira de 1988 não figurava, entre os princípios da Administração Pública o princípio da eficiência. Este só fora introduzido pela Emenda Constitucional nº19 de 4 de junho de 1998, ou seja, 10 anos depois. Isto significa que, de 1988 até 1998, a Administração Pública não tinha por princípio a eficiência? E por isto não precisava ser eficiente? O pensamento positivista, que rompe com a metafísica (ou condutas implícitas), não consegue responder tal situação desde que não seja para afirmar que não havia princípio da eficiência e, portanto, por ausência de previsão legal (norma jurídica prescritiva), não se exigia eficiência da Administração Pública.

Mas o maior problema do *dogma da autonomia da vontade*, representado nestas três expressões é a de tratar de maneira uniforme uma questão que não é necessariamente uniforme no Direito privado, na medida em que desconsidera as particularidades de cada ramo, bem como as particularidades da vontade dos indivíduos que, invariavelmente, fogem do próprio Direito como Ciência. A expressão maior está nos elementos morais e nos elementos sociais existentes, tanto no plano da formação quanto no plano da execução das obrigações voluntárias.

Um exemplo deste problema é a controversa questão que envolve a possibilidade de um contrato de Direito privado vir a poder ser considerado como sendo uma norma jurídica. Uma clara obsessão do jurista de tentar enquadrar a vontade externada no contrato ao padrão existente no sistema jurídico.

A resposta para tal questão, em opinião própria, reside na determinação do próprio significado de norma jurídica, e não no estudo da obrigação em si. Se se considerar que somente existe autonomia da vontade, no Direito contratual, no momento em que esta se insere nas condições estabelecidas pelo Direito (ou seja, não é autônoma no Direito vontade contrária ao Direito), a resposta é afirmativa. Ou seja, o contrato estabelece uma norma jurídica entre as partes (norma jurídica *in concreto*).

Porém se se considerar que a norma jurídica pressupõe um ato de poder soberano – como muitos positivistas defendem –, então o contrato não cria uma norma jurídica entre os envolvidos.

Isto deixa claro que existe a temática acerca do *dogma da autonomia da vontade* que gera, invariavelmente, uma ramificação para a teoria geral do Direito – pois no fundo, a vontade no Direito só é autônoma quando conforme ao Direito, restando, na definição de Direito o problema de definir também os critérios de autonomia jurídica da vontade, não a própria vontade das partes.

Por isso, não é de se surpreender que o maior limite à autonomia da vontade surgiu justamente de um conceito tão ambíguo, complexo e polissêmico como da ordem pública.

2.3.4 Um exemplo de ordem prática: o artigo 9º da LINDB

O princípio da autonomia da vontade, cujo estudo, na esfera do DIPr, ressurgiu intenso em nossos dias tem constituído sempre uma séria preocupação para os doutrinadores desse Direito.

De que ele é admitido e reconhecido, como uma das realidades mais certas no Direito Interno, não resta a menor dúvida. Mas, e no âmbito do DIPr? Terá ele cabimento na solução de alguns dos problemas desse ramo do Direito? (LORETO, 2002, p.414-415)

Para tentar visualizar o problema referente ao duplo desenvolvimento do princípio da vontade para a concepção de autonomia da vontade no campo do Direito internacional e no Direito privado *civilizado*, tem-se a polêmica questão no Direito privado brasileiro proveniente do art.9º da LINDB, ou seja quando da admissibilidade ou não da autonomia da vontade como elemento de conexão no Direito obrigacional brasileiro.

Note-se, que se trata do ambiente mais harmônico, no que se refere o uso e a conceituação de autonomia da vontade, pelo menos na teoria. Em sede de legislação, a confusão entre leis de direito privado nacional e de DIPr é muito menos pacífica do que se gostaria.

O DIPr é, por natureza, dotado de alta permeabilidade no que tange à legislação, não obedece às classificações padronizadas do Direito, por isso ocasiona uma série de problemas práticos, em que a autonomia da vontade, como um dos expoentes, enseja na constatação de que “a doutrina brasileira, na ótica própria do DIPr, tem apresentado opiniões divergentes quanto ao exercício da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável para a regência das relações obrigacionais”(BOAVIAGEM, 2002, p.122).

A situação conturbada da autonomia da vontade reside no art.9º da LINDB, cuja redação determina a existência de uma grave omissão: saber se há ou não no sistema brasileiro, a autonomia da vontade.

Art.9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo da forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no Lugar em que residir o proponente.

Numa leitura inicial verifica-se que o sistema de qualificação das obrigações adotado pela LINDB favorece aos elementos de conexão de caráter territorial: (1) o local de constituição (*caput*), (2) o local da execução abrangido por particularidades eventuais

existentes na obrigação (§1º); e (3) o local onde residir o proponente, no caso específico dos contratos (§2º).

A rigor, não há margem para se cogitar na adoção de qualquer outro elemento de conexão na, seara obrigacional, que não seja aquelas três. Ademais no momento em que se analisa este diploma legislativo, no contexto da história legislativa, e no que tange à sua aplicabilidade, dentro do vasto sistema das obrigações de Direito privado, demonstra-se evidente que, em realidade, houve uma omissão do legislador de 1942 sobre a utilização ou não da autonomia da vontade.

Diante desta situação, a doutrina brasileira se subdivide em três correntes de pensamento: (1) a que afirma a possibilidade de se recorrer à autonomia da vontade como elemento de conexão; (2) a que nega a possibilidade de se recorrer à autonomia da vontade como elemento de conexão; e (3) a que defende o meio termo – a partir da expressão ambígua “depende”.

A corrente de pensamento que afirma existir a possibilidade de se recorrer à autonomia da vontade como elemento de conexão no sistema privado brasileiro se apoia, principalmente, na análise histórica da tradição jurídica brasileira, apontando que o art.13 da ICC’16, revogado pela de 1942, estabelecia de forma indireta, o elemento de conexão autonomia da vontade como válido no território brasileiro, uma vez que o referente artigo determinava: “Regulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forma contraídas”(grifou-se).

Portanto, a expressão “salvo estipulação em contrário” era considerada como o ponto legislativo sobre o qual se fundamenta e se consagra a adoção do elemento de conexão autonomia da vontade.

Certamente, quando, p. ex., o art.13 da Intr. Cód. Civ., lei brasileira de DIP, permitiu às partes escolher a lei para disciplinar a substância e os efeitos das obrigações, tal lei competente será aplicada na íntegra, em suas disposições facultativas e imperativas, qual acontece com qualquer outra lei indicada por outro elemento de conexão, p. ex., pela nacionalidade, art. 14, lei de sucessões, salvo, evidentemente, abuso de direito e ofensa à ordem pública do fôro. (VALLADÃO, 1968, p.368)

Reforçando este ponto de vista, afirma-se que a natureza autoritária do regime adotado pelo Brasil naquele período (o Estado Novo de 1937-1945), contribuiu para que se omitissem, na redação legislativa, as expressões referentes à liberdade, não se podendo validar

a remoção de um elemento de conexão tão importante como a autonomia da vontade, somente por via da omissão existente numa legislação de origem ditatorial.

A nova L.I. de 1942, art. 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do *fôro do contrato ou de eleição* no Código de Processo Civil, de 1939 -1940, promulgado no mesmo clima.

Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão. (VALLADÃO, 1968, p.371)

De certo modo, falta à corrente que afirma a existência da autonomia da vontade como elemento de conexão uma maior fundamentação, pois a análise histórica não é necessariamente bem aceita na doutrina brasileira.

De um modo totalmente contrário, a corrente majoritária da doutrina brasileira defende que a supressão da redação “salvo estipulação em contrário”, contida na LINDB, determinou o fim da utilização da autonomia da vontade como elemento de conexão na ordem jurídica brasileira.

No ordenamento jurídico brasileiro poderão as partes escolher a lei aplicável aos contratos internacionais? Não, deve ser a resposta. Em matéria de contratos, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942, utiliza o local da constituição da obrigação (*lex loci celebrationis*) como elemento de conexão para determinação da lei aplicável aos contratos internacionais firmados entre presentes. (AMORIM, 2006, p.186)

Esta corrente de pensamento negatória da autonomia da vontade tem seu ponto mais forte de argumentação na interpretação literal da lei. Porém, incorre numa defeituosa análise do sistema de Direito privado brasileiro, e apresenta contradições que se evidenciam quando se amplia a análise para além da LINDB, de modo a incluir as diferentes posições existentes nos diversos ramos do Direito privado.

Afirma-se que, em realidade, a doutrina negatória da autonomia da vontade como elemento de conexão nada mais é do que uma manifestação do *dogma da autonomia da vontade* existente no campo do Direito nacional. Daí a contraditória formulação de que existe a ampla promoção da liberdade dos indivíduos, porém, diante de uma omissão legislativa de um diploma ancião, determina-se o cerceamento do principal aspecto desta liberdade dos indivíduos nos contratos. Confunde-se assim o elemento de conexão com a própria liberdade contratual.

Esta situação contraditória se torna mais interessante quando se verifica que os Tribunais brasileiros ainda se apegam às formulações cujas raízes são o pensamento clássico do Direito Civil, demonstrando uma clara estagnação no que tange o artigo 9º da LINDB.

É preciso ser cauteloso quando da redação de uma cláusula de lei aplicável em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia defendida por alguns doutrinadores. Nos casos pesquisados, nota-se que os juízes usaram o método conflitual para determinar a lei aplicável, sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira, a partir de uma interpretação literal do art.9º, *caput*.

Ao contrário da grande utilização o princípio dos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A LICC, no seu artigo 9º, não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido.(ARAÚJO, 2004, p.329)

Um caso interessante desta situação é a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso especial n.º 804.306, cujo teor terminou, na conclusão “que contratos internacionais que sejam executados no Brasil estão sujeitos à competência da autoridade judiciária brasileira, ainda que as partes tenham pactuado livremente a escolha de foro estrangeiro”(LILLA, 2008).

Se o problema, na interpretação doutrinária decorre da confusão entre elemento de conexão da liberdade dos contratos, o problema nos Tribunais expõe a estagnação do pensamento acerca de ambos – basicamente, a questão da autonomia da vontade como elemento de conexão, que quase sempre, se reduz à cláusula de eleição de foro, a qual é somente um dos aspectos vinculados à concepção moderna de autonomia da vontade como elemento de conexão.

Neste caso, diante da omissão legislativa e da omissão jurisprudencial, a corrente negatória da autonomia da vontade encontra maior ressonância no sistema jurídico brasileiro.

A última corrente existente acerca do art.9º LINDB e da autonomia da vontade no Brasil é a que defende que a mesma pode sim ser aplicada no Direito brasileiro, mas somente, de forma indireta.

A aplicação indireta poderia acontecer de diversas formas, sendo de relevância somente as baseadas no reconhecimento pelo Direito brasileiro de sua aplicação por força da aplicação do Direito estrangeiro. Como explica: “a autonomia da vontade não é, a rigor, elemento de conexão do DIPr brasileiro, embora seja reconhecida desde que consagrada na

legislação de país estrangeiro '(TENÓRIO, 1976, p.395). Quando a forma da obrigação se sujeita, à um sistema jurídico que admite na sua qualificação a escolha da autonomia da vontade (particularidade essencial da obrigação – exceção do §1º do art. 9º da LINDB).

Como explica:

Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacionados com mais de um sistema jurídico.(DINIZ, 2004, p.280).

Isto sem mencionar quando o direito escolhido foi o próprio direito brasileiro.

Neste contexto, a autonomia da vontade existiria como recurso indireto, podendo a escolha do Direito, pelas partes, não afetar a execução (conteúdo) do contrato, mas a alguns aspectos de sua formação – isto é, naquilo onde existiriam as ditas leis supletivas ou acessórias.

Diante do breve esclarecimento destas três correntes, pode-se aparentar que a corrente negatória associada à corrente da aplicação indireta, seriam as de maior coerência e, para situação atual do Direito brasileiro, as mais corretas. Ocorre que isto seria um equívoco gravíssimo.

As três correntes de pensamento, na sua análise incorrem num erro básico na sua análise: elas situam seu contexto de análise no Direito privado *civilizado* – adotando a premissa de que a LINDB tem uma aplicação indistinta para TODO o sistema do Direito privado – legado direto da confusa noção do princípio da vontade resultante no *dogma da autonomia da vontade*.

O equívoco destas três correntes reside na ausência de uma preocupação em se desvincular do apego às “teorias gerais” tão notórias do pensamento do Direito privado *civilizado*. Mais precisamente, estas correntes costumam ignorar especialmente o art. 444 da CLT, o título quarto do Código de Bustamante, o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição em matéria contratual de 1994 e o problemático Código de Defesa do Consumidor.

O Direito do Trabalho é o primeiro e, por larga margem, o maior desafiante do pensamento baseado no Direito privado *civilizado*, e o maior fornecedor de argumentos críticos que contribuíram para a elaboração do *dogma da autonomia da vontade*. Por isso, não é novidade que ele apareça novamente na questão envolvendo o art.9º da LINDB, cuja

redação do art.444 da CLT é o maior expoente de restrição à aplicação da LINDB ao Direito do Trabalho no que tange autonomia da vontade. Prevê o art.444 da CLT¹⁰⁵:

Art.444. As relações contratuais de trabalho podem ser *objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes*. (BRASIL, 2003, p.109) (grifou-se)

Associe-se tal previsão normativa à grande promoção do princípio da vontade, no campo do contrato de trabalho e mais ao pacífico trânsito existente no Direito do Trabalho das regulamentações nacionais com as advindas do campo internacional. Assim, leva-se somente a conclusão de que a autonomia da vontade figura como elemento de conexão nos contratos individuais de trabalho e que o art.9º da LINDB não tem aplicação sobre os mesmos.

Não é demais lembrar que as regras do dito artigo, ora em análise, não podem ser adequadas às obrigações oriundas do contrato laboral.

O artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho permite que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de autorização do labor, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. (DEL'OLMO&ARAÚJO, 2004, p.122)

Seguindo a esteira de mitigação do pensamento acerca do art.9º LINDB, é comum também se ignorar, na análise da autonomia da vontade, a questão dos “natimortos” na análise doutrinária dos tratados ratificados ou em via de ratificação, para determinar a existência ou não da autonomia da vontade como elemento de conexão.

O maior expoente desta situação é o Código de Bustamante – aquela utopia em uniformizar o DIPr - , a qual determina um título inteiro acerca das obrigações e sua regulamentação no DIPr – arts. 164 a 231 do referido Código.

Em geral, o Código de Bustamante vai adotar o critério territorial, harmonizando-se aparentemente com o art. 9º da LINDB. Ocorre que em o artigo 184 vai prescrever:

Art.184. A interpretação dos contractos deve effectuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os rege.

¹⁰⁵ Para evitar uma aparente superficialidade da questão no Direito do Trabalho, o sistema da autonomia da vontade na CLT é assentada em uma “tríade” de artigos (arts. 9º, 444 e 468 da CLT) que visam não só o respeito à mesma, mas, também, na proteção do trabalhador no âmbito do contrato de trabalho. Por isso, o art.444 é somente utilizado à título de ilustrar essa regulamentação diferente da autonomia da vontade no Direito do Trabalho e não oferecer uma análise profunda do assunto naquele ramo.

Contudo, quando essa lei fôr discutida e, deva resultar da vontade tácita das partes, aplicar-se-á, por presunção, a legislação que para esse caso se determina nos art.185 e 186, ainda que leve a aplicar ao contracto uma lei distincta, como resultado a interpretação da vontade.(BRASIL, 2004, p.865)

Novamente, encontra-se a possibilidade da vontade das partes alterar a aplicação do Direito. Como explicar este dispositivo com a previsão do art.9º da LINDB e, mais, como justificar que a autonomia da vontade não se aplica, como elemento de conexão, no ordenamento jurídico brasileiro? A resposta, infelizmente, não se sabe.

Mas, aqui, o problema da legislação de origem internacional no assunto não se encerra no Código de Bustamante, têm-se dois outros expoentes de como as correntes de pensamento existentes no Direito brasileiro acerca da autonomia da vontade e o art.9º LINDB como estando enclausuradas na ideia de Direito privado *civilizado*: o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual de 1994 e a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 – conhecida como a Lei de Arbitragem.

Do Protocolo de Buenos Aires, sobre jurisdição em matéria contratual de 1994, é muito interessante a previsão acerca da eleição de Jurisdição em seu art.4º, cuja redação se lê:

Art.4º

1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.

2. Pode-se acordar, igualmente , a eleição de tribunais arbitrais.
(BRASIL, 2004, p.814)

Novamente, tem-se uma legislação ratificada que, surpreendentemente, consagra a adoção da vontade das partes como elemento de conexão, ou seja, a autonomia da vontade.

Neste mesmo sentido advém a lei da Arbitragem, a qual se insere no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de se recorrer a órgãos de solução de conflito que não sejam necessariamente o judiciário nacional.

A Arbitragem, apesar de seu §1.º art.2º, prever expressamente o direito a ser aplicado. Em realidade é um instituto que vem mais para mitigar a posição da jurisprudência brasileira sobre o assunto da autonomia da vontade do que propriamente a previsão legislativa do art.9º da LINDB. É que pode-se validamente arguir que quando o judiciário brasileiro é o órgão de solução da matéria contratual, a aplicação se daria pelo sistema nacional, enquanto

que a autonomia da vontade só estaria consagrada nas disputas que não recorressem ao Judiciário nacional.

Ocorre que a arbitragem é rotineiramente objeto de conflitos judiciais, que apesar da resposta do Judiciário gradualmente se tornar cada vez mais positiva diante do novo instituto, não afasta o espanto da contradição evidente no assunto autonomia da vontade contida na jurisprudência brasileira.

Ora, a nossa Lei de Arbitragem protege totalmente a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável, caso o contrato tenha uma cláusula compromissória submetendo eventuais litígios à arbitragem. Da mesma forma, a Lei de Arbitragem permite também que as partes escolham o local onde se desenvolverá a arbitragem ou seja, onde serão dirimidas eventuais controvérsias oriundas do contrato.

É bom que se diga que o Poder Judiciário brasileiro está respondendo positivamente à arbitragem, extinguindo o processo sem julgamento de mérito quando uma das partes aciona o Judiciário, apesar de ter aceitado a inserção de cláusula compromissória no contrato submetendo eventuais litígios à arbitragem. Esse fato passou a ser uma realidade concreta, sobretudo, após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo STF, em 2001. (LILLA, 2008)

O interessante desta situação, que não é tão harmônica quanto possa parecer, é a lenta aceitação do dualismo da autonomia da vontade nos tribunais. O judiciário tradicional se limita ao art.9º LINDB, mas, ao mesmo tempo, aceita um procedimento totalmente baseado na autonomia da vontade.

Interessante seria que se pudesse adotar tal dualidade em lidar com fenômenos nacionais e fenômenos internacionais em toda Ciência Jurídica.

Mas, para encerrar essa exposição sobre os defeitos das três correntes sobre o assunto, resta o problemático Direito do Consumidor, o qual se auto-define de ordem pública e elenca, até mesmo, a cláusula compromissória como uma cláusula abusiva – outra situação complexa.

No microssistema do Direito do Consumidor, a questão do art.9º LINDB se torna mais complicada. É que o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado a partir das premissas estabelecidas pelo *Dogma da autonomia da vontade* no Direito privado, e, assim, compartilha a ignorância da própria evolução do princípio da vontade e da especificidade da autonomia da vontade no DIPr.

No que tange ao Direito do Consumidor, uma interessante análise oferece Carolina Dias Tavares Guerreiro Cruz ao apontar duas grandes objeções ao art.9º da LINDB

(especialmente o parágrafo segundo): um, baseado na interpretação do artigo; outra se baseando-se nas ditas normas de aplicação imediata.

A primeira objeção, em sucinta análise, trata da variação de interpretação quanto ao lugar de constituição a ser fixado no local onde reside o proponente da relação contratual, já que existe discrepância entre a definição expressa pela lei de Introdução (“local onde residir o proponente”) e o Código Civil de 2002 (“lugar em que for proposto o contrato”), daí resultar por parte da Lei de Introdução, na “renúncia pura e simples ao benefício da lei da residência do consumidor, que a experiência jurídica contemporânea outorga aos consumidores em geral, no plano internacional”(CRUZ, 2006, p.103). Neste sentido, o artigo 9º LINDB não teria aplicação por uma questão interpretativa.

A outra objeção apresentada recorre à aplicação da teoria das normas imperativas que, no resumo dos resumos, impossibilitaria a adoção da previsão do art.9º LINDB quanto ao critério *lex loci celebrationis*, substituindo-o pela *lex fori* e pela força imperativa do Código de Defesa do Consumidor.

O pensamento encerra concluindo que:

A vulnerabilidade do consumidor mostra-se, nesse particular, de forma patente, razão pela qual há de ser protegido o seu consentimento mediante regras especiais, tais como prescritas no CDC. É importante, porém, que o alcance de tais normas não possa ser reduzido, nem, de qualquer forma, comprometido, quando se tratar de relações internacionais de consumo, como descritas.

Quando consideramos, em nossa hipótese de trabalho, uma atividade mínima do fornecedor estrangeiro no País, leavmos em conta a experiência comum de nossos dias, traduzida em oferecimento de produtos ou serviço, que se dá, **de fato**, no próprio local de residência do consumidor, mediante expedientes tecnológicos modernos. Nesse contexto, a noção de **contratação à distância**, por meios instrumentais, tais como catálogos, teleshopping, televendas, e, principalmente, *Internet* (mediante correio eletrônico ou ligação *on line*), acaba por atingir consumidores “passivos”, que se encontram em território nacional que, sem daqui se deslocarem, são alvos de ofertas veiculadas por fornecedores estabelecidos no exterior.

É com base nessas especiais circunstâncias de fato que, a contratos de consumo assim concluídos, não se deve fazer incidir o critério de determinação da lei aplicável comum aos demais contratos, especificamente aquele previsto no artigo 9º §2º, da LICC, à espécie seria objetável a partir de sua própria interpretação; (b) sob uma segunda perspectiva, a rejeição da norma de conflito, contida no artigo 9º, §2º, da LICC, dever-se-á à prevalência, no caso, das normas imperativas brasileiras. (CRUZ, 2006, p.136)

Ou seja, o art.9º §2º da LINDB seria brando e ultrapassado demais, no que tange à regulamentação dos contratos, optando-se por um estilo draconiano em lidar com a autonomia da vontade nos contratos de consumo.

Esta situação da autonomia da vontade evidencia claramente os problemas que a autonomia da vontade tem como um todo na Ciência Jurídica contemporânea, não só na brasileira, mas, também, mundialmente. Daí pode-se considerar existir um verdadeiro abismo entre países, no que tange à sua regulamentação, situação que caminha para uma cada vez maior indeterminação em ambos os campos semânticos relacionados ao princípio da vontade.

À título de curiosidade, no Direito brasileiro somente, a questão da autonomia da vontade não se encontra, no momento, uma promessa de solução e harmonização num futuro próximo, uma vez que, pela movimentação legislativa atual, ocorreu um arquivamento e um aparente abandono do projeto de Lei 4.905 de 1995¹⁰⁶, o qual seria a nova LINDB, que em seu artigo 11, consagraria a adoção da autonomia da vontade.

¹⁰⁶ Disponível online em http://ww.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=24110

3. A QUESTÃO DOS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE

3.1 Do simples acordo à obrigação jurídica

O homem está dotado de uma vontade livre que lhe permite desenvolver suas faculdades naturais. No entanto, em sociedade, essa liberdade está forçosamente limitada pelo respeito à liberdade dos demais. (PETIT, 2003, p.19)

O desenvolvimento do princípio da vontade em autonomia da vontade incorreu numa situação de forçosa indeterminação no Direito privado nacional, gerando um agrupamento de diferentes conceitos, classificações e numa estrutura que se pode denominar de *dogma da autonomia da vontade*. Mas assim como se desenvolveu essa situação dogmática, a doutrina jurídica também elaborou certos institutos, para determinar a atuação do Estado nos contratos privados, que aqui será denominada: a questão dos limites da autonomia da vontade.

A questão dos limites da autonomia da vontade é um desafio existente na Ciência Jurídica que transita entre a capacidade do jurista em harmonizar os interesses particulares com os da coletividade nas obrigações jurídicas privadas e, ao mesmo tempo, promover a liberdade individual conforme os valores básicos considerados como essenciais da ordem social. Tudo isto tendo de refletir nas diferentes facetas do Direito e no seu impacto social.

Como no assunto autonomia da vontade não existe uma base doutrinária uniforme para se realizar uma determinação sistemática de seus limites, o problema vai residir na conjugação de dois polos indeterminados: de um lado, a autonomia da vontade; de outro, a atuação da autoridade estatal soberana.

Para se compreender a atuação do Estado nacional nos contratos privados (nacionais e internacionais) é preciso encontrar um ponto de partida seguro para determinar a influência e amplitude de atuação de ambos os polos na realidade jurídico-social.

Neste contexto, utilizar-se-á o que se denomina de teoria do reconhecimento, ou seja, para delimitar-se a autonomia da vontade é necessário compreender por qual via esta autonomia da vontade é reconhecida pelo Direito.

Para o estudioso do Direito Internacional público, essa teoria do reconhecimento nada mais é do que uma reformulação da doutrina acerca do reconhecimento de Estados nacionais como integrantes da comunidade internacional e, portanto, soberanos. Doutrina que, por sua vez, tem base no pensamento filosófico de Hegel, cuja lição principal reside na constatação de que um povo só é um Estado, quando é reconhecido como tal. Tratando-se de um direito absoluto, neste caso, resume ele na constatação de que um ser é um ser somente se outro ser assim o reconhecer¹⁰⁷ (HEGEL, 1999, p.284).

Para o presente estudo, a questão dos limites da autonomia da vontade vai se resumir na questão de como o Direito reconhece determinado acordo de vontades como sendo expressão da autonomia da vontade e, portanto, gerador de obrigações jurídicas (negócio jurídico).

A resposta para este questionamento reside na exploração de uma das lacunas existentes na concepção de obrigação no pensamento jurídico contemporâneo, mais precisamente, na releitura que a doutrina das fontes das obrigações possibilita.

Normalmente, é ensinado que as fontes das obrigações residem, sem surpresas, na manifestação da vontade do Estado e na manifestação da vontade individual. A primeira, sendo a base do próprio Direito contemporâneo; a segunda, uma das fontes das obrigações jurídicas voluntárias.

A manifestação da vontade do Estado consiste na figura da lei (*lato senso*) e, portanto, é considerada a fonte primeira de todas as obrigações jurídicas, traduzindo-se na máxima de que determinado fato / ato pode constituir uma obrigação pelas simples previsão em lei.

É irrefutável a ideia de que a lei é fonte primeira das obrigações, pois, como vimos, logo no início deste capítulo, ela é fonte imediata da própria Ciência Jurídica.

São obrigações, que nascem da lei, por exemplo, a obrigação *propter rem* e a obrigação do empregador de indenizar os danos causadas por seu

¹⁰⁷ Mais a respeito da influência da filosofia hegeliana no Direito Internacional Público, verificar a dissertação do autor deste estudo: “O Estado-nação e a jurisdição internacional: análise das barreiras para implementação de uma jurisdição compulsória no plano internacional”, disponível *online* na Biblioteca digital de Teses e dissertações da UFPE.

empregado (*responsabilidade objetiva*), que estudaremos logo mais, como também a obrigação de prestar alimentos.

Figuremos uma situação: o filho (*descendente*) deve alimentos ao pai (*ascendente*) e vice-versa, por força do art.397 do CC brasileiro¹⁰⁸, que estabelece: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Ora, a obrigação, neste caso está nascendo do preceito legal, não se encontrando seu fundamento em nenhuma das quatro citadas fontes das obrigações. O direito a alimentos é personalíssimo, encontra fundamento na preservação da própria vida, tendo a lei interesse imediato em protegê-la. Tudo acontece como se uma vontade superior à dos indivíduos estivesse a policiá-los para uma perfeita harmonia de entendimento entre os homens. Assim, essa vontade superior surge. É a vontade do Estado, é a lei, o ordenamento jurídico positivo, que, fazendo surgir certas obrigações, como vimos, acaba por regular todas as outras. Devemos, dessa forma, colocá-la em primeiro lugar, por ser um ato do Estado, um ato de império; depois as outras fontes, que são o agir do homens, vivendo em sociedade. (AZEVEDO, 2001, p.44).

A outra fonte das obrigações em Direito são agrupadas em torno da manifestação da vontade individual, sendo pois classificadas da seguinte maneira: nas de formação lícita (contrato; declaração unilateral e quase contrato); nas de formação ilícita (o delito e o quase delito) – donde se configura, em linhas gerais, as quatro fontes das obrigações derivadas do Direito romano.

Assim, tomemos as *quatro fontes das obrigações romanas*.

O *contrato* é o acordo, a convenção, entre a partes. O contrato é a *conventio* do Direito romano, que possuía força obrigatória, munida de ação em Juízo, ao lado do *pactum* que, não sendo obrigatório, era destituído de ação judicial. Tinha este, ante um inadimplemento obrigacional, mero valor moral. O credor não podia fazer valer o seu direito perante o magistrado. Alguns exemplos de contrato: a compra e venda, a permuta, o depósito, dentre outros.

O *delito* é o ato ilícito (*ato de causar dano*) doloso, voluntário, intencional. Quem age dolosamente atua com a sua vontade dirigida a causar o dano, o prejuízo. O ato doloso é, dessa forma, um ato premeditado. Por exemplo, o roubo, o furto, a injúria.

O *quase contrato* é ato lícito, como é o contrato, mas dele não participa o acordo de vontades. É como se esse acordo existisse, tal qual na gestão de negócios, instituto jurídico pelo qual o gestor realiza atos em favor do dono da coisa sem autorização deste, sendo entretanto, presumida essa autorização. O art.1.311 do CC brasileiro¹⁰⁹ reza: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.

O *quase delito* é, também, como o delito, um ato ilícito (*ato de causar dano*), mas involuntário. Baseia-se o quase delito não na ideia do dolo, mas na de culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Por exemplo, comete um quase delito, ou um ato ilícito culposos, quem arremete pela janela um cigarro aceso, que, caindo sobre um automóvel, ocasiona um incêndio. (AZEVEDO, 2001, p.43).

¹⁰⁸ Refere-se ao Código Civil brasileiro de 1916.

¹⁰⁹ Refere-se ao Código Civil brasileiro de 1916.

A lacuna, ou melhor, a brecha que este modo de classificar as fontes das obrigações jurídicas decorre da adoção de uma visão puramente jurídica, isto é, as obrigações analisadas são as obrigações *jurídicas*, não as obrigações em sua concepção mais ampla – ex.: obrigações morais.

Se se remover a limitação jurídica na análise conceitual e optar-se por se adentrar no plano dos conceitos em geral acaba se verificando que os juristas estão cientes desta multiplicidade de significados derivados do termo obrigação. Daí reduzirem sua análise somente as obrigações consideradas como jurídicas (obrigações *jurídicas*) – denominação que se parte da estruturação de uma série de requisitos estabelecidos na Ciência Jurídica, para distinguir se determinada situação obrigacional enquadra-se, ou não, na definição de obrigação jurídica.

Neste contexto, a Ciência Jurídica somente reconhece uma obrigação, como uma obrigação jurídica, se a mesma se inserir no requisito de ser derivada da lei ou de ato de império do Estado; ou de um dos institutos jurídicos que expressam a obrigação jurídica (contratos, delito, quase contrato, quase contrato, quase delito, etc).

Ao transpor este pensamento ao plano do estudo da autonomia da vontade, verifica-se a mesma situação, existindo vontades que não são abrangidas pelo Direito. Portanto, não se inserindo na análise jurídica, enquanto existem outras que são abrangidas pelo Direito e pelo mesmo regulamentadas.

Isto abre a possibilidade de se afirmar que para o Direito somente a vontade que se enquadra nos requisitos jurídicos de manifestação é que equivalem ao conceito autonomia da vontade, e sendo somente esta modalidade de vontade analisada é regulamentada juridicamente – sendo está também a base romana da distinção entre o *pactum* e da *conventio*.

Acaba-se por concluir que o instrumento que realiza esse processo de reconhecimento da existência, ou não, de uma obrigação jurídica numa manifestação da autonomia da vontade que corresponde aos acordos de vontade, é o instituto do contrato. Assim como no Direito romano, o simples acordo de vontades não é suficiente para fundamentar uma obrigação jurídica, existindo a necessidade daquele acordo de vontades figurar como um contrato juridicamente válido para gerar uma obrigação jurídica decorrente da autonomia da vontade.

Interpretação que permite deduzir a vontade das partes somente goza proteção jurídica de determinado Direito no momento em que é reconhecida como sendo uma vontade juridicamente autônoma – que seja produto da autonomia da vontade, como conceito jurídico.

Portanto, se localiza no instituto jurídico do contrato os limites jurídicos da autonomia da vontade, ou melhor, é nos elementos do contrato que o Direito, como Ciência, determina os limites da autonomia da vontade.

3.2 O papel do contrato na limitação da autonomia da vontade

3.2.1 O contrato e a atuação do Direito na questão

Sem dar muita atenção ao assunto, nós temos a tendência de crer que o “contrato” veio primeiro, e daí, com o tempo, vieram as suas várias especialidades – títulos de crédito, vendas, seguros e por aí vai – como ramificações de um tronco principal. A verdade parece estar mais para o contrário. As especialidades estavam totalmente desenvolvidas – comprovado no caso dos direitos aos títulos de crédito, congeladas prematuramente – antes mesmo da necessidade de uma teoria geral do contrato tivesse ocorrido para qualquer um. Uma vez que a teoria fora anunciada, ela começou a operar, por um tipo de efeito de rejeição, para influenciar a continuação do desenvolvimento de algumas especialidades – particularmente vendas¹¹⁰(GILMORE, 1995, p.12-13)

Se a teoria geral dos contratos teve o efeito de ocultar a anterioridade das especialidades contratuais, o contrato, por muito tempo, ofuscou o estudo da autonomia da vontade e das obrigações voluntárias. O contrato, não a vontade, que foi objeto de estudo jurídico desde a sua existência, exercendo um papel central nas obrigações por ele transmitidas ao mundo jurídico.

Porém, não há de se confundir o contrato como sendo um simples acordo de vontades. A realidade é que o contrato é o instrumento elaborado pela Ciência Jurídica, para

¹¹⁰ Tradução livre do original em inglês: “Without giving much thought of the matter, we have tended to assume that “contract” came first, and then, in time, the various specialties – negotiable instruments, sales, insurance and so on – split off from the main trunk. The truth seems to be the other way around. The specialties were fully developed – indeed, in the case of negotiable instruments law, already frozen in a premature old age – long before the need for a general theory of contract had occurred to anyone. Once the theory had been announced it did operate, by sort of backlash effect, to influence further developments in some of the specialties – particularly sales”.

reconhecer, em determinados acordos de vontade, a existência de uma obrigação jurídica e, portanto, abrangida pelo Direito – este é o significado de contrato.

Comumente o acadêmico de Direito, ao iniciar o estudo da teoria dos contratos se depara com uma definição didática, mas limitada de que contrato seria “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações de caráter patrimonial)”(AZEVEDO, 2002, p.21).

Apesar de didática, esse tipo de definição incorre no equívoco ao confundir o próprio contrato com o acordo de vontades. Acaba por estabelecer uma restrição da análise da manifestação das partes à um plano puramente jurídico, resultando na falsa impressão que todo acordo de vontades é, automaticamente, um contrato e, por consequência, todo acordo de vontade gera uma obrigação juridicamente vinculante.

Trata-se de um legado do pensamento positivista de estabelecer a análise jurídica como sendo um caminho que inicia no próprio Direito para o Fato. Essa limitação se evidencia quando se exclui dos planos do negócio jurídico a análise da existência fática, só existindo a existência jurídica em seu lugar. Ou seja, a eventual existência não-jurídica não importaria na análise do negócio. Acontece que este tipo de metodologia, apesar de didática, acaba resultando na descontextualização do fenômeno objeto da análise, não deixando de transparecer a contaminação ideológica pelos fatores pressupostos e considerados não-jurídicos.

O defeito dessa análise Direito para o fato, se manifesta com clareza no instituto jurídico do contrato, uma vez que tem por consequência a confusão entre o instrumento de reconhecimento jurídico do fenômeno, com o próprio fenômeno.

Em realidade, o contrato é um instrumento pelo qual não só as partes expressam seu acordo de vontades¹¹¹, mas, também, o instrumento criado pelo Direito para poder reconhecer como apto aquele acordo de vontades como capaz de gerar seus efeitos e ter a segurança jurídica na produção dos mesmos.

¹¹¹ Vale ressaltar que o acordo de vontades não pode ser confundido somente na sua figura mais simples e comum, cuja representação é a de duas ou mais pessoas se reunindo e que em interesse próprio elaboram um acordo. Acordo de vontades pode decorrer de inúmeras maneiras, como, por exemplo, existir um acordo de vontades em que não necessariamente houvesse um forma de delimitar a oferta e sua aceitação (que é a base do acordo), como explica Perillo(2007, p.26): se A e B estão juntos e C sugere os termos do compromisso a ser estabelecido entre A e B, existe a possibilidade de um acordo de vontades resultar entre A e B, mas, cuja estipulação se deu por C, o qual, por sua vez, nada tem a ver com o acordo em si.

Pensamento que reafirma que o contrato é o instituto jurídico resultado do desenvolvimento da Ciência Jurídica em distinguir o que os romanos denominavam de simples pacto da convenção e servindo de ferramenta para o reconhecimento da existência ou não de obrigações jurídicas naquele acordo de vontades.

A questão que emerge, ao se delimitar esse processo de reconhecimento, é a de delimitar como ocorre o estabelecimento das regras e dos requisitos a serem utilizados para realizar a separação entre a mera vontade e a autonomia da vontade jurídica.

Pode-se considerar que o Direito age de duas formas nesse processo de delimitar a autonomia da vontade: (1) de forma indireta e (2) de forma direta.

De forma indireta, a delimitação vai decorrer das regulamentações advindas da personalidade jurídica das partes envolvidas no acordo de vontades (o estado das pessoas). Isto significa que a pessoa para poder entrar num acordo de vontades, necessariamente terá de cumprir os requisitos jurídicos existentes pela própria condição de sujeito de Direito (ex.: a capacidade jurídica).

De forma direta, a delimitação da autonomia da vontade vai decorrer do estabelecimento de condições jurídicas específicas da relação jurídica que se pretende estabelecer, ou seja, cumprir as condições impostas pela ordem jurídica para aquele tipo de obrigação. Em termos gerais, trata-se das condições referentes à licitude do objeto da obrigação e da forma que tal obrigação necessariamente tenha de, ou não, assumir (forma não prescrita em lei).

Essas duas formas de atuação já se encontravam delimitadas no século XIX, quando Savigny (1849, p.200) sustentava que nas obrigações, a pessoa sai de sua personalidade abstrata e adentra na jurisdição específica do Direito obrigacional, tendo de se submeter não só as regras referentes à sua personalidade jurídica, mas, também, às regras específicas tangentes à obrigação que deseje assumir.

É na forma direta de delimitação da autonomia da vontade que se vai encontrar os limites da autonomia da vontade, limites que podem ser analisados por via dos planos jurídicos dos negócios jurídicos.

3.2.2 Os limites da autonomia da vontade: os planos jurídicos do negócio jurídico

O ponto de partida para associar os limites da autonomia da vontade com os planos jurídico do negócio jurídico é o de observar que assim como no desenvolvimento do conceito de autonomia da vontade, a questão vai também incorrer numa distinção entre a Europa da *common Law* e a Europa das codificações – *civil Law*.

Em breve aparte, no *common Law*, o contrato se submete necessariamente a três requisitos: existir uma oferta e uma aceitação, uma consideração jurídica e uma averiguação da aplicação de algum escrito aplicável. Como explica Reiley:

Na visão do *common Law* a formação de um contrato deve necessariamente perfazer três requisitos. Tem de existir uma oferta e uma aceitação (ou compromisso manifesto de algum modo), tem de existir consideração jurídica¹¹² (ou um substituto reconhecido), e cumprimento de qualquer requisito escrito que for aplicável (como a lei de fraudes)¹¹³. (REILEY, 2008, p.105)

Neste sistema jurídico, nota-se uma limitação abrangente e flexível dos elementos contratuais, sistemática que se assenta no binômio costume/equidade para ser preenchido, assim como no estabelecimento de limites na base do precedente jurisprudencial – ou seja, os limites da autonomia da vontade se encontram, basicamente, no costume, na equidade e na interpretação judiciária derivada de conflitos oriundos de contratos¹¹⁴.

Por sua vez, no Direito continental europeu partiu-se para a adoção de um sistema baseado na codificação da ordem jurídica, estabelecendo, como base do contrato o tripé da capacidade das partes, o objeto lícito e a forma prescrita em lei. Tripé que gerou uma sistemática baseada na lei e na elaboração de uma doutrina científica sobre o assunto, destacando-se os estudos sobre o negócio jurídico.

¹¹² Poderia traduzir-se como sendo uma vinculação jurídica relevante. Porém optou-se por uma tradução mais literal, para evitar a indução em associar estes institutos aos existentes no Direito codificado. O termo *consideration*, na doutrina americana, traduz-se na existência de um fator jurídico que diferencie aquela oferta e aceitação da figura de uma mera promessa. Como o entendimento jurisprudencial norte-americano resume: é a “cola” que liga às partes àquele contrato (PERILLO, 2007, p.172).

¹¹³ Tradução livre e literal do original em inglês: “The common law view is that to form a contract three requirements must be satisfied; there must be an offer and acceptance (or an agreement otherwise manifested), there must be consideration (or a recognized substitute); and any applicable writing requirement (the Statute of Frauds)”.

¹¹⁴ Mais adiante, ao se abordar a atuação do Estado nacional, ver-se-á que o *common Law* resultou num sistema altamente deturpado, no que se refere à autonomia da vontade e a sua interpretação nos tribunais ingleses do século XIX. Fato que alimentou muito o estabelecimento do *dogma* de que, no século XIX, a vontade gozava de soberania.

Considerando que a sistemática no *common Law* é demasiadamente casuística e influenciada pelas diversas posições jurisprudenciais, o estudo dos limites da autonomia da vontade se torna mais acessível na estrutura do Direito continental europeu, em especial, no legado pandectista chamado *negócio jurídico*.

A expressão *negócio jurídico* é adotada hoje pelos pandectistas e civilistas mais autorizados, e sua significação científica e jurídica não se presta a equívocos como a de *ato jurídico*. O ato, na esfera do Direito, pode expressar uma operação jurídica, ou designar um escrito probatório para fazer constar alguma coisa, ao passo que a expressão *negócio jurídico* não pode expressar outra coisa eu o que significava em latim a palavra *negotium*, ou seja, um declaração de vontade que tem especialmente por fim criar, modificar e extinguir direitos. Se se encontra, portanto, na expressão *negócio jurídico* um fato realizado com intenção de produzir um efeito jurídico, este se acha ligado intimamente à vontade humana, e essa vontade, movendo-se dentro da lei, determina o nascimento, a modificação e a extinção dos direitos. Assim pôde expressar o ilustre pandectista Windscheid seu conceito de negócio jurídico, dizendo que “é uma declaração da vontade que isa produzir um efeito jurídico”. E não é preciso que a declaração de vontade seja privada ou seja pública, porque o essencial é que exista a declaração em uma ou outra forma, e que tal declaração tenha por objetivo produzir um efeito de direito, não um determinado efeito jurídico, pois basta que a vontade se declare segundo o conteúdo legal da relação jurídica, já que muitos efeitos jurídicos se produzirão porque o Direito assim o ordena, dada a hipótese do negócio jurídico, já que não há de se esquecer que a vontade manda e o direito se apropria de seu mando. E do mesmo modo não é necessário também que se proponha à vontade criar um efeito jurídico imediatamente, uma vez que não é de essência que este se produza em seguida. (PETIT, 2003, p.230-231).

Ressalte-se que, neste conceito tradicional de negócio jurídico de planos, denota-se que a produção dos efeitos jurídicos, por parte da vontade, não reside na própria vontade, mas na forma como a mesma é declarada. Isto corrobora ainda mais para a tese de que o negócio jurídico é a opção que os juristas do século XIX adotaram para estudar os limites da autonomia da vontade. Daí, também, não ser coincidência do contrato figurar como sendo uma das espécies expoentes dos negócios jurídicos.

Ao se determinar que o negócio jurídico figura como a concepção doutrinária que mais se associa à aplicação da teoria do reconhecimento, tem-se que o Direito estabeleceu a questão dos limites da autonomia da vontade no estudo dos negócios jurídicos, objetivando estabelecer uma doutrina harmônica e pacífica num assunto dominado pela indeterminação do objeto.

Neste contexto, vão se estabelecer os conjuntos de mecanismos jurídicos de origem doutrinária, para enfrentar a questão da limitação da autonomia da vontade nos ordenamentos jurídicos, tanto do século XIX como os contemporâneos. Conjuntos estes que

podem ser agrupados nos três planos de análise do negócio jurídico: a existência, a validade e a eficácia.

Campo de estudo que se apresenta amplo e de particularidades complicadas, mas, que, no geral, serve como vetor sólido para compreender os mecanismos jurídicos de limitação da autonomia da vontade.

Todas essas citações mostram como é grande a indecisão da doutrina sobre uma questão tão importante e fundamental na teoria do negócio jurídico. Se, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti, *principia omina rerum, ex quibus reliqua omina componuntur et in quibus resolvuntur*, portanto, que elemento é tudo aquilo de algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos*, para existir; no plano da validade de *requisitos*, para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia*, para se eficaz.

Elementos, requisitos e fatores de eficácia são respectivamente os caracteres de que necessita o negócio jurídico para existir, valer e ser eficaz. (AZEVEDO J., 2010, p.29-30).

Antes de iniciar a análise destes diferentes conjuntos de limitação da autonomia da vontade, é necessário fazer uma breve explicação acerca dos ditos negócios jurídicos a-volitivos, os quais partem da premissa de que, presumivelmente, não ocorre a manifestação / declaração da vontade.

Há, todavia, negócios jurídicos heterônomos ou avolitivos, ou que não são puros instrumentos de autonomia privada, quando o direito, em vez da vontade exteriorizada, atribui validade e eficácia negocial a condutas das pessoas que participam do tráfico jurídico massificado, ainda que não tenham expressado intenção de efeitos jurídicos. O núcleo do suporte fático desses negócios jurídicos não é mais a vontade exteriorizada, mas as condutas, com abstração dos aspectos volitivos. As condutas independem de manifestação ou declaração de vontade ou da capacidade negocial dos agentes, principalmente dos utentes ou adquirentes de produtos ou serviços lançados em circulação coletiva. Assim ocorre com a massificação negocial (transportes coletivos, compra e venda de produtos e lojas e supermercados, serviços públicos), com os contratos de adesão a condições gerais (submissão à predisposição, em vez de vontade consciente de aceitação) e com os serviços ofertados ao público por menores (por exemplo, engraxates, lavadores de automóveis etc). (LÔBO, 2009, P.241).

Esta nova modalidade de conceber o negócio jurídico é um dos produtos da mentalidade socializadora oriunda do processo de constitucionalização do Direito Civil, que insere no conceito de negócio jurídico, situações que, à primeira vista, não existem uma

manifestação ou exteriorização da vontade. E rompe a ideia base do próprio conceito de negócio jurídico.

Sobre esta nova concepção existem três considerações a serem feitas e que, em resumo, são as seguintes: (1) o entendimento de como a vontade pode ser manifestada, declarada ou exteriorizada; (2) a questão da “avolitividade” destes negócios jurídicos; (3) o problema da *socialização* do Direito privado.

A primeira consideração é a referente ao entendimento de como a vontade pode se manifestar, ser declarada ou exteriorizada. Considerando que não há conduta consciente do ser humano sem esta estar vinculada à sua vontade, a conduta per si configura-se como um meio de expressar a vontade (ex.: a linguagem de sinais dos surdos-mudos, o levantar da mão como manifestação de aquiescência para uma compra feita em leilão, etc). Ou seja, a conduta humana é baseada no agir conforme uma vontade. Não existe conduta humana sem uma vontade consciente. O que pode ocorrer é a vontade manifestada estar alheia a determinados fatos que envolvem o acordo em questão e não dela não ser consciente.

A segunda consideração se refere ao próprio caráter a-volitivo que se atribui a esses “novos” negócios jurídicos. Constata-se que, na realidade, o que se considera a-volitivo é uma manifestação da vontade não enquadrada, não padronizada pelo Direito para aquele contexto. Isto é, a vontade existe, porém se insere num conceito diferente daquele que se considera como de livre manifestação e consciente.

A última consideração diz respeito ao problema da *socialização* do Direito privado, cujo expoente é a interferência de ramos do Direito público em institutos desenvolvidos e aplicados somente ao Direito privado. A mescla de diferentes interpretações oriundas de diferentes disciplinas do Direito sobre um determinado instituto, naturalmente acabam por expor aquele instituto à diferentes acepções, resultando no surgimento de incoerências na concepção do próprio instituto. Como visto, muitas críticas à autonomia da vontade sedimentada no século XIX decorrem do Direito do Trabalho, não do Direito Civil ou Comercial.

Nesta situação, fica claro que, no Direito público, é comum trabalhar-se com a ficção jurídica da vontade do Estado. Isso resulta numa percepção diferente do elemento volitivo nos negócios jurídicos de natureza pública (os contratos administrativos). Isto é, a

manifestação de vontade e sua regulamentação em um negócio jurídico, que envolve Direito público, é diferente da concepção existente em Direito privado¹¹⁵.

Estas três considerações resultam na conclusão de que negócio jurídico avolitivo não é negócio jurídico pois, é da essência do negócio jurídico, o elemento central ser a declaração da vontade conforme a ordem jurídica dominante – inexistente elemento volitivo, inexistente negócio jurídico.

Enquanto, pois, certos atos produzem efeitos *independentemente da vontade de quem age*, nos negócios jurídicos, ao contrário, os efeitos são intencionalmente, *queridos pelo agente*. Em virtude da declaração ou manifestação da vontade, - o que pressupõe, por conseguinte, o reconhecimento da *autonomia da vontade* pelo ordenamento do País, - podemos constituir, modificar ou extinguir determinados tipos de relações jurídicas, disciplinando os nossos interesses, nos limites e em função do interesse social. São os negócios jurídicos que exigem, consoante resultado já exposto, sujeito capaz legitimado para o ato, manifestação expressa da vontade, objeto lícito (o que equivale dizer *causa lícita*, em razão do fim visado) e forma prescrita ou não vedada em lei, resultando da reunião desses elementos a atribuição de algo a alguém. (REALE, 2002, p.225).

3.2.3 Os três conjuntos de mecanismos de limitação da autonomia da vontade

3.2.3.1 Os elementos de existência jurídica como limites à autonomia da vontade

O primeiro conjunto de mecanismos de origem doutrinária na limitação da autonomia da vontade está associado aos elementos de existência do negócio jurídico. Isto significa que o primeiro elemento condicionante da manifestação da vontade é a própria existência desta manifestação.

O plano de existência jurídica dos negócios jurídicos vai desencadear o debate acerca das teorias da vontade, da declaração, bem como as suas variantes e os seus detratores. Um embate dogmático próprio do Direito Civil e de pouca relevância para a questão vinculada da limitação da autonomia da vontade, dado que este embate acaba,

¹¹⁵ Este problema se resume, no Direito privado, à questão dos *contratos privados preterpúblicos*, que será objeto de análise mais adiante. Por hora, trata-se de “novas” modalidades contratuais privadas que, em realidade, decorrem da privatização de serviços públicos ou da omissão do Estado em suas atribuições elementares. Sujeitando o indivíduo a ter um de seus direitos fundamentais limitados a estipulação de natureza privada.

invariavelmente, incorrendo mais na definição de negócio jurídico, do que propriamente nos elementos de sua existência. E serve para a compreensão de tal embate, segundo Junqueira de Azevedo:

Embora diversas teorias intermediárias tenham surgido para tentar o insuperável fosso entre a teoria da vontade e a da declaração, elas, uma vez evitada a formulação inicial e reduzida a questão a se saber qual o grau de influência que a vontade deve ter sobre a declaração, perdem qualquer interesse como teorias; servirão, apenas para explicar por que, segundo esta ou aquela legislação, as vezes, a lei permite a influência da vontade e, às vezes, a elimina.

Aliás, especialmente duas, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, têm, sob o ângulo lógico, graves defeitos, justamente porque partem da dualidade de elementos (vontade e declaração) do negócio. Assim, a teoria da responsabilidade admite, como princípio, a predominância da vontade sobre a declaração, isto é, sendo a vontade inexistente ou irregular, o ato, em princípio, será nulo ou anulável; e, depois, estabelece, baseada na ideia de responsabilidade, a exceção: se houver culpa do declarante, o ato será válido (a culpa do agente, portanto, convalida o próprio ato!). Por sua vez, a teoria da confiança parte do ponto de vista inverso, isto é, da prevalência da declaração sobre a vontade, porque, normalmente, o declarante deve arcar com o ônus da confiança que provoca nos outros; todavia, segundo ela, se o destinatário da declaração confiou indevidamente (por exemplo, por má fé, isto é, por dolo, ou por culpa), então, se pode passar a pesquisar a vontade interna do declarante (aqui, é, pois, a má fé do destinatário que autoriza a predominância excepcional da vontade sobre a declaração!). (AZEVEDO J., 2010, p.86-87).

Como o objetivo não é entrar no debate sobre a determinação do papel da vontade nem delimitar um significado de negócio jurídico. O interessante ao estudo é utilizar-se dos elementos componentes do negócio jurídico a fim de compreender a mecânica que se estabeleceu para limitar a autonomia da vontade.

O ponto de partida para compreender o mecanismo limitador da autonomia da vontade, derivados dos elementos de existência do negócio jurídico, é o artigo 104 do Código Civil brasileiro de 2002, que consagra a tríade agente capaz, objeto lícito e forma não defesa em lei como associados à validade do negócio jurídico.

Art.104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei. (NERY&NERY, 2002, p.55)

A opção do legislador brasileiro em designar esses três elementos como associados à validade e não à existência, pode ser motivada em dois pontos: (1) a associação da existência fática com a da existência jurídica; e (2) a ausência de especialidade na linguagem jurídica, referente aos planos jurídicos do negócio jurídico, especialmente a inexistência do uso da expressão *negócio jurídico ineficaz*.

O primeiro ponto, à associação entre existência fática com a existência jurídica - pode ser explicada pelo apego ao pensamento normativista, cuja ideia central, derivada da teoria da norma fundamental de Kelsen, propõe que o plano de existência no Direito é pressuposto. Isto é, a situação fática, ao se manifestar, automaticamente se torna jurídica, pois sua existência jurídica é pressuposta para sua manifestação fática – ex.: o negócio jurídico, para ser jurídico, tem de existir juridicamente, não havendo espaço para realidade fática na previsão jurídica.

O outro ponto motivador da adoção do termo validade pode ser localizado pela ausência de especialidade, na linguagem jurídica, no trato dos planos do negócio jurídico. Não é comum, na doutrina jurídica, a divisão do negócio jurídico em três planos, isto porque não se adota, no linguajar jurídico brasileiro, a expressão e a noção de *negócio jurídico ineficaz*. O que acaba por resultar numa concepção generalista de validade.

A doutrina alemã, em sua generalidade, e, na sua esteira, muitos juristas italianos e alguns brasileiros e de outras nacionalidades, vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões; todavia, não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação se distingue da outra. Talvez por causa dessa dificuldade, a doutrina francesa em sua quase-totalidade, e a maior parte dos autores de outras nacionalidades somente se refiram a negócios inexistentes e a negócios inválidos, ignorando os ineficazes (isso quando não preferem limitar-se à categoria dos negócios inválidos, subdivididos em absolutamente nulos e relativamente nulos). Essa divergência, essa aparente impossibilidade de se chegar a uma clara definição dos termos, tem levado toda a doutrina da família romano-germânica a considera das mais difíceis e intrincadas a teoria das nulidades. Sobre ela, pode-se dizer, sem *blague*, que o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito. (AZEVEDO J., 2010, p.25)

Apesar de este problema aparentar ser somente de natureza terminológica, a questão demanda uma breve explicação. O agente capaz, o objeto lícito e a forma não defesa em lei como elementos da existência jurídica – ao invés de invalidade – decorre do ponto de vista que se realiza a análise: não se parte do negócio jurídico em si, mas dos fatores que limitam a autonomia da vontade, tendo por base a estrutura do negócio jurídico. Que, por sua vez, é a estrutura moderna do contrato de direito privado – e o faz partindo da visão tanto nacional como internacional da autonomia da vontade.

O maior exemplo que se pode elaborar para explicar esta situação é aquele que considera um negócio jurídico resultando de um contrato de dívida de jogo em um país A, onde este tipo contratual e negocial são permitidos. Porém, na hora de se executar este contrato, a execução do negócio jurídico nele firmado recai no país B, onde esta situação não

é permitida. Tem-se que o negócio jurídico em questão é existente, válido e eficaz no país A, mas inexistente no país B, dado que o objeto é considerado ilícito não havendo produção de efeitos.

Ou seja, recorre-se à realidade internacional para solucionar um problema provavelmente insolúvel na realidade nacional. Pode-se ainda, com base neste método, delimitar que um negócio jurídico nulo não existe juridicamente. Portanto, não produz efeitos a serem sujeitos ao critério da validade e nem da eficácia, enquanto que o negócio jurídico anulável pode ser sujeito aos critérios da validade e da eficácia no momento em que o vício que provoca sua inexistência é sanado.

Esta exposição é somente um esboço para ressaltar a possibilidade de se recorrer ao plano internacional e resolver um problema teórico interno. Não é perfeito, mas ilustra bem o ponto que este estudo utiliza, ao determinar a existência, a validade e a eficácia como mecanismos de limitação da autonomia da vontade – instituto que, por sua própria natureza, demanda tal forma de pensamento.

Pode-se também desviar desta problemática terminológica, no momento em que se opta por delimitar o plano de existência jurídica como sendo a tradução da ideia de elementos gerais componentes de todos os negócios jurídicos.

O importante é possibilitar o entrelaçamento dos institutos jurídicos do negócio jurídico com aqueles relacionados ao controle da autonomia da vontade, resultando na determinação do primeiro conjunto de mecanismos que limitem a autonomia da vontade quais sejam: a capacidade jurídica, o objeto da estipulação e a forma de sua celebração.

O modo pelo qual existem as pessoas é o seu *estado*, que alguns definem também “o conjunto das qualidades que constituem a sua individualidade jurídica”. O estado, segundo as leis romanas, podia ser de *liberdade*, de *cidade*, e de *família*. No Direito Civil moderno as duas primeiras relações perderam o valor de outr’ora, porque o direito repelle o instituto da escravidão e equipara os nacionais aos estrangeiros em face do Direito Civil, ao menos em tese e na generalidade dos atributos jurídicos. Assim, o estado em todos os homens reconhecidos, e o de *cidade* passou para o direito público, porque consiste numa qualidade política (a nacionalidade, a cidadania, o direito eleitoral). Outro deve ser, como realmente é, o nosso ponto de vista. (BEVILAQUA, 2002,p.129)

A capacidade jurídica é o primeiro mecanismo limitador da autonomia da vontade, é na própria figura da pessoa como sujeito de Direito, que reside a delimitação de sua personalidade dentro da ordem jurídica, servindo, também, como baliza mestre não só

para a conduta contratual, mas para toda a conduta do indivíduo em sociedade, quando regida pelo Direito.

Mais precisamente, o primeiro mecanismo limitador da autonomia da vontade é a capacidade negocial, isto é, o direito quando estabelece os requisitos para a pessoa poder assumir sua condição plena de cidadão, indiretamente limita a autonomia da vontade pois determina critérios para que a pessoa possa assumir direitos e deveres por via de contratos particulares – oriundos da sua manifestação de vontade.

Cumpra distinguir a capacidade de direito e a capacidade de exercício, a que os Alemães chamam, respectivamente, *Rechtsfähigkeit*, capacidade de direito, e *Handlungs- ou Geschäftsfähigkeit*, capacidade de exercício.

O conferimento de direito, imediatamente, faz daquele, a quem se conferiu, *pessoa*. O *beneficiado*, a que só mediante a relação jurídica (v.g., no *modus* a favor do cão), não é pessoa. Não se pode falar no estatuto pessoal do cão. Não é a *lex patriae* que domina, pois ela mesma não existe; é a *lex causae*, a lei do próprio negócio jurídico.

Assaz diferente a posição do *nondum conceptus*, do nascituro e dos comorientes, sem que se possa afastar a possibilidade de figurarem como simples *beneficiados* em direito que não seja o do estatuto pessoal ou na lei que o dá, porém só como *lex causae*. (MIRANDA, 1935, p.397).

Em resumo, a capacidade jurídica determina as regras pelas quais a pessoa poderá exercer e gozar da liberdade nos contratos. Considera-se plena esta liberdade quando preenchidos os requisitos que a torne apta a compreender os resultados do uso desta liberdade.

O critério para determinar a capacidade jurídica varia conforme a espécie de obrigação que ela deseja se inserir, sendo tarefa do Direito nacional em averiguar quais os critérios que mais se adaptam à realidade social da pessoa para determinar o momento e as condições em que a mesma assume pleno gozo de sua personalidade jurídica.

Enquanto no plano internacional, a constatação da necessidade de se proteger juridicamente a pessoa e verificar sua aptidão ou não ao pleno gozo de sua personalidade jurídica, implica na análise da questão dos vínculos que ligam determinado indivíduo à determinada esfera soberana – traduzindo-se em essência a nacionalidade.

Destarte, a capacidade jurídica, ao configurar como elemento de existência do negócio jurídico, exerce um controle duplo sobre a autonomia da vontade. De um lado, no direito interno, ela determina que a autonomia da vontade somente exista nos negócios jurídicos cujas partes envolvidas gozam de plena liberdade contratual – determinando a assistência ou a representação à parte envolvida que não goza desta capacidade negocial.

A capacidade de exercício é de ordem prática. Tem-se os direitos, cumpre, *por si só*, exercê-los; ou ainda não se tem determinados direitos e, posto que se saiba poder o indivíduo adquiri-los, quer-se saber se pode, *por si só*, realizar a aquisição. É a *Geschäftsfähigkeit*, a que pode corresponder, em sentido estrito, «capacité», «capacity», «capacidade»; porém melhor será evitar-se a terminologia indistinta, global, que é a dos povos latinos e anglo-saxões, e dizer-se, com precisão, «capacidade de exercício».

Existem capacidade de exercício *geral*, e a capacidade de exercício *particular*, quando só se reporta a certos direitos. Também se costumam distinguir a incapacidade de exercício absoluta, quando obriga à representação integral do incapaz, como ocorre com os loucos, e a relativa, na qual o incapaz é «assistido» por outrem. (MIRANDA, 1935, p.415)

Já no Direito internacional, e, principalmente no DIPr, ocorre a necessidade de se verificar o nível de proteção oferecida pelo Estado nacional àquele súdito, bem como verificar se não existem outras previsões acerca da capacidade negocial do indivíduo estrangeiro, dado que o assunto consta no domínio da lei pessoal como vetor determinante de aplicação do Direito – cujo debate se desdobra na aplicação do domicílio ou da nacionalidade para determinar qual Direito aplicar.

Sendo a capacidade um atributo essencial da pessoa, o modo pelo qual se externa a personalidade no mundo jurídico, estão todos os autores de acordo que deve determinar a *lei pessoal*. Mas qual deve ser a lei? Ahi começa o dissídio. Pensam alguns que deve ser o do *domicílio*; querem outros que seja a da *nacionalidade*. (BEVILACQUA, 2002, p.130-131).

Importante acrescentar que a capacidade jurídica, como caracterizador do gozo da autonomia da vontade, encontra-se delimitada em regras específicas de cada ramo do Direito – cujo exemplo expoente é o Direito do Trabalho que adota o critério cronológico, para determinar a impossibilidade do menor de 16 anos em exercer atividade laboral (portanto, não gozando de capacidade para firmar contrato de trabalho), salvo na condição de aprendiz com 14 anos de idade no território brasileiro (MARTINS, 2001, p.55).

O segundo elemento de existência do negócio jurídico integrante do mecanismo de limitação da autonomia da vontade, é a determinação de que a estipulação do acordo de vontade deve, necessariamente, corresponder a um objeto lícito, possível e determinável – isto implica que, mesmo a pessoa possuindo plena capacidade jurídica, ela não pode se obrigar juridicamente sobre objetos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico vigente, e, numa interpretação moderna, que venha a infringir Direitos considerados inerentes a condição humana.

Relevante mencionar que, no contexto do direito internacional, a vontade das partes novamente recai na predominância de um elemento de conexão baseado na

determinação legal e não na manifestação da vontade das partes – *lex rei sitae*, dependendo da natureza do bem envolvido e *lex loci executionis* como regra geral da prestação de serviços.

O último elemento de existência do negócio jurídico e que atua como mecanismo de limitação da autonomia da vontade é o elemento forma do negócio jurídico. Em regra ele consagra, em direito interno, a plena liberdade das partes em estipular a forma de seu negócio jurídico. Ressalva somente que determinados negócios jurídicos, por sua natureza ou característica tem, por condição, a necessidade de se preencherem formalidades específicas previstas no Direito para se configurar como negócio jurídico.

Vale novamente ressaltar que, na seara do DIPr, a determinação do Direito aplicável, no que se refere à especificidade ou não da forma a ser adotada no negócio jurídico com elementos extranacionais, não é a autonomia da vontade, mas a territorialidade – numa clara referência da consolidação, já no século XIX, da impossibilidade da vontade das partes em determinar a forma do negócio jurídico quando o Direito o fizer.

A capacidade para contrahir obrigações voluntárias, quer sejam convencionaes, quer unilateraes, depende da lei pessoal das partes. A fórmula dos actos é regulada pela lei do lugar onde se realisa o acto, de accôrdo com a extensão e as restricções dadas pela doutrina á regra *locus regit actum*. (BEVILAQUA, 2002, p.257).

Nesta configuração, dos elementos de existência do negócio jurídico, como limites a autonomia da vontade, é de se destacar que qualquer vontade manifestada num negócio jurídico / contrato, necessariamente perpassa pela forma indireta de controle do Direito sobre a liberdade contratual. Controle decorrente da própria noção da pessoa como sujeito de direito e do significado de liberdade de contratar dentro da esfera jurídica.

Destarte, a autonomia da vontade já surge limitada pela regulamentação do Direito da própria pessoa, cuja valoração de liberdade, dignidade e demais valores morais decorre das regulamentações do próprio Direito – não da vontade da pessoa.

3.2.3.2 Os requisitos de validade como limites à autonomia da vontade

O segundo conjunto de mecanismos jurídicos doutrinários para limitar a autonomia da vontade são os relativos ao plano da validade dos negócios jurídicos, e que consiste, também, o último conjunto onde o Direito do Trabalho, o Direito Comercial e o Direito Civil se harmonizam.

Se, no plano de existência jurídica, encontram-se os elementos gerais que todo acordo de vontade tem de cumprir necessariamente, independente da relação jurídica e dos efeitos jurídicos que pretende gerar, o plano da validade consiste na determinação dos requisitos necessários para que aquele acordo de vontade manifesto seja considerado apto para produzir efeitos jurídicos para aquela relação jurídica específica.

Em resumo, no plano da existência, os elementos se configuram como vetores para que o jurista consiga averiguar se aquele acordo de vontades manifesto num contrato contém os elementos gerais que possibilitem sua análise por determinado ramo do Direito. Os requisitos derivados do plano da validade configuram como vetores para o jurista averiguar se aquele acordo de vontade cumpre as condições específicas da relação jurídica estipulada, condições estas derivadas do Direito específico em que aquele acordo de vontades foi inserido.

É no plano da vontade que surgem os defeitos dos negócios jurídicos – também conhecidos como vícios da vontade – como requisitos negativos de validade da manifestação da vontade. Em sede de limitação da autonomia da vontade, esses defeitos do negócio jurídico podem ser associados aos institutos derivados do princípio moral da boa-fé com ditame obrigatório de toda relação humana que deseja produzir efeitos juridicamente vinculantes.

Desta situação, o plano da validade do negócio jurídico, pode-se delimitar como aquele que consiste na estipulação jurídica dos requisitos que limitam a autonomia da vontade: o erro, o dolo, a coação, a lesão e a fraude contra credores.

O erro substancial ocorre quando a pessoa manifesta sua vontade negocial em razão determinada pessoa ou de determinada coisa, mas fazendo com outra pessoa ou coisa aparentes. É a representação falsa da realidade. Na causa do erro substancial está a aparência; por causa dela foi a pessoa induzida a erro. Dá-se erro quando o que declarante tinha por verdadeiro não o é de fato. Não importa para o erro a culpa, que de modo algum pode ser averiguada. O que importa é o desconhecimento do erro por parte do agente que o cometeu; o conhecimento do erro pela outra parte não afasta a anulabilidade.

É tão irremediável a situação que o erro estabelece, e tão importante despeito do que foi manifestado ou declarado, que se anula o negócio jurídico. A vontade houve foi viciada. As causas psicológicas do erro podem ter sido distração, insuficiente atenção, ignorância do alcance da categoria jurídica,

equivoco, mas o direito as considera relevantes para invalidação do negócio jurídico. (LÔBO, 2009, p.276).

A vontade, mesmo que diligente e consciente, quando se manifesta em um acordo sobre determinado objeto sobre o qual está incorrendo em erro ou ignorância quanto a um, ou mais, elementos essenciais do objeto do acordo, não pode ser considerada válida e nem expressão da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade baseia-se na plena consciência da vontade dos envolvidos sobre os direitos e deveres que se assume no acordo. Isto implica na constatação que no acontecimento de um equivoco decorrente de um erro ou desconhecimento justificável no consentimento que resultou na obrigação jurídica, não se equipara o conceito de liberdade de contrato. Trata-se da ideia essencial do erro substancial.

Nesta interpretação, a compreensão do erro substancial é estudado em suas duas manifestações contratuais: o erro mútuo e o erro unilateral – distinção pouco utilizada no direito romano-germânico, mas de relevância no direito anglo-saxônico.

Não faz muito tempo que consistia, numa previsão legal comum, eximir da obrigação determinados tipos de erros mútuos, enquanto esta opção não existia para os erros unilaterais, a menos que a outra parte envolvida sabia ou tivesse razões de saber do erro. Essa previsão não é mais totalmente precisa e se tem debatido fortemente que a distinção entre erro mútuo e erro unilateral deveria ser abandonada. Esse argumento pode ser aceito num longo prazo, mas para o presente, essa distinção encontra tão enraizada nos casos que não pode ser ignorada.

Erro mútuo pode tornar uma transação anulável. Quando ambas as partes compartilham uma suposição comum de um fato vital existente sobre o qual basearam sua barganha e essa premissa se verifica falsa, a transação poderá ser anulada se verificadas determinadas circunstâncias ¹¹⁶. (PERILLO, 2007/ p.361)

A importância desta distinção advém quando, em uma transação, acontece o erro relacionado a ambas as partes envolvidas no negócio jurídico de forma diferente sobre mesmo fator vital da negociação. Modalidade de erro que se exemplifica numa compra e venda entre A e B aconteceu, quando ambos acreditam que, dentro de uma grade de garrafas com água, exista na verdade vinho. Ambos estão incorrendo no erro acerca do conteúdo do

¹¹⁶ Tradução livre do original em inglês: “Not long ago it was a common statement of the law that while relief is available for certain kinds of mutual mistake, it is unavailable for unilateral mistake unless the other party knew or had reason to know of the mistake. This statement is no longer entirely accurate and it has been strongly argued that the distinction between mutual and unilateral mistake should be dropped. This argument may be accepted in the long run, but for the present, the distinction is so embedded in the cases that it cannot be ignored. Mutual mistake can render a transaction voidable. Where both parties share a common assumption about a vital existing fact on which they based their bargain and that assumption is false, the transaction may be avoided under certain circumstances”.

produto a ser vendido. Portanto o contrato, acerca deste negócio, é nulo por erro substancial de ambas as partes.

Ainda no que tange a esta doutrina acerca do erro, não se pode afirmar que exista erro substancial mútuo, no que se refere às previsões futuras equivocadas, isto porque a doutrina do erro é baseada na realidade existente, fatos presentes, enquanto que previsões futuras, com consequências jurídicas, são objetos (quando o são), não da doutrina do erro, mas das doutrinas referentes à inviabilidade ou das frustrações.

A doutrina do erro tem, como objeto de análise, os enganos acerca de fatos existentes. Se o erro é relacionado a eventos futuros, a opção de eximir-se da obrigação, se existente, somente o será por via das doutrinas da inviabilidade ou frustração¹¹⁷. (PERILLO, 2007, p.368)

Enquanto o erro unilateral seria o erro que resulta somente de uma das partes envolvidas na negociação, em regra, não figura como forma de eximir-se da obrigação – a menos que o erro atinja a substância do negócio.

No que tange ao erro unilateral, a doutrina anglo-saxônica acaba por resumir a doutrina do erro, como fator de nulidade do negócio jurídico, em duas condições: ocorrência de execução contratual opressiva e a não imposição de prejuízo substancial a outra parte envolvida no negócio.

É uma generalização comum que a nulidade não está disponível para erros unilaterais a menos que seja um erro substancial, isto é, um erro cuja existência é sabida pela outra parte, ou que tenha a mesma razão de saber. (A liberação obrigacional em tais casos é imediata). Mas, “as decisões que são inconsistentes com ela são tão numerosas e tão atraentes no contexto do senso de justiça que devem ser desconsideradas”. Desde que essas palavras foram escritas, um número crescente de casos tem permitido que a nulidade ocorra mesmo que somente uma das partes estivesse em erro. Atualmente, nulidade é geralmente permitida se duas condições ocorrerem em concorrência: 1) execução do contrato contra a parte em erro seria opressiva, ou, pelo menos resultaria numa inconsciente desproporcionalidade na troca de prestações; e 2) nulidade não importaria nenhum prejuízo substancial ao outro. A regra permitindo a nulidade por erro substancial portanto continua em efeito¹¹⁸. (PERILLO, 2007, p.368-369)

¹¹⁷ Tradução livre do original em inglês: “The doctrine of mistake concerns itself with mistaken understanding of existing facts. If the mistake relates to future events, relief is available, if at all, only under the doctrines of impracticability or frustration”.

¹¹⁸ Tradução livre do original em inglês: “The common generalization has been that avoidance is not available for unilateral mistake except for a palpable mistake, that is, a mistake the existence of which the other party knows or has reason to know. (Relief in such cases is readily available). But, “the decision that are inconsistent with it are too numerous and too appealing to the sense of justice to be disregarded”. Since those words were written, an increasing number of cases have permitted avoidance where only one party was mistaken. Today avoidance is generally allowed if two conditions concur: 1) enforcement of the contract against the mistaken party would be oppressive, or, at least, result in a unconscionably unequal exchange of values, and 2) avoidance

Esta distinção não encontra ressonância na doutrina romano-germânica, cuja doutrina de erro se baseia na verificação de que o erro tenha ocorrido sobre elementos essenciais da transação jurídica, não importando se somente uma, ou ambas, as partes tivessem incorrido em erro.

Neste sentido, utilizando a doutrina brasileira, o erro acontece nos negócios jurídicos quando: (1) deriva sobre a natureza dos negócios jurídicos; (2) quanto ao objeto principal do negócio; (3) de qualidade considerada essencial da coisa; (4) acerca da identidade ou qualidade essencial da pessoa com a qual se contrata; e (5) acerca do direito determinante do negócio ou erro de motivo (LÔBO, 2009, p.278-279).

Em todos os mencionados casos de Erro, não existe a manifestação da autonomia da vontade, uma vez que para o Direito a vontade somente será autônoma quando não incorre em erro.

O segundo vício de vontade consiste na figura do dolo, isto é, do agir de má-fé por uma das partes envolvidas no negócio jurídico – o consentimento existente é derivado de má-fé de uma das partes envolvidas em prejudicar ou tirar vantagem indevida do negócio.

Diferente do erro que se baseia no equívoco e no engano inconsciente, o dolo consiste na indução de equívoco e no agir de enganar a outra parte envolvida.

Considera-se dolo a malícia ou o artifício inspirado na má-fé para induzir a outra parte a realizar o negócio jurídico, em seu prejuízo (*animus dolandi*). É enganar consciente. Vem do latim *dolus*, com o significado de ardil, logro, artifício, esperteza, embuste. Sem intenção não há dolo. No direito brasileiro o dolo é causa de anulabilidade, enquanto em outros ordenamentos jurídicos leva à nulidade, em virtude da gravidade da intenção de prejudicar, do emprego da vontade para iludir. (LÔBO, 2009, p.280)

Apesar de simples conceituação, o Dolo como vício da vontade, é, no estudo, um dos mais difíceis de delimitar e, muitas vezes também, na prática jurídica, pois se traduz como consequência de um elemento externo do Direito: a intenção de agir com má-fé.

Como a má-fé foi abolida do Direito, no Direito brasileiro se estabeleceram três elementos que estruturam o Dolo no negócio jurídico: 1) o ato ou a omissão de uma das partes do negócio jurídico com evidente finalidade de prejudicar os demais envolvidos; (2) a

relação do Dolo com a manifestação da vontade das outras partes do negócio jurídico; e (3) a influência do agir doloso na essência do negócio jurídico e seus efeitos (LÔBO, 2009, p.280).

Verificado esses três elementos como prejudicial à parte enganada, o negócio jurídico é nulo e inválido por existência de dolo no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no Direto anglo-saxônico, os elementos componentes do dolo residem na concepção do agir para enganar (*Tortious fraud*), e envolve cinco elementos: (1) representação; (2) falsidade; (3) intencionalidade; (4) fraude; e (5) dano (PERILLO, 2007, p.337).

Há de se notar que cada conjunto de elementos formadores do Dolo são extremamente subjetivos e se desmembram, dentro do estudo jurídico, nos mais diversos problemas resultantes da análise casuística que o dolo requer – exemplo é que enquanto a deturpação dos fatos envolvendo o negócio jurídico pode gerar a nulidade por dolo, a declaração de uma opinião equivocada não gera nulidade por não ser considerada dolo.

Deturpações de fatos rendem o contrato nulo; declarações erradas de opinião, não. Existem algumas exceções a esta regra e a distinção entre fato e opinião é extremamente tênue. Declarações como “está quente hoje” contém tanto elementos fáticos – uma declaração acerca da temperatura e a consideração de temperatura por parte da pessoa que fala, uma caracterização que pode ser bem diferente de uma pessoa normal que veio a crescer nos trópicos¹¹⁹. (PERILLO, 2007, p.342)

A verificação da necessária subjetividade na compreensão do dolo em um negócio jurídico acaba por resultar numa concepção distinta de Dolo nos diferentes negócios existentes e nos diversos ramos do Direito privado, cuja centralidade doutrinária é somente a afirmação de que o Direito repele a má-fé nos contratos privados.

Em suma, no que tange à autonomia da vontade, o Dolo é a melhor expressão de que, em nenhum momento na história dos últimos dois séculos do Direito, existiu a proteção da vontade que se manifestava com índole de má-fé, bem como evidencia que a vontade expressa com má-fé não é protegida pelo Direito, e recai sempre na averiguação prática do caso a sua verificação.

¹¹⁹ Tradução livre do original em inglês: “Misrepresentations of fact render a contract voidable; erroneous statements of opinion do not. There are some exceptions to this rule, and the distinction between fact and opinion is extremely tenuous. Statements such as, “it is hot today” contain both a factual element – a statement about the temperature and the speaker’s characterization of the temperature – a characterizations that may well differ from that of the reasonable person who has been reared in the tropics”.

A coação, por sua vez, determina que a manifestação da vontade das partes necessariamente tem de ocorrer necessariamente sem a presença de ameaça ou constrangimento ao indivíduo, sejam ameaças físicas ou constrangimentos morais.

O instituto jurídico da coação é derivado da própria noção de autonomia da vontade, em seu sentido filosófico: somente é livre a vontade que se manifesta sem a interferência de outra vontade externa à mesma.

A coação é a ameaça à pessoa ou à família da outra parte capaz de incutir medo de dano pessoal ou material caso não realize o negócio jurídico pretendido pelo coator. É o receio do mal que leva o coagido ou coato, ilicitamente ameaçado, à manifestação ou declaração negocial. A manifestação de vontade negocial do coagido, apesar de viciada, é consciente. O coagido vê-se diante do dilema de não realizar o negócio e sofrer o provável dano ou realiza-lo para evitar este, com possibilidade de pleitear sua anulação. Há, portanto, consciência dos resultados, embora a submissão à ameaça fosse a única escolha normal. O coator pode ser a outra parte do negócio, um parente, ou terceiro interessado na realização do negócios jurídico. A anulação por coação depende de decisão judicial. (LÔBO, 2009, p.283)

No Direito, não configura autonomia da vontade quando a vontade está sendo constrangida para realizar aquele negócio jurídico. Baseia-se na proteção direta do Direito da integridade moral, física e intelectual do indivíduo enquanto próprio sujeito de Direito.

A coação está presente em atos que envolvem: 1) violência ou ameaça de; 2) aprisionamento ou ameaça de; 3) apreensão ou retenção ilícita de terras ou bens, bem como a ameaça de; e 4) outro atos definidos como ilícitos (PERILLO, 2007, p.318-319).

Este rol de atos que caracteriza a coação tem especial relevância na questão da limitação da autonomia da vontade porque em boa medida foi o instituto da coação que contribuiu para se estabelecer, no século XIX, o *dogma da vontade*. Século conhecido como século do liberalismo, do individualismo e da soberania da vontade, na mentalidade de muitos juristas contemporâneos.

Esta situação decorre da constatação de que o significado de coação, naquele século, era muito mais restrito do que o conceito de coação atualmente existente, pois, somente se considerava como “coação”: o aprisionamento, o temor de mutilação ou ameaça de morte, sendo os demais atos não enquadrados como coação, o que influenciava numa paradoxal compreensão de vontade livremente manifestada, especialmente, na Europa Insular do *common Law*:

Antigas doutrinas tinham comumente a premissa baseada na idéia de que um acordo feitos sob coação não possuía um consentimento “real” e produziam somente aparências. Porém, como já mencionado, quando os pais pagam ao sequestradores em ordem de salvar a vida de sua filha, eles poderiam estar expressando “o mais genuíno, profundo consentimento”. O consentimento era bem real; o defeito era que ele fora coagido de maneira que a sociedade o marca como errado e, portanto, não sendo considerado produto da livre manifestação de vontade¹²⁰

Tal qual o Dolo, a coação é um instituto profundamente influenciado mais pela análise de ordem prática do que pela ordem doutrinária ou de sistematização teórica. Perpassando a questão envolvendo o simples temor reverencial e vai até a própria noção de abuso de poder, como figurantes, ou não, da coação como vício da vontade.

Outro requisito de validade que figura como limitador da autonomia da vontade é o instituto da Lesão, por ser outra manifestação que preocupa o jurista, a partir da prevalência do princípio moral da boa-fé nos negócios jurídicos e das obrigações jurídicas volitivas baseando-se na equação entre a equidade da prestação estipulada e o estado das partes envolvidas na estipulação.

O instituto da lesão, tal como previsto na norma ora analisada [art.157 CCB/2002], se caracteriza porque o lesionado desatendeu a cláusula geral da boa fé, além do elemento objetivo (prestação desproporcional), a lei exige, para caracterizar a lesão especial, que o lesionado tenha se aproveitado da inexperiência do lesado ou que este tenha agido premido pela necessidade (elementos subjetivos). (NERY JR. & NERY, 2002, p.76)

Diferente da coação e do Dolo, consagrados longamente na legislação brasileira, a lesão é um instituto recente na ordem legislativa e consolidada no art. 157 do CC’2002. Parte da premissa de que um negócio jurídico tem necessariamente de estipular uma transação proporcional de direitos e deveres entre as partes envolvidas. Isto significa que o Direito não considera, como manifestação consciente, uma vontade que se obriga a uma prestação excessivamente onerosa, compreendendo-se a existência de uma situação ou circunstância de vulnerabilidade na pessoa no momento da negociação.

É o instituto da Lesão que propicia um campo de estudo que propicia o desenvolvimento dos conceitos de vulnerabilidade e onerosidade excessiva na doutrina jurídica – concepções de forte influência no Direito do consumidor. E ainda mais indeterminadas que a própria definição de autonomia da vontade.

¹²⁰ Tradução livre do original em inglês: “Older doctrine was often premised on the idea that an agreement made under duress slacks “real” consent and produces only apparent assent. However, as has been pointed out, the parents pay a kidnapper to save their daughter’s life, they may be expressing “the most genuine, heartfelt consent”. The consent is real enough; the vice of it is that it was coerced in a manner that society brands as wrongful and is there fore not deemed the product of free will”.

Acerca da Lesão existem dois pontos de relevância a serem abordados: (1) a teoria do “Não Razoável” existente no Direito anglo-saxão; (2) o §138 do BGB e a questão do estado de perigo.

“Não razoável” é uma palavra que desafia definições jurídicas. É um termo emprestado da filosofia moral e da ética. A definição mais próxima que se pode atingir é “aquilo que desafia o senso de decência”. A finalidade desta doutrina é prevenir dois males: “opressão e surpresa desleal”. Embora essa dupla finalidade tenha levado a distinção entre inconsciência “substantiva” (opressão) e “processual” (surpresa desleal), os casos não se inserem facilmente nestas duas divisões¹²¹. (PERILLO, 2007, p.388)

A teoria do “Não Razoável” (*Unconscionability*¹²²) baseia-se na premissa de que uma transação deve ter um mínimo de consciência, segundo a qual não pode um negócio jurídico conter uma carga de elementos tais que resultem na opressão de uma das vontades manifestadas e nem que possua cláusulas que possam gerar uma surpresa desleal futura para uma das partes envolvidas.

A teoria do “Não Razoável” se relaciona ao instituto da Lesão, justamente, para tentar estabelecer, no Direito, a premissa de que um negócio jurídico tem de ser a representação consciente da estipulação volitiva das partes. Sobre tudo para a validar a tese de que as cláusulas inseridas num contrato só podem ser aquelas cláusulas em que uma pessoa plenamente consciente concordaria com as mesmas— estando sujeitas a questionamento jurídico qualquer cláusula que requeresse um nível de “consciência” superior ao da média.

Tratar-se-ia de uma forma para o Direito reconhecer que as circunstâncias envolvendo o negócio jurídico devem ser levadas em consideração no momento em que este fosse questionado no Judiciário. Momento em que, presumivelmente, a opressão ou a surpresa desleal se manifestou, durante a execução do contrato, a parte prejudicada. Opressão e surpresa desleal que não necessariamente recaíssem na pura e simples superioridade econômica de uma das partes sobre a outra.

Poder superior de barganha não é per si um motivo relevante para inserir um contrato como sendo “não razoável”. É necessário que existam elementos adicionais, com por exemplo, a falta de opções significativas, como no caso

¹²¹ Tradução livre do original do inglês: “Unconscionable” is a word that defies lawyer-like definition. It is a term borrowed from moral philosophy and ethics. As close to a definition as we are likely to get is “that which ‘affronts the sense of decency’”. The purpose of the doctrine is to prevent two evils: “oppression and unfair surprise”. Although this twofold purpose has led to a distinction between “substantive”(oppression) and “procedural”(unfair surprise) unconscionability, the cases do not neatly fall into these two divisions”.

¹²² A tradução do termo *Unconscionability* é delicada, ora pende para inconsciência, ora para não razoabilidade. Para evitar eventuais complicações, optou-se em utilizar como tradução de “não razoável” para definir este termo polissêmico.

de formas contratuais da grande indústria, que são pesadamente unilaterais, e cuja oferta é baseada no pegue ou largue, ou uma situação cuja liberdade contratual é explorada por uma parte mais poderosa que tem o controle das negociações devido a fraqueza da outra parte a sua ignorância, fraqueza ou ingenuidade sobre taxa de juros ou conceitos comerciais similares, ou em sua generalidade. A Inconsciência, porém, pode existir mesmo onde as partes estão “quase no mesmo nível” ou mesmo quando o opressor é tão inexperiente em quanto ao oprimido¹²³. (PERILLO, 2007, p.390)

Ou seja, uma das bases da Lesão consiste em estabelecer um mínimo necessário de proporcionalidade geral entre as partes envolvidas no negócio jurídico – um dos pontos sobre quais se estabelecem as correntes da vulnerabilidade e do sistema de cláusulas gerais.

Outro assunto relacionado, de modo indireto à Lesão, é a previsão do §138 do BGB e a concepção de Estado de perigo – considerado indiretamente vinculado ao instituto da Lesão.

É bem possível que o BGB consista hoje numa das codificações civis mais antigas ainda vigentes nos sistemas jurídicos contemporâneos. No seu §138, aponta a previsão dos chamados negócios jurídicos que infringem os bons costumes, ou, mais precisamente, na questão da Usura.

138 Negócios jurídicos que ferem os bons costumes; Usura. (1) Um negócio jurídico que contrariar os bons costumes, é nulo.

(2) Nulo também é o negócio jurídico, em que alguém assume em nome próprio ou para terceiros no intuito de obter a promessa ou concessão de uma prestação financeira evidentemente desproporcional, por via da exploração de uma situação de apuro, da inexperiência, da falta de capacidade de julgamento ou excessiva fraqueza da força de vontade do outro¹²⁴. (PALLANDT, 2009, p.129)

Este dispositivo, apesar de inserido no BGB, possui aplicação à todo o Direito privado alemão (PALLANDT, 2009, p.130). Aparece como um dos dispositivos legislativos nascedouros da concepção da Lesão como requisito de validade dos negócios jurídicos e passa

¹²³ Tradução livre do original em inglês: “Superior bargaining power is not in itself a ground for striking down a resultant contract as unconscionable. There must be additional elements, as for example, a lack of meaningful choice as in the case of an industry-wide form contract heavily weighted in favor of one party and offered on a take it or leave it basis, or a situation where freedom of contract is exploited by a stronger party who has control of the negotiations due to the weaker party’s ignorance, feebleness, unsophistication as to interest rates or similar business concepts, or general naiveté. Unconscionability, however, may exist even where the parties are on “about equal footing” or even where the oppressor is inexperienced compared to the oppressed”.

¹²⁴ Tradução livre do original em alemão: „**138. Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher.** (1) ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen“.

a influenciar, em alguns países, a elaboração doutrinária do Estado de perigo – uma espécie de Lesão.

A diferença entre a Lesão e o Estado de perigo – conforme a doutrina dominante – é a seguinte: o estado de perigo se verifica quando a equidade do negócio jurídico é rompida pela circunstância de uma das partes estar envolvida numa situação de necessidade derivada de eminente perigo de dano contra a sua pessoa ou a de sua família; enquanto que a Lesão se constata no momento em que ocorre o rompimento da proporcionalidade das prestações no negócio jurídico.

Em resumo, o Estado de perigo surgiu como uma tentativa de objetivar a concepção de Lesão e, mais importante, coibir uma prática comum nos países em desenvolvimento, ou seja, quando de uma das partes procura extorquir a outra parte situada numa situação de perigo – ex. a notória prática, por entidades particulares de atendimento médico (hospitais particulares), em cobrar uma caução arbitrariamente estipulada como requisito de internação de um paciente com risco de morte.

O Estado de perigo pode, neste sentido, ser considerado um instituto jurídico que procura coibir este tipo de costume imoral que comumente surge em países com graves distorções sociais, pois o costume, apesar de imoral não é necessariamente ilegal.

A rigor, o Estado de perigo é uma espécie de Lesão. Portanto, não se opta em colocá-lo como um requisito específico de limitação da autonomia da vontade, por se encontrar situado dentro do próprio instituto da Lesão. Ao se adotar uma análise conjunta, entre a teoria do “não razoável” e o instituto da Lesão, tem-se por conclusão que o estado de perigo nada mais é do que uma daquelas situações quando a parte explorada está agindo de forma inconsciente e, a outra parte, forma opressora.

Neste sentido, a Lesão limita a autonomia da vontade, para ter o objeto de sua estipulação necessariamente vinculada à ideia de proporcionalidade e razoabilidade das prestações. A qual, por sua vez, a sujeita aos critérios de equidade dominantes em determinada ordem social-jurídica.

Último dos vícios da manifestação da vontade negocial, no atual Direito Civil brasileiro, conducentes à anulação do negócio jurídico, a fraude contra credores é a combinação das partes do negócio jurídico com o propósito de prejudicar terceiro. Difere das demais espécies, pois a prejudicada não é a outra parte, mas pessoa estranha à relação negocial; assim, na fraude contra credores não há infração direta a dever negocial, mas sim contrariedade

indireta a direitos dos credores de uma das partes do negócio jurídico. Credor e devedor, agindo de má-fé, utilizam-se da aparência de determinado negócio jurídico, que esconde a real intenção, ou seja impedir que o terceiro, credor de um deles, possa ter satisfeito ou garantido, patrimonialmente, o seu crédito. (LÔBO, 2009, p.291).

Ao fim dos limites à vontade oriundos do plano da validade, está fraude contra credores. Instituto que vincula a vontade das partes ao necessário respeito do direito de terceiros.

Mantendo-se a premissa geral existente nos vícios de vontade, a fraude contra credores é mais um instituto que visa o banimento da má-fé nos negócios jurídicos. O Direito procura evitar atribuir validade àqueles negócios em que um dos objetivos é o de prejudicar direito de terceiros – não diretamente, ou necessariamente, envolvidos no negócio jurídico.

Este instituto determina que, para a vontade ser considerada como autônoma, além de existir respeito entre as partes envolvidas, também existe a necessidade de respeitar o interesse de terceiros eventualmente influenciados pelo negócio em curso. A manifestação da vontade tem de ser expressa em consonância à boa-fé e respeitar direitos de terceiros.

Não é temerário afirmar que este conjunto de requisitos de validade, como limites da autonomia da vontade, tem a forte tendência de forçar a promoção da boa-fé como parte integrante da autonomia da vontade das partes, constatando-se que a má-fé não é válida para os negócios jurídicos e nem para a concepção de autonomia da vontade.

3.2.3.3 Os fatores de eficácia como limites à autonomia da vontade

3.2.3.3.1 Prescrição e fraude a lei

Para o Direito, não basta que um negócio jurídico exista e seja válido para atingir a produção de efeitos almejados pela manifestação da vontade das partes nele existente. Existe ainda a necessidade de o negócio jurídico não se enquadrar naqueles fatores estipulados pela ordem jurídica e que impeçam a produção de efeitos jurídicos.

Em termos de autonomia da vontade, ela só se verifica quando além de existir, ser válida e também não infringir um dos fatores que a ordem jurídica estabelece como negatório de seus efeitos.

Diferente dos limitadores da ordem de existência e validade, os quais tem características gerais e com objetivo de estabelecer não só premissas jurídicas como também morais na utilização da autonomia da vontade, os fatores limitadores derivados do plano da eficácia são produtos diretos da concepção de soberania do interesse público diante dos interesses privados.

Diante desta constatação, os fatores limitadores à eficácia, à princípio, podem ser organizados em três de aplicação geral e sem especificidades relevantes nas diferentes disciplinas do Direito privado (seja Direito do Trabalho, Direito Comercial, Direito Civil, nacional ou internacional): a prescrição, a fraude à lei e a ordem pública.

Para facilitar a compreensão destes fatores, opta-se em dividir em dois tópicos a análise dos mesmos. O primeiro sobre a prescrição e a fraude à lei; o outro, em separado, para o complicado instituto da ordem pública.

Nada obsta a que, a despeito da incidência da regra jurídica do art. 189 do Código Civil, exerça o titular da pretensão condenatória pretensão declarativa. Está-se no plano c) eficácia, porque se alude não somente à existência de determinado fato jurídico *lato sensu*, no caso versado hipoteticamente um ato ilícito absoluto, nem tem qualquer *ratio essendi* a alusão de validade ou invalidade; vai-se adiante, cogita-se da violação a dever jurídico preexistente, de infringência com isso a direitos subjetivo, com irradiação de pretensão e ação de direito material.

São esses efeitos da eficácia da incidência da regra jurídica que consubstanciam a eficácia jurídica, portanto matéria afeta ao c) terceiro plano do mundo jurídico.

Nesse plano da eficácia jurídica é que se colocam os prazos de prescrição e de preclusão, compossíveis também eles de ser objeto de ação declarativa, embora não seja correto afirmar-se que, ocorrida a prescrição, se possa pedir a declaração da inexistência da relação jurídica no suposto de sua extinção pelo transcurso do lapso temporal. (ALVES, 2004, p.210).

O instituto jurídico da prescrição pode ser considerado como a manifestação do fator tempo como determinante das pretensões derivadas de um negócio jurídico. Pretensões das mais diversas que, tem em comum, a finalidade de determinar os efeitos do negócio jurídico – já existente e já considerado válido.

A concepção remonta a ótica do Direito como avalista dos negócios jurídicos, no sentido de que o Direito é o grande garantidor da produção de efeitos jurídicos dos negócios que preenchem as condições de existência, validade e eficácia.

Há de se notar que existe uma forte conotação desta ótica com a ótica do Direito de ação. Isto é, a pretensão de se buscar o Direito na sua acepção de Judiciário para determinar a interpretação do negócio jurídico e garantir sua execução. Conotação que permite definir a prescrição como o limite temporal determinado pela ordem jurídica vigente para as partes envolvidas em um negócio jurídico recorrerem ao Judiciário para o reconhecimento daquele acordo de vontades como negócio jurídico e garantirem que a prestação assumida voluntariamente venha a produzir seus efeitos jurídicos.

Estas pretensões podem ser positivas, quando visam impedir o inadimplemento ou a não execução da obrigação estabelecida. Como podem, também, ser negativas, quando se procura se eximir da obrigação ou impedir que a obrigação estipulada se cumpra.

Tal conceituação é mais uma dentre as inúmeras existentes sobre a prescrição e, portanto, não abrange, com perfeição, todas as suas facetas – tarefa que, sem surpresa, consiste num ponto de profundas controvérsias na Ciência Jurídica contemporânea.

De um modo geral, afere-se profunda divergência entre os doutrinadores no que diz respeito à prescrição, seja no direito nacional, quer no direito extranacional.

Não raro, procede-se a confusão entre o conceito de preclusão de direito, de pretensão e de ação, e prescrição de pretensão e de ação, ou só de ação.

Ademais, ainda quando feito o discríme, não foi incomum a atribuição de natureza dúplici à prescrição, material-processual, com desatendimento a que se trata de instituto do direito material, conforme a própria técnica legislativa processual assentou. (ALVES, 2004, p.30)

Por sorte, ao se adotar a prescrição como fator de limitação da autonomia da vontade, deixa de ser relevante a problemática conceitual. É que se constata que a prescrição em si não limita diretamente a autonomia da vontade no negócio jurídico, ela somente limita o espaço temporal daquela autonomia da vontade manifesta em recorrer ao Direito para ver as satisfeitas suas pretensões.

Equivale a afirmar que a prescrição é fator que impede que os efeitos advindos do exercício da autonomia da vontade tenham efeitos e vinculação jurídica para toda a eternidade (*ad eternum*), estabelecendo que a intervenção judicial, garantidora dos efeitos e da vinculação jurídica, tem um limite temporal para ser requerida pelas partes envolvidas.

Ora, a prescrição nunca foi nem é causa de aquisição de direito, pretensão e ação por exercício de seu conteúdo, dita “prescrição aquisitiva”, como nunca foi nem é causa de perda de direito, pretensão e ação por não-exercício de conteúdo, dita “prescrição extintiva”, em que pese a menções a isso, também na jurisprudência.

Em verdade, a *praescriptio* sempre foi *exceptio*.

Transcurso do prazo fixado, na regra jurídica para o exercício de pretensão de direito material, apaga-se ou pode-se apagar sua possibilidade o dever. A pretensão, que é exigibilidade, torna-se ou pode tornar-se inexigível, sem se extinguir.

Também a ação de direito material, em que se veicula tal pretensão, prescreve, mas não se extingue.

Bem por isso, a prescrição é exceção de direito material. Uma vez que o exercício extrajudicial ou judicial da pretensão e da ação se submete a prazo, limita-se por ele, de tal modo que, extinto o prazo, fica encoberta ou encobível a eficácia da pretensão.

Essa eficácia da pretensão e a exigibilidade do conteúdo do direito de que ela se irradia. Ocorrida a prescrição, apaga-se ou pode apagar-se a possibilidade dessa exigência e nasce na segunda hipótese a *exceção de prescrição*, alegável pela pessoa a quem favorece, de regra, o legitimado passivo. (ALVES, 2004, p.72).

A prescrição é um instituto puramente de Direito material e de limites nacionais. As suas regras são estipuladas nacionalmente e variam conforme o ramo do Direito que se estuda. No Direito privado, as regras de prescrição são estabelecidas de forma complementar pelo Direito Civil, no caso de omissão na legislação trabalhistas ou comercial.

Diferente é o outro fator de limitação da autonomia da vontade advinda do instituto da fraude à lei, que em nada tem a ver com o Direito nacional, sendo um instituto próprio do DIPr.

Dá-se fraude à lei no D.I.P. quando o agente, artificialmente, altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. Por exemplo: se em matéria de estatuto pessoal um indivíduo promover por ato intencional e programado a mudança de sua nacionalidade ou do seu domicílio, com o propósito de colocar-se sob a incidência de uma lei diversa da que lhe seria originariamente aplicável, visando fugir a uma proibição desta, terá agido com fraude à lei.

É princípio moral que os fins lícitos não justificam os meios ilícitos. Na fraude à Lei no D.I.P. condena-se a lícita alteração de *status*, v.g. da nacionalidade ou do domicílio, se realizada para alcançar um fim ilícito, i.e., a fuga da lei normalmente aplicável. (DOLINGER, 2003, p.429).

A rigor, o instituto da fraude à lei não se adequa aos negócios jurídicos, justamente pela predominância naqueles da autonomia da vontade das partes. Esta não exerce influência nos demais elementos de conexão derivados de outros fatores que não sejam a própria vontade. Isto é, a vontade das partes não é capaz de alterar o conceito de nacionalidade, nem de domicílio e muito menos de território.

A mesma motivação que não faz figurar, como limite à autonomia da vontade o o instituto da fraude ao processo, pois é claro que a vontade manifestada no negócio jurídico não é a mesma que baseia a fraude ao processo. Uma é a vontade vinculada ao negócio (puramente de interesse particular), outra, é a manifestada no processo (onde a ofensa é contra interesse público expresso no processo judicial). E difícil, também, a crença da capacidade

das partes fraudarem a lei com base na manifestação da vontade contida num negócio jurídico que para sua regulamentação, necessariamente, tem de se submeter a própria lei.

O motivo para se colocar a fraude à lei como fator de eficácia que limita a autonomia da vontade é o fenômeno do *fórum shopping*, que compreende a evasão das partes na aplicação da lei aos negócios jurídicos, por via da escolha de um Direito (lei / judiciário) e pelo motivo de acreditar ser capaz de obter maiores vantagens naquele Direito escolhido, para uma eventual disputa judicial emergente do negócio – em boa parte, correspondente a figura da *surpresa desleal* base da teoria do “não razoável”.

A expressão “*fórum shopping*” significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão.

É uma questão que tem sido muito debatida nos tribunais americanos e merecido a atenção dos estudiosos do direito processual internacional.

O “*fórum shopping*” tem relevância no estudo da fraude à lei, pois às vezes as partes se evadem a aplicação de sua lei sem mudar de nacionalidade, sem trocar seu domicílio, mas simplesmente recorrendo ao Judiciário de outro país, que admite sua competência jurisdicional para todos os que a ele recorrem, como antigamente, no caso dos divórcios em Fiume e em Klausenburg, para onde acorriam os europeus cuja legislação pessoal vedava o divórcio. (...) São os chamados “juízos facilitários”. (DOLINGER, 2003, p.432-433).

A fraude à lei vai se tornar um limite à autonomia da vontade, no momento em que esta figurar como elemento de conexão e estipular uma condição do negócio jurídico cuja intenção é a de escolher um Direito ou Foro, onde se constata um evidente favorecimento de uma das partes perante as outras envolvidas no negócio – ex.: uma compra e venda de coisa móvel, com contrato formado e de obrigação a ser executada no país A, mas que, por força de estipulação contratual, determina a aplicação do Direito do país B, o qual possui uma legislação demasiadamente vantajosa para o comprador e da qual o vendedor não tem consciência de existir.

Dois pontos importantes se relacionam a fraude à lei como limite à autonomia da vontade: (1) a busca por jurisdição que dê abrigo jurídico à má-fé de um dos envolvidos no negócio jurídico; (2) a questão da denegação de leis imperativas.

No primeiro ponto, a fraude à lei é limite à autonomia da vontade. Neste caso o Direito que se pretende aplicar a determinado negócio jurídico vai estabelecer evidente prejuízo a uma das partes, e ainda, a interesse de terceiro – ou seja, a fraude à lei abrange a fraude aos credores.

Isto acontece quando um negócio jurídico é realizado com intenção de fraudar credores e quando ocorre a escolha ou a determinação de elementos de conexão que façam aquele negócio jurídico ser abrangido por uma jurisdição. Isto acaba convalidando a fraude aos credores (ex.: um devedor muda de domicílio e realiza uma venda de bem móvel neste novo domicílio, com intenção clara de fraudar seus credores. Esta mudança de domicílio e a adoção eventual do elemento domicílio como conexão para aquela relação jurídica incorre em fraude à lei, pois procura auxiliar o devedor a fraudar seus credores).

O outro ponto, de crescente abordagem nas relações contratuais virtuais, é a questão de se incorrer fraude à lei quando as partes deliberadamente adotam cláusula, em seu negócio jurídico, que denega aplicação de determinada legislação – situação muito comum em algumas EULA. Esta problemática tem uma difícil delimitação pois, se a denegação da aplicação de determinada lei àquele negócio jurídico, incorrer somente num desfavorecimento a outra parte envolvida ou até mesmo terceiros (credores), é determinante que se trata de fraude à lei, num processo que pode ser denominado de *Law shopping*.

Porém, se a denegação da aplicação de determinada lei ao negócio jurídico gerar prejuízos na esfera do Direito público (ex.: evasão de divisas ou sonegação fiscal), tende-se a determinar que houve ofensa à soberania do Estado que, inicialmente, teria jurisdição sobre relação jurídica. Aqui o negócio jurídico não fraudava à lei, mas, sim, a ordem pública.

A rigor, não há uma abordagem doutrinária para tal situação sem se recorrer à problemática divisão entre normas imperativas e supletivas – divisão que não diminui o problema, ao contrário o aumenta, pois insere no debate as *leis de aplicação imediata*.

Em suma, a fraude à lei tem um papel menor na limitação da autonomia da vontade, pois é um recurso jurídico para aplicação da lei ao negócio jurídico. Ela aparece para limitar determinados aspectos do próprio negócio jurídico como instituto jurídico, já que é comum que a sua aplicação é reduzida à determinadas cláusulas referentes à escolha de jurisdição, não na estipulação total realizada no negócio jurídico.

Outro fator que diminui a fraude à lei, na limitação da autonomia da vontade, é o complicado instituto da Ordem pública, cuja complexidade e importância são assuntos do próximo tópico.

3.2.3.3.2 *Ordem pública: a hidra de Lerna*

O princípio da ordem pública é conceitual, filosófico, moral, indefinível, elástico, relativo, alterável, volúvel, sempre na dependência do conceito, da opinião, do sentimento, da sensibilidade média de um grupo social em determinada época que vai encontrar sua expressão clássica na sentença judicial. (DOLINGER, 1979, p.10-11).

Reza uma antiga lenda Greco-romana que, nas eras mitológicas, existia uma besta com um poder tal de regeneração que a permitia regenerar duas cabeças para cada cabeça que perdesse. Ficou conhecida como a Hidra de Lerna. Bem que na Ciência Jurídica, este ser poderia denominar-se de ordem pública.

A expressão ordem pública é, tal qual a besta mitológica, um assunto de aparente simples entendimento e, até mesmo, de conceituação. Porém, conforme se aprofunda a sua análise, defronta-se com uma verdade miríade de conceitos, ramificações e estruturas que a tornam equivalente às várias cabeças da Hidra de Lerna.

Com o objetivo de compreender a ordem pública na Ciência Jurídica e sua relação com a autonomia da vontade, é necessário, inicialmente, partir de uma conceituação e na delimitação de seu campo de atuação, no que tange à autonomia da vontade. E nisto, a ordem pública apresenta-se dividida em dois grandes gêneros: um, referente ao direito nacional; outro referente ao direito internacional.

Como a ordem pública de cada país é expressão de certos valores morais e políticos, há um interesse fundamental em preservá-la. Internacionalmente, a preservação se dá através das sanções aplicadas pelos órgãos competentes. Preserva-se também a ordem jurídica com a afirmação dos seus princípios fundamentais, de estrutura moral essencial, diante do direito estrangeiro a ser aplicado, ou do direito estrangeiro que deveria produzir efeitos.

A contradição, que se explica pela diversidade de sistemas jurídicos, cada qual com suas particularidades, tem merecido construções doutrinárias e legais que se traduzem na expressão – ordem pública.

A expressão é dúbia, porque no vocabulário jurídico, tem ela várias significações. Chamam-se, por exemplo, leis de ordem pública aquelas que são marcadas por um interesse público relevante, não permitindo que a vontade individual interfira nelas, ou que haja a possibilidade aos indivíduos de subtraírem ao seu império. (TENÓRIO, 1976, p.316)

No Direito nacional, confunde-se a ordem pública com o interesse público, e se busca associa-lo diretamente a uma das manifestações jurídicas da soberania, em sua vertente nacional.

Neste âmbito, ordem pública tem sua significação variável conforme o ramo do Direito que se analisa. As disciplinas do ramo de Direito público tende a associar a concepção

de ordem pública às normas que visam assegurar a paz social e segurança da coletividade. Com isso assume-se uma feição sinônima de ordem social (ex.: ordem pública é fundamento para decretação da prisão preventiva dos acusados – art.312 CPP brasileiro¹²⁵). Ele também se refere à prática processual ao conhecimento necessário do magistrado, sobretudo, aquelas matérias de aplicação *ex officio* no processo civil (ex. art.301 do CPC brasileiro).

Neste contexto, a ordem pública assume um significado que ora torna sinônimo de interesse público, de ordem social, ou de segurança social, entre outras vertentes. Algumas muito próprias do Direito público nacional e da realidade social dominante. Este segmento não tem relevância para este estudo e não será analisado no que tange ao significa de ordem pública como limite à autonomia da vontade.

O conceito e o campo de atuação da ordem pública que interessam ao presente estudo é o existente no Direito privado, cuja divisão volta-se para a concepção entre ordem pública nacional e ordem pública internacional.

Ocupa-se a Doutrina de uma distinção que existiria entre ordem pública interna (ou nacional) e ordem pública externa (ou internacional) ou, como proferem alguns, ordem pública absoluta e ordem pública relativa. (DOLINGER, 1979, p.26)

A ordem pública nacional, ou mais precisamente, a ordem pública de Direito privado nacional, não encontra uma delimitação conceitual muito diferente da idéia geral de ordem pública. Possui, no entanto, como denominador comum, tratar-se como premissa, de uma limitação geral à autonomia da vontade – seja na manifestação da vontade no direito contratual ou nos demais ramos do Direito privado (casamento, sucessões, coisas etc.).

A ordem pública nacional vai determinar diretamente a atuação do Estado nacional sobre a esfera das relações jurídicas particulares, ensejando um fenômeno cuja melhor definição é o termo alemão *Eingriffsrecht* (Direito de intervir) da autoridade estatal nos negócios particulares, no momento em que exista uma motivação relevante, mas no que não seja necessariamente jurídica (pode ser política, social ou econômica).

Das normas de proteção dos vulneráveis, com prescrevem os arts. 29 I; 30 I do EGBGB, diferenciam-se do *Eingriffsrecht* principalmente pelo modo como interesses são perseguidos: *Eingriffsrecht* não serve para o equilíbrio dos interesses individuais das partes participantes da relação jurídica. *Eingriffsrecht* serve, muito mais, para a imposição de interesses estatais supraindividuais, em especial, de natureza estatal, econômica ou sócio-

¹²⁵ Neste sentido a ordem pública figura como “a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito” (NUCCI, 2007,p.590).

política. Atua de forma exógena e acobertando a relação jurídica afetada. Não serve como balança para o sinalagma e, portanto, não possui conotação neutra. Ele está preocupado com o bem público, prevendo a criação ou a proteção de mercados quando não suficientemente incentivados, de modo a proporcionar um controle qual, mesmo com a falta de autointeresse das partes, estas obedeçam os interesses gerais. *Eingriffsnormen* se impõem pelo equilíbrio dos mais elevados interesses da sociedade. As *Eingriffsnormen* manifestam, portanto, o interesse do Estado¹²⁶. (v.BAR & MANKOWSKI, 2003, p.262-263)

Neste contexto, a ordem pública surge como objeto principal da atuação do Estado, no seu papel de limitar a autonomia da vontade, não sendo necessariamente parte integrante de um sistema abstrato de delimitação teórica, mas um instituto de ordem prática que consiste apenas em orientar a autoridade judicial estatal, quando tiver que lidar, no dia a dia, com a autonomia da vontade.

Este ramo da Ordem pública não se sujeita, propriamente, a uma sistematização teórica em torno da limitação da autonomia da vontade por isso afasta-se de uma análise mais profunda sobre a mesma e limita-se analisar a concepção de ordem pública que se sujeitou a tal sistematização teórica: a ordem pública internacional.

Importante salientar que diferentemente do que alguns acreditam, a ordem pública internacional não tem relação com a um instituto de promoção da paz e da segurança da ordem mundial. A Ordem pública internacional deve ser entendida como excludente do aplicação de Direito estrangeiro – um limitador direto da autonomia da vontade, na sua feição de elemento de conexão.

O princípio da ordem pública deve ser considerado como um anteparo armado pelo DIPr contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desejo de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, e construir a harmonia jurídica internacional, a segurança nas relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos essenciais de um Estado sejam prejudicados. (DOLINGER, 1979, p.50)

¹²⁶ Tradução livre do original em alemão: „Von den Normen zum Schutz des Schwächeren, wie Artt. 29 I; 30 I EGBGB sie durchsetzen, unterscheidet sich das Eingriffsrecht grundlegend durch die Art der verfolgten Interessen: Eingriffsrechtdient nicht dem Ausgleich zwischen den individuellen Interessen der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Privaten. Eingriffsrecht dient vielmehr der Durchsetzung überindividueller staatlicher Interessen insbesondere staats-, wirtschafts- oder sozialpolitischer Natur. Es wirkt exogen und überwölbt auf das betroffene Rechtsverhältnis ein. Es dient nicht dem inenieren Ausbaancieren des Synallagmas und ist eben nicht ordnungsneutral. Ihm geht es um öffentliche Güter, für deren Herstellung oder Schutz der Markt keine hinreichenden Anreize bietet, und um eine Steuerung dahingehend, daß trotz fehlenden Eigennutzes die Parteien das Allgemeininteresse beachten. Eingriffsnormen setzen in der Abwägung höherstehende Gemeinschaftswerte durch. In Eingriffsnormen manifestiert sich daher das Staatsinteresse“.

Torna-se evidente que a ordem pública internacional consiste numa manifestação da soberania estatal, enquanto fundamento de controle para a autonomia da vontade como elemento de conexão, não permitindo que a autonomia da vontade se evada de sua esfera de influência ou que possibilite a introdução de elementos nocivos à estrutura da mesma.

Esta conceituação determina que a ordem pública varie conforme o Estado nacional que esteja em questão. A título de exemplo, no Brasil, a fórmula da ordem pública internacional reside na tríade soberania nacional, ordem pública (conceito geral) e bons costumes derivada da redação do artigo 17 da LINDB, já no ordenamento alemão a fórmula da *ordre public* se resume na formulação de que um direito estrangeiro não deve ser aplicado quando resultar em ofensa evidente contra os princípios do Direito alemão, em especial, se não forem compatíveis com os Direitos fundamentais consagrados pelo seu ordenamento – art. 6 EGBGB.

A função do instituto da ordem pública, porém, mantém-se uniforme: exclui a incidência do direito estrangeiro e torna sem efeito a cláusula de estipulação de lei aplicável, ao substituir o Direito estrangeiro pelo Direito do foro, a *lex fori*.

A título de curiosidade, tem-se ainda a questão da divisão da ordem pública internacional em positiva e negativa. Não se trata de duas ordens públicas diferentes, mas das duas funções distintas que o instituto exerce como excludente de Direito estrangeiro.

Nenhuma ordem jurídica se entrega a um direito estrangeiro sem a possibilidade de controle. Existe sempre um área **inatingível da própria ordem jurídica**, a qual nenhuma ordem jurídica está disposta a entregar; esta área se denomina de “*ordem pública*” (em inglês: “*public policy*”). O Direito estrangeiro que a contrarie, não será aplicado. O próprio Direito, o qual pertence a essa área central, vai ser imposto sobre o Direito estrangeiro aplicável.

Com isto, descreve-se as *duas funções*, que a ordem pública exerce, denominando-a de *positiva* ou *negativa* e englobam o sentido de funções como “**positiva**” ou “**ordem pública negativa**”. Ambas são, atual e costumeiramente, diferenciadas¹²⁷. (KEGEL&SCHURIG, 2004, p.516)

¹²⁷ Tradução livre do original em alemão: „Keine Rechtsordnung liefert sich indessen einem fremden Recht ohne jede Kontrollmöglichkeit aus. Es gibt immer eine **unantastbaren Bereich der eigenen Rechtsordnung**, den preiszugeben keine Rechtsordnung bereit ist; ihm bezeichnet man mit dem Begriff „*ordre public*“ (englisch: „*public policy*“). Fremdes recht, das dem widerspricht, wird nicht angewandt; eigenes recht, das zu diesem Kernbereich gehört, wird gegenüber anwendbarem fremdem Recht durchgesetzt. Damit sind die *beiden Funktionen* umschrieben, die dem *ordre public* anhaften, man bezeichnet sie als *positiv* und *negativ* und faßt den Begriff mit den Funktionen als „**positiven**“ oder „**negativen order public**“ zusammen. Beide werden heute gewöhnlich strikt voneinander getrennt“.

Esta divisão funcional conceitua a ordem pública positiva como sendo aquela derivada de normas jurídicas colisionais decorrente de regulamentações específicas, no âmbito do Direito material – por exemplo o art. 34 do EGBGB e as prescrições obrigatórias em sede contratual das normas de direito material alemão. Estas, mesmo com a aplicação do Direito estrangeiro, permanecem aplicáveis à matéria do contrato – tratando-se da manifestação do *Eingriffsrecht*, no campo dos elementos de conexão (KEGEL&SCHURIG, 2004, p.517-518).

Já, no aspecto negativo, a ordem pública funcionaria como uma cláusula de reserva, cuja previsão é a não aplicação das normas de direito estrangeiro que se verifiquem incompatíveis com a ordem jurídica social nacional, retirando a eficácia de qualquer estipulação que se enquadre em tal situação, incluindo aí eventuais elementos de conexão como a autonomia da vontade.

Neste aspecto negativo, a ordem pública impede a aplicação não só da norma estrangeira, mas, também, da própria ordem pública internacional existente no Direito estrangeiro. Estabelece ainda e indiretamente, a regra de que no surgimento de lacunas na interpretação jurídica da relação negocial, adote-se as premissas existentes no Direito nacional do foro onde se realiza tal interpretação (KEGEL&SCHURIG, 2004, p.518-519).

Em suma, a ordem pública configura uma cláusula geral de reserva no Direito privado, de forma indeterminada e abrangente no campo do Direito nacional, já no Direito internacional, aparece como uma excludente da aplicação da autonomia da vontade, quando utilizada para escolher o Direito a ser aplicado em determinados contratos, quando está escolhida se manifestar contrária a um fundamento jurídico, social, político ou econômico existente em determinada sociedade.

As expressões “ordem pública internacional”, “ordem pública mundial” ou “verdadeiramente internacional” têm em vista que o juiz deve levar em consideração não só os princípios básicos da ordem jurídica interna, mas também aqueles de direito internacional consubstanciados em tratados internacionais, no direito costumeiro internacional, em princípios gerais de direito e em outras fontes supranacionais que vinculam juridicamente um Estado. É mister que o juiz tenha uma visão ampla da ordem pública ao julgar uma causa de direito privado com conexão internacional. Isso, porém, não altera o fato de que a ordem pública constitui uma norma geral de DIPr da *lex fori*. Assim sendo, o conceito de ordem pública é relativo. Aquilo que fere os princípios básicos da ordem jurídica de um Estado pode ser juridicamente válido em um outro. (RECHSTEINER, 2005, p.167)

É a Hidra de Lerna do Direito moderno.

3.2.3.3.2 Mas e os demais fatores jurídicos de limitação da autonomia da vontade?

Quando se opta por restringir o estudo acerca da questão da limitação da autonomia da vontade à esfera doutrinária, por via da associação dos planos que envolvem o negócio jurídico, é necessário prestar um esclarecimento acerca dos demais institutos que, por ventura, possam existir nesta questão.

A adoção dos três planos do negócio jurídico, tendo como a base doutrinária a limitação da autonomia da vontade é, de certo modo, arbitrária, dado que não existe, na doutrina contemporânea, uma abordagem direta sobre o problema da autonomia da vontade e seus limites tanto no Direito privado interno como no plano internacional – a própria sistematização da autonomia da vontade na doutrina jurídica demonstra-se hoje por demais abstrata, indeterminada e fragmentada.

Isto não significa que esta adoção não tenha fundamento, pelo contrário, todos os mecanismos de limitação aqui expostos são derivados diretamente das doutrinas que lidam com o contrato e o negócio jurídico. Porém, é forçoso reconhecer que esta sistematização doutrinária é incompleta, pois não abrange uma série de fatores que limitam a autonomia da vontade no Direito contratual.

Esta incompletude decorre de dois fatores: (1) a insuperável vastidão de especificidades que a manifestação da vontade, mesmo no Direito contratual, assume dentro dos diversos ramos do Direito privado. Fator que gera a necessária opção por uma análise dos elementos mais abrangentes e de utilização recorrente, na teoria geral dos contratos, do negócio jurídico e dos contratos internacionais – basicamente, aqueles elementos e institutos que acompanham essas teorias, desde seu surgimento; (2) o fato de considerar como intrinsecamente relacionados a evolução da vontade e a atuação do Estado (dirigismo) no Direito contratual. Consideração que vincula o surgimento da vontade das partes como fenômeno jurídico e o desenvolvimento dos fenômenos derivados da mesma no estabelecimento da intervenção do Estado e as mudanças de paradigma na atuação interventora do mesmo na busca de harmonizar os interesses expressos pela vontade individual diante dos interesses coletivos .

Diante destes dois fatores, alguns devem estar reclamando a ausência, na inserção destes conjuntos limitadores, os fatores de limitação oriundos da doutrina “moderna” do Direito privado. “Novos” fatores limitantes da autonomia da vontade que tendem a ser expostos como fundamentais na teoria contratual atual, especialmente, a função social, a boa-fé objetiva, as condições gerais, as cláusulas abusivas, as leis de aplicação imediata etc.

A omissão destes institutos modernos referentes à teoria contratual, negocial e internacional foi intencional. A motivação desta omissão intencional decorre da premissa segundo a qual estes institutos são criação não do compromisso do Direito para com a autonomia da vontade, mas de um compromisso do Estado para com as relações jurídicas entre particulares.

Isto significa que são institutos derivados de transformações sociais específicas que influenciaram a relação Direito – Estado, não institutos derivados de aferição analítica do fenômeno da autonomia da vontade no Direito contratual.

Para ilustrar este ponto, utilize-se a noção de boa-fé objetiva – como se boa-fé fosse possível de objetivação. Trata-se de um instituto considerado “moderno”, porém, em realidade, é um instituto tão antigo quanto a própria codificação do Direito: o art. 131 da parte primeira revogada do Código Comercial brasileiro de 1850 já previa expressamente a boa-fé como vetor determinante da interpretação contratual:

Art.131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a Inteligência simples e adequada, que for mais conforme à **boa-fé**, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras. (BRASIL, 1850, p.105) (grifou-se)

Previsão legislativa expressa da boa-fé que não vingou, nem na doutrina e nem na jurisprudência brasileira, a ponto de poder ser considerada como letra morta ou de mera referência abstrata (BALBINO, 2003, p.742).

Acrescente-se ainda a previsão do Código Napoleão, cujo art. 1134 menciona a boa-fé com parte integrante da execução contratual, tornando evidente que ela sempre constituiu parte da própria noção de contrato, negócio jurídico e autonomia da vontade. O contrato, sem boa-fé não goza de proteção integral do Direito, pois o Direito afasta a ideia de má-fé, como se verifica na análise dos institutos do Dolo, da Coação e, principalmente, a Fraude.

Mas, em algum momento, possivelmente após o advento do positivismo jurídico, a doutrina jurídica perde esse conjunto de princípios morais e valores básicos da conduta humana, partindo para uma análise voltada para a positivação total dos valores e princípios envolvendo a conduta humana. Condição alias, improvável de se obter algum sucesso.

É desta deturpação verificada na filosofia e que se envolveu o Direito, bem como a quixotesca pretensão da positivação total da conduta humana (não mencionando o mau uso do poder legislativo), que resultam a incapacidade em lidar com fatores e realidades sociais por parte do Direito privado *civilizado* torna-se também a manjedoura de muitas “novidades” no Direito contratual, na qual a boa-fé objetiva é apenas um exemplo.

Este bolo de fatores determinam a incrível preciosidade jurídica, ao se pretender realizar uma distinção na boa-fé como subjetiva e objetiva.

Hoje é corrente a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva. Sabe-se que o papel dogmático da boa-fé subjetiva (ou “boa-fé psicológica”) diz respeito à tutela, em certas situações, do estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito jurídico. A expressão traduz a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica.

Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva exprime um *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regras pelo Direito. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atua, concomitantemente, com (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para averiguação da licitude do modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal. (MARTINS-COSTA, 2008, p.81)

Toda essa “psicologização” doutrinária, que afronta a realidade social brasileira, tem como lema mais célebre, a seguinte constatação: “Em Direito, a boa-fé se presume. Na prática, presume-se a má intenção”(NALINI, 2008, p.149).

Ou seja, se pode, a partir destes institutos, identificar uma má evolução no pensamento e no estudo do Direito contratual. Evidencia-se um retrocesso, na mentalidade jurídica dominante, acerca dos princípios morais básicos, das funções básicas da autoridade estatal e, principalmente, da função básica do Direito privado, que é a de regulamentar, e não de suprir deficiências sociais.

Destarte aqui também não se aborda estes limites “modernos” que restringe a autonomia da vontade no Direito contratual, pois não se considera como restrições oriundas da evolução da autonomia da vontade, mas sim como novos vetores de atuação do Estado nacional sobre as relações jurídicas – numa ampliação do *Eingriffsrecht* a ponto de deturpá-lo.

4 A ATUAÇÃO DO ESTADO (NACIONAL) NA QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

4.1 O Estado e a sua atuação no Direito contratual

Devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir 'Estado' torna-se difícil. (...) A situação insatisfatória da teoria política – que, essencialmente, é uma teoria do Estado – deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo e, até, de um mesmo autor usar inconscientemente a mesma palavra com vários significados. (KELSEN, 1998, p.261)

Do outro lado da questão dos limites da autonomia da vontade, está a personificação da autoridade jurisdicional soberana, o Estado que tem por finalidade maior não só estabelecer as leis que determinarão as regras aceitas na sociedade, mas, também, realizar a solução de conflitos que eventualmente surgirem nesta sociedade, dentre elas, a interpretação judicial do contrato, quando ocorre o conflito entre as vontades acordadas.

Porém, quando no Direito, se emprega a palavra 'Estado', deve-se necessariamente delimitar o que se procura expressar com esta palavra, pois existe um mau hábito de utilizar-se da mesma de forma indiscriminada e com forte conceituação implícita dentro da Ciência Jurídica, desenvolve-se uma generalização temerária de seu uso no estudo jurídico.

De forma resumida, ao se empregar o Estado como ente de limitação de ordem prática da autonomia da vontade, se faz no sentido de expressar uma forma de organização social centralizada que tem por finalidade regulamentar, legitimar e controlar o emprego da força, da coerção e da sanção, na solução de conflitos entre indivíduos membros desta organização social. Conceituação que permite visualizar o papel do direito como instrumento que não só regulamenta a estrutura do Estado mas também a sua forma de atuação.

Neste sentido, entende-se como Estado nacional como sendo aquela organização social centralizada que tem por elemento pessoal a ideia de nação e cuja atuação jurisdicional se limita a determinado espaço territorial, ou seja, o limite de sua soberania, como explica Reineck:

O **Estado** é a organização de um grupo de pessoas em uma determinada parte da Terra, que tem uma forma originária de poder sobre todas as pessoas a ele submetidas.

Essa organização é uma pessoa jurídica e estruturada na forma de um corpo administrativo regional. Ela pode agir por via de órgãos, prescrever determinações unilaterais e assim ordenar a vida das pessoas que estão a ela vinculadas, podendo realizar e extinguir contrato, tanto de direito público como de direito privado. O Estado engloba não somente a soma de todos os nacionais e, ao mesmo tempo, também um unidade independente de mudança de nacionalidade. É competente para todas as funções que se ofereçam em seu território. Tendo e construindo uma ordem jurídica fechada, garantida pelo seu poder. Sua soberania é, em princípio, ilimitada e se apresenta sempre originária, assim, não sendo sujeita a de nenhum outro¹²⁸. (REINECK, 2003, p.103).

Esta concepção do Estado, como organização social, tem influência direta na concepção do próprio Direito contemporâneo, pois determina que o Direito possua a tarefa primordial de servir de instrumento para se concretizar a regulamentação da conduta do indivíduo se adequar ao meio social, de forma a estabelecer um padrão de certo e errado dentro de determinada sociedade.

O Estado nacional, por via da concepção da soberania nacional, vai influenciar o Direito em dois momentos: (1) primeiro vai separar o estudo do Direito entre a realidade nacional – aqui o Estado é único soberano e a realidade internacional, em que existe a realidade da ausência de soberania única. E aparece um campo de compartilhamento de soberanias; (2) consolidar a lição de Montesquieu que a jurisdição *lato senso* do Estado engloba a função legislativa, a função judiciária e a função executiva (administrativa).

Estas duas grandes influências do Estado nacional sobre o estudo jurídico, ao se localizar na questão da autonomia da vontade, vai estabelecer que a atuação do Estado, na autonomia da vontade, possa ser constatada em três níveis: (1) no que tange a própria construção do ordenamento jurídico; (2) no que se refere à interpretação judicial na solução de conflitos de origem numa relação baseada na autonomia da vontade; e (3) a relação da autonomia da vontade e seu trânsito no plano internacional.

O primeiro nível se associa ao exercício da atividade legislativa do Estado nacional, com a finalidade de estabelecer os parâmetros legais sobre os quais os indivíduos

¹²⁸ Tradução livre do original em alemão: „**Staat** ist die Organisation einer Gruppe von Menschen innerhalb eines bestimmten Teils der Erde, die mit einer ursprünglichen hoheitlichen Gewalt über alle in ihm lebenden Menschen ausgestattet ist. Diese Organisation ist eine juristische Person und zwar eine Gebietskörperschaft. Sie kann durch Organe, die für sie handeln, einseitige Anordnungen geben und durch das Leben der in ihr lebenden Menschen ordnen, sie kann öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge abschließen und kündigen. Der Staat umfasst nicht nur die Summe aller ihm angehörenden Menschen, er ist zugleich eine vom Wechsel der Staatsangehörigen unabhängige Einheit. Er ist zuständig für alle Aufgabe, die sich ihm aus seinem Gebiet heraus stellen. Auch hat er eine geschlossene, durch seine Machtmittel durchsetzbare Rechtsordnung geschaffen. Seine Herrschaftsmacht ist im Grundsatz unbeschränkt und stete im originär, d.h. nicht von einer anderen Stelle abgeleitet, zu“.

têm de se pautar no exercício da autonomia da vontade. A atuação do Estado, neste nível, no que tange a limitar a autonomia da vontade, age tanto de forma indireta como direta. É o momento quando se estabelecem, por assim dizer, as “regras do jogo” para o exercício da autonomia da vontade dentro daquela esfera jurisdicional soberana (por exemplo, é o momento que se estabelecem as regras sobre capacidade negocial, as regras específicas para determinadas obrigações jurídicas, bem como a concepção geral do Direito na esfera legislativa).

Situação bem explicada por Duguit (2003, p.610-612) de que o ato de uma vontade individual não é uma construção jurídica por causa do ato em si, mas sim pela permissão conferida pelo Direito “objetivo” (a legislação) em que aquele ato possa ser considerado como uma construção jurídica. Ou seja, a vontade só será autônoma porque existem as regras legislativas que determinam um critério para auferir a autonomia daquela vontade.

O segundo nível de atuação do Estado nacional é o que se refere à aplicação do Direito, no sentido de aplicação da legislação pelos tribunais – a função judiciária e a prática jurídica nos Tribunais. Neste nível, o Estado nacional atua por via de sua atividade judiciária, cuja interpretação e aplicação da estrutura legislativa existente pelos Tribunais vão estabelecer o desenvolvimento do Direito na realidade social, bem como determinar o preenchimento de certas lacunas eventualmente existentes ou fazer a necessária atualização das concepções legislativas. É neste nível que reside a aplicação e a delimitação de institutos como a ordem pública e a função social no Direito contratual.

O terceiro nível é o resultado da integração do primeiro e do segundo nível, mas do ponto de vista do Direito internacional. Isto significa a contraposição dos níveis legislativos e judiciários com a realidade onde não existe a figura do Estado nacional e da soberania una. Reside, neste nível, o grau de receptividade de um sistema jurídico nacional para com os elementos extranacionais, pode destacar-se, como exemplo, a questão referente à adoção ou não da autonomia da vontade como elemento de conexão e os efeitos de sentenças / laudos arbitrais advindos na esfera nacional de outros países.

Em linhas gerais, estes são os três principais níveis que se associam à atuação do Estado nacional diante da questão dos limites da autonomia da vontade. É neles que reside a divisão entre a atuação tradicional do Estado nacional da atuação “constitucionalizada” do Estado nacional na autonomia da vontade. Um debate que apresenta uma contraposição entre

o Estado nacional garantidor (associado ao Estado mínimo) ao Estado nacional interventor (o *Eingriffsrecht*) – também conhecido como a passagem do Estado liberal para o Estado social sob a ótica da autonomia da vontade.

4.2 O sistema tradicional de atuação do Estado nacional na autonomia da vontade

4.2.1 As diferentes atuações do Estado nacional

4.2.1.1 A particularidade da Europa insular: o dogma da vontade e suas raízes

Assim como o pensamento jurídico acerca do princípio da vontade e sua passagem para o conceito de autonomia da vontade apresentaram particularidades específicas na Europa continental e na Europa insular, a atuação do Estado nacional, na questão relativa à limitar a autonomia da vontade, também vai percorrer um desenvolvimento distinto nas duas realidades Europeias.

Se o período da plena dominância do *laissez-faire* no Direito contratual, se verificou no século XVIII, na Europa do *common Law*, não seria diferente que a mítica figura do Estado liberal e sua intervenção mínima também se localizassem no *common Law* e na Europa Insular. Período que abrange praticamente três quartos do século XIX,; período que se denomina de *dogma da vontade*.

Sem buscar sua origem nos sistema jurídicos pré-capitalistas, deve-se identificar a *liberdade contratual* – também denominada de *autonomia privada* – como um princípio clássico no direito contratual que foi consagrado nos direitos europeus e americanos do século XIX. Baseado em dados históricos, um eminente autor norte-americano afirma que o período o entre 1800 e 1875 foi, acima de tudo, a era dos contratos:

“Contracts expressed ‘energetic self-interest’, and the law that governed it expressed ‘the nature of contract by insisting that men assert their interests, push them, and fight for them, if they were to have the help of the state’.”

O princípio representa, em sua formulação original, o *dogma da vontade*, isto é, o reconhecimento do contrato como a própria expressão da autonomia das partes na regulamentação de seus interesses privados. Nesse

sentido – diverso do que lhe dá o DIPr – é igualmente conhecido como *princípio da autonomia da vontade*. (GAMA JR., 2006, p.280)

Novamente se evidencia a tendência de generalização da análise e, principalmente, no desdobramento do princípio da vontade em autonomia da vontade, como conceito puramente jurídico, quando se recai no conturbado século XIX.

O *Dogma da vontade*, desenvolvido no sistema da *common Law*, não se confunde com princípio da autonomia da vontade, que vai se desenvolver na Europa continental, resultando no que se denominou neste estudo de *dogma da autonomia da vontade*. O *Dogma da vontade* se associa diretamente à forma de atuação da autoridade estatal perante as relações jurídicas contratuais entre particulares – não tendo nada a ver com o debate doutrinário que resultou na concepção do *dogma da autonomia da vontade* como sendo a base da liberdade das partes nos contratos.

O *dogma da vontade* vai exercer influência na concepção da atuação do Estado no século XIX, e estabelecem alguns mitos como a premissa teórica de algumas correntes jurídicas em taxar a atuação do Estado, naquele período, como sendo de Estado mínimo e da não-intervenção – não sendo mais de se surpreender que a nomenclatura Estado mínimo vai nascer justamente nas críticas oriundas dos movimentos sociais do século XIX, a concepção civilista do Direito privado então dominante.

Para compreender esta situação, é preciso compreender a realidade jurídica que se estabeleceu no *common Law* da Europa insular e no Norte das Américas, começando pelo forte apego à liberdade individual derivada da tradição constitucionalista existente nestas regiões.

As “palavras-chave” do **modelo historicista** encontram-se no **constitucionalismo inglês**. Quais as dimensões histórico-constitucionais decisivamente caracterizadoras deste modelo histórico? Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do património da “constituição ocidental”?

As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do “binómio subjectivo” *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínio* (*Herrschaftsverträge*) do tipo da *Magna Carta*. A evolução destes momentos constitucionais – eis a resposta à segunda interrogação – desde a *Magna Carta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como *liberdade pessoal* de todos os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no

sentido já indiciado pelo artigo 39.º da *Magna Carta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar; *as leis do país* (*law of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common Law*) de todos os ingleses. O quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a idéia de *representação e soberania parlamentar* indispensável à estruturação de um *governo moderado*. (CANOTILHO, 2003, p.55-56)

Trata-se do fundamento predominante do constitucionalismo formal, que determina o estrito respeito por parte dos órgãos do governo perante a liberdade individual – era a base da transação entre a monarquia, a nobreza e a burguesia, por via do estabelecimento de pactos de poder, limitando a atuação de cada grupo em relação aos demais. Não se tratava de uma Constituição em sentido moderno (NEVES, 2009, p.19), mas da delimitação do poder em prol da liberdade individual de aspiração burguesa mercantilista.

Não é de se espantar que nesta sistemática do *common Law*, se desencadeasse um processo de extrema atuação da liberdade individual, no que tange aos contratos particulares. Fenômeno que Atiyah define como “a ascensão do formalismo e o declínio da equidade nos Tribunais ingleses”- base do desenvolvimento de radicalismos e manjedoura do *Dogma da vontade*.

Como os Tribunais cada vez mais evitavam discussões abertas sobre questões de policiamento, ocorreu a evolução de fatos intimamente relacionados. Um dos mais significativos desta evolução foi a ascensão do formalismo. Este conceito é bem conhecido na doutrina jurídica americana, em que é relativamente fácil de ser explicado ao se contrapor com o conceito de ‘realismo’ que eventualmente foi suplantado. Mas, o Direito inglês nunca teve uma revolução realista, o que torna mais difícil explicar precisamente a um leitor inglês o que estava envolvido na ideia de formalismo. Formalismo realmente representava uma atitude da mente mais do que qualquer outra coisa: a atitude é a de um juiz que acreditava que todo o Direito era baseado em doutrina jurídica e princípios que podem ser deduzidos dos precedentes; que exista somente um caminho ‘correto’ de decidir um caso; que não é função do juiz se envolver em considerações de policiamento, ou mesmo em argumentos relativos a justiça da reclamação das partes; razão pela qual consideravam os princípios e regras serem irrelevantes; que o papel do juiz é puramente passivo e interpretativo; que a lei é uma ciência de princípios, e por aí se situa¹²⁹. (ATIYAH, 2003, p.388)

¹²⁹ Tradução livre do original em inglês: “As the Courts increasingly eschewed overt discussion of policy questions, a number of closely allied developments occurred. One of the most significant of these was the rise of ‘formalism’. This concept is well known in American legal literature, here it is relatively easy to explain its significance by contrasting it with the concept of ‘realism’ which eventually supplanted it. But English law has never had a realist revolution, and it is less easy to explain to an English reader precisely what was involved in the idea of formalism. Formalism really represents an attitude of mind rather than anything else; the attitude is that of the judge who believes that all law is based on legal doctrine and principles which can be deduced from

A atuação do Estado sobre a autonomia da vontade na Europa insular se relegava ao plano de não intervenção e não policiamento indiscriminado das relações contratuais. Isso personifica bem o pensamento do *laissez-faire* do liberalismo econômico do século XVIII naquela região.

Está situação que levou à constatação, em 1876, de que o sistema jurisdicional inglês era uma forma torpe de formalismo baseado não na autonomia da vontade das partes mas na concepção da soberania da vontade das partes dentro do Direito contratual. A maior expressão desta situação foram as decisões proferidas por Sir George Jessel e sua forte convicção em tratar a liberdade contratual (autonomia da vontade) como um dos fundamentos da própria política pública inglesa. Em uma de suas decisões, chegou à conclusão de que se deveria manter, como juridicamente vinculante, um empréstimo firmado por uma pessoa em total estado de embriaguez, no momento de formação do contrato.

Não é muito rememorado o fato que Jessel, em outra decisão, afirmou coisa semelhante, concerne à empréstimos de dinheiro – uma decisão que choca a consciência moderna, e, que de fato, provavelmente chocou na época a consciência. Neste caso, Jessel M.R. manteve uma transação de empréstimo em dinheiro firmado a juros de 60% por um homem que possuía amplos recursos, mas que estava completamente embriagado.

“Vou considerar que ele estava embriagado [disse Jessel], um homem acometido por *delirium tremens* que pode ser recuperado ao tomar uma dose bem forte [ex.: um antídoto] e ser capaz de escrever de forma muito firme. Um homem pode concordar em pagar 100% se assim escolher. Não existe razão para que um homem não seja um tolo. Um homem é permitido pela lei a ser o tolo que quiser. Suponha-se [o *de cujus*] tenha apostado na Bolsa de Valores ou numa mesa de jogo, ou tenha gasto seus soldos em devassidão. Um homem pode ser um homem tolo a fazer tais coisas, mas ainda assim, a lei não o impede de ser um tolo¹³⁰. (AYTIYAH, 2003, p.387-388)

É bem provável que este posicionamento jurisprudencial tenha sido resultado da tradição do *common Law*, ao sobrepor a liberdade individual sobre os interesses públicos,

precedents; that there is only one ‘correct’ way of deciding a case; that it is not the function of the judge to involve policy considerations, or even arguments about the relative justice of the parties ‘claim; that the reasons behind principles and rules are irrelevant; that the role of the judge is purely passive and interpretative; that law is a science of principles, and so on”.

¹³⁰ Tradução livre do original em inglês: “It is not often recalled that Jessel said very much the same thing in another decision, concerning moneylending – a decision which shocks the modern conscience, and indeed, probably shocked the conscience of many at the time. In this case Jessel M.R. upheld a moneylending transaction entered into at rates of 60 per cent by man who had ample assets, but who was plainly an alcoholic. I will assume him to have been a drunkard [said Jessel], a man who has had *delirium tremens* may recover and take a very strong dose [i.e., an antidote] and be able to write very firmly. A man may agree to pay 100 per cent if he chooses. There is no reason why a man should not be a fool. A man is allowed by law to be a fool if he likes. Suppose [the deceased] ha gambled on the Stock Exchange, or at a gambling table, or had spent his substance in debauchery. A man may be a foolish man to do that, but still the law does not prevent him from being a fool”.

no sentido de promover uma separação maior possível da interferência do Estado nas relações concernentes à particularidade do indivíduo.

Também é provável que este *status quo* dos tribunais ingleses, em meados do século XIX, tenha influenciado o surgimento do mito de que o Estado Liberal fosse um Estado mínimo e que a atuação do Estado, na autonomia da vontade, somente seria possível na fase de execução do contrato para garantir que o acordo estipulado fosse cumprido, não havendo margem para reinterpretações.

Estas constatações podem ser fundamentadas nos cinco pontos que formaram o formalismo nas Cortes inglesas daquele período: (1) a não-interferência das cortes no processo de formação contratual, relegando a liberdade das partes; (2) a concepção do papel das Cortes ser puramente passivo e interpretativo da realidade do contrato, não do seu contexto geral; (3) a não consideração da análise judicial do objeto, da prestação em si, sendo irrelevante o caráter de equidade ou justiça na mesma, cabendo a Corte somente definir o sentido das vontades expressadas, não o seu conteúdo; (4) o domínio da interpretação literal da vontade no contrato; e (5) a tendência jurisprudencial em considerar como absolutos direitos advindos da livre estipulação dos indivíduos, especialmente, no que tangia o Direito contratual (ATIYAH, 2003, p.389).

Neste contexto, é inegável chegar à conclusão de que a atuação do Estado na autonomia da vontade era mínima, bem como era real a existência de um *Dogma da vontade* na hora de se recorrer à interpretação jurisprudencial dos acordos estipulados em contrato.

Porém, é necessário estabelecer duas observações sobre esta situação da autonomia da vontade e o Estado nacional na Europa insular: (1) uma, referente à extensão deste formalismo das Cortes inglesas; e (2) outro, a própria noção de Estado liberal.

A primeira observação, referente à extensão do formalismo das Cortes inglesas, decorre da particular situação em que o Direito privado se encontrava neste período de 1800-1870, quando predominava, em muito, a mentalidade das transações comerciais no *common Law* inglês, a qual por sua natureza, flexível e dinâmica realmente exigia um maior grau de abstenção da interferência do Estado nas relações contratuais delas decorrentes.

Ressalte-se, estava-se num período histórico em que o Direito privado era basicamente o Direito Civil e mais algumas excepcionalidades do Direito Comercial. Não

existia Direito do Trabalho, para estabelecer uma necessária contextualização social no domínio da interpretação dos contratos.

Mas, mesmo diante desta realidade, de domínio da ideia de livre mercado e da mentalidade comercial dos contratos, nem a mentalidade formalista das Cortes inglesas se atreveu a aplicar, em determinados campos do Direito, uma concepção absolutista de autonomia da vontade em determinados campos do Direito – coincidentemente ou não, justamente naqueles, que diziam respeito ao emprego e ao trabalho.

Nestes campos do emprego e do trabalho, o *dogma da vontade* esbarrava nas regulamentações acerca dos vínculos envolvendo os artesões e os mestres, que podem ser atualizados na figura do emprego e do trabalho, destacando-se, na tradição inglesa, o *Act of Settlement* de 1662 e o *Statute of Apprentices* (que, apesar das críticas, vigoraram até 1770). Ainda, o sistema *Speenhamland*, que consistia, em resumo, uma série de práticas de cunho administrativo, com o objetivo de auxiliar trabalhadores empregados na forma de abonos familiares.

De longe, o maior obstáculo à liberdade no mercado de trabalho foi o sistema de administração da lei dos pobres conhecido como *Speenhamland*, a qual foi adotado em 1795, no mesmo ano no qual uma emenda havia retirado do *Act of Settlement* o principal obstáculo legal ao livre mercado de trabalho. Sistema *Speenhamland* foi o nome dado a uma prática administrativa, inicialmente sancionada pelos *Berkshire Justices* que promoviam um encontro em *Speenhamland*, para oferecer ajuda a trabalhadores *empregados* pobres, na forma de abonos familiares. A quantidade paga variava conforme o lugar, mas era, em princípio, fixado pelo número de dependentes que o trabalhador possuía. Essa prática fora adotada como resultado das dificuldades e privações que a classe trabalhadora sofria durante os anos de 1790 pelo aumento de custo das provisões, como uma “última, ineficiente, mal preparada e fracassada tentativa de manter a ordem rural em face da economia da mercado”¹³¹. (ATIYAH, 2003, p.524)

Esta situação evidenciou que as relações envolvendo os trabalhadores possuíam um caráter próprio de regulamentação, cuja esfera de influência da autonomia da vontade não era tão ampla como no Direito contratual civil/comercial.

¹³¹ Tradução livre do original em inglês: “By far the greatest obstacle of the freedom of the labor Market was the Speenhamland system of administering the Poor Law, which was adopted in 1795, the same year in which the amendment of the Act of settlement had removed the principal statutory obstacle to a free labor market. The Speenhamland system was the name given to the administrative practice, first sanctioned by the Berkshire Justice meeting at Speenhamland, of giving poor aid relief to laborers *in employment* in the form of family allowances. The amount paid varied somewhat from place to place, but it was, in principle, fixed by the number of dependents which the laborer had. The practice had been adopted as a result of the hardship and deprivation which the laboring classes suffered in the 1790’s through the high price of provisions, as ‘a last inefficient, ill-considered and unsuccessful attempt to maintain traditional rural order in the face of the market economy’”.

Reafirma, por outro lado, a premissa de que este pensamento de soberania da vontade, ao invés de autonomia da vontade, decorria mais de uma desorganização do Direito como ciência, do que propriamente de uma omissão da autoridade estatal ou um excessivo individualismo na concepção jurídica. Simplesmente não era possível regulamentar aquilo que ainda era confuso e indeterminado no estudo do próprio Direito.

O outro ponto a ser observado é a caracterização do Estado inglês deste período como sendo Liberal, cuja questão se resume em indagar: Qual o tipo de Estado liberal acabou incorporando esta feição formalista do Direito inglês?

Este questionamento decorre da constatação de que, no próprio período, quando se delimita o Estado liberal individualista, mínimo e não interventor, fundamentado na extensão soberana da vontade individual das Cortes inglesas, já se verificava um movimento, também de cunho liberal, que combatia essa mentalidade formalista.

Como evidência desta situação contraditória de liberalismo contra liberalismo, pode se utilizar a abordagem de Stuart Mill sobre o problema da reforma da lei de insolvências – cuja concepção dominante, reduzida aos polos credor-devedor, já não atendia ao papel de necessário desempenho que o Direito tinha de exercer no meio social.

Aprisionamento como poder discricionário do credor foi realmente uma ferramenta poderosa para extrair do devedor qualquer propriedade que ele tenha escondido ou de outro modo ocultado; e permanece a ser exposto desde a sua remoção como instrumento do credor, se o Direito conseguiu fornecer um equivalente satisfatório para o mesmo. Mas a doutrina, que o Direito fez tudo que se esperava, quando ele coloca na posse do credor um bem de propriedade de um insolvente, é em si uma total e inadmissível peça de espúrio à humanidade. É objetivo do Direito em prevenir a feitura do errado, e não simplesmente traçar as consequências disto quando é cometido. É dever do Direito em evitar que a insolvência não se torne um bom modo de especulação pecuniária; que homens não possam ter o privilégio de em expor à perigo outras pessoas sem o conhecimento ou consentimento das mesmas, tomando os lucros da empresa se está é bem sucedida, e, em caso de fracasso, jogar as perdas sobre os proprietários de direito; e que elas não devam achar a resposta para sua incapacidade de pagar suas dívidas, em gastar o dinheiro de seus credores com indulgências pessoais¹³². (MILL, 1854, p.491)

¹³² Tradução livre do original em inglês: “Imprisonment at the discretion of a creditor was really a powerful engine for extracting from the debtor any property which he had concealed or otherwise made away with: and it remains to be shown by experience whether, in depriving creditors of this instrument, the law, even as last amended, has furnished them with a sufficient equivalent. But the doctrine, that the law has done all that ought to be expected from it, when it has put the creditors in possession of the property of an insolvent, is in itself a totally inadmissible piece of spurious humanity. It is the business of law to prevent wrong-doing, and not simply to patch up the consequences of it when it has been committed. The law is bound to take care that insolvency shall not be a good pecuniary speculation; that men shall not have the privilege of hazarding other people’s without their knowledge or consent, taking the profits of the enterprise if it is successful, and if it fails, throwing

Stuart Mill é um dos ícones do liberalismo e, ele mesmo, se demonstra contrário a uma estipulação afastada da lei na relação Credor – Devedor no Direito vigente. Determina que o entendimento jurídico legal estaria em acompanhar a situação do Devedor para evitar que o Credor fosse lesado e o instituto jurídico deturpado por práticas da realidade social – nasce daí o nascimento a filosofia do Utilitarismo.

Acrescente-se que, no Direito inglês não se encontra uma estrutura jurídica fundamentada na codificação, mas baseado na atuação do Estado nacional por via da aplicação prática de seus Tribunais na elaboração de uma sistematização da ordem jurídica. Por isso, torna-se ainda mais difícil delimitar qual momento e qual a real profundidade que o Estado liberal existir neste período e como ele se conhece atualmente.

Diante dessa análise jurídica constata-se que se existe algum momento em que o *dogma da vontade* e a soberania da vontade foram cogitáveis foi, na realidade, o da Europa insular do século XVIII e XIX. Ademais, não servem elas como parâmetros para se designar que o *Dogma da vontade* fosse uma realidade geral da Europa e do próprio século XIX – pois é ausente, na Europa continental, os fatores de uma Constituição baseada num pacto de poder, com uma estrutura judiciária e legislativa extremamente praticista e, principalmente, pautado na existência de um Direito privado continental do forte apego ao estudo doutrinário em relação ao estudo jurisprudencial.

4.2.1.2 A Europa continental e as duas constituições

Afastando-se do sistema jurídico que se estabeleceu na Europa insular e a constatação de que o *common Law* motivou a atuação do Estado na autonomia da vontade como dominado pelo *Dogma da vontade*, a questão agora remete a analisar o desenvolvimento da atuação do Estado na autonomia da vontade no Direito continental europeu – a realidade do Direito codificado.

Diferente da Europa insular que desde 1688, se inseria no domínio do espírito liberalista e numa tradição constitucionalista que prezava a limitação do poder monárquico

the loss upon the rightful owners; and that they shall not find it answer to make themselves unable to pay their just debts, by spending the money of their creditors in personal indulgence”.

em prol dos interesses da nobreza e da burguesia, a Europa continental só veio a se inserir por completo no espírito liberalista com as transformações decorrentes da revolução norte-americana de 1775 e, especialmente, na revolução francesa de 1785 – momento que inaugura, na Europa continental, o constitucionalismo formal-liberal.

O constitucionalismo formal nasce em fins do século XVIII, estreitamente vinculado com o Estado nacional. É verdade que podemos fazer referência ao disperso (não codificado) constitucionalismo britânico, mas na sua feição tipicamente ocidental e iluminista, o constitucionalismo nasce com a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, os dois principais movimentos liberais do século XVIII, responsáveis também pelo arquétipo constitucional do Estado nacional.

O constitucionalismo, na sua primeira fase, é um produto do arcabouço ideológico liberal. O liberalismo enquanto ideologia traz consigo um culturalismo libertário muito consistente, pois a idéia fundamental é a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Embora tenha prevalecido no aspecto econômico, o ideário liberal traz consigo outros postulados da cultura iluminista como o racionalismo universalista e a democracia, calcada na idéia de soberania popular que também têm a liberdade como idéia básica.

Como se sabe, a ideologia liberal vê o Estado como o grande inimigo da liberdade do indivíduo. No entanto, não defende a aniquilação do Estado, mas de uma forma diferente em relação ao modelo estatal absolutista. O Estado, deve deixar de interferir diretamente na vida dos cidadãos e permitir que os mesmos, livre e autonomamente, decidam suas vidas em todos os aspectos. O Estado deixa de ser o “leviatã”, expressão da vontade real onipotente à qual só resta obediência por parte dos súditos, e passa a constituir um Estado de direito, um Estado jurídico produto do racionalismo ocidental. (GALINDO, 2006, p.45-46)

Esta forma de constitucionalismo assemelhava-se, em suas primeiras etapas, e em muitos aspectos, ao constitucionalismo liberal inglês de 1688, não sendo temerário afirmar que, em linhas gerais, a evolução do constitucionalismo da Europa continental traçara-se na atenta reformulação da realidade constitucionalista da Europa insular, para produzir um fenômeno que se encaixasse as especificidades da Europa Continental. Diferente da Inglaterra, a França teria um século de absolutismo monárquico, para moldar o constitucionalismo à realidade francesa.

Neste contexto, apesar de ter origens e influência do pensamento da Europa Insular, na Europa continental se acabou por estabelecer um constitucionalismo diverso, baseado na limitação do poder estatal pelo Direito. O Direito servindo como base da promoção à liberdade do indivíduo em sociedade, ou seja, buscava-se a ruptura total da ordem vigente e substituí-la por uma nova.

A narrativa historicista explica como se chegou à *British Constitution*. Não fornece um esquema interpretativo do constitucionalismo revolucionário continental cujo paradigma é o **constitucionalismo francês**.

Uma primeira interrogação será esta: como e porquê a formação de uma tradição constitucional francesa (ou portuguesa) não tem os mesmos

traços de evolucionismo britânico? Por outras palavras: como se explica o aparecimento de categorias políticas novas, expressas em *Kampffparole* (“palavras de combate”) – *estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita* – para dar resposta a algumas das questões já resolvidas pelo constitucionalismo britânico? Como já se referiu, estas categorias só podem ser compreendidas se as localizarmos no terreno das fracturas épocas, ou seja, no campo das ruptura revolucionárias ocorridas no século XVIII. Isto permitirá compreender várias coisas. Em primeiro lugar, a sedimentação histórica de tipo inglês não romperá totalmente com os esquemas tardo-medievais dos “direitos do estamentos”. Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os *direitos naturais dos indivíduos* – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer *ordem jurídica estamental*. Os direitos do homem era *individuais*: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os *privilégios* do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lorde”. A expressão póstuma – *ancien régime* – mostra claramente isto: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história. (CANOTILHO, 2003 p.56-57)

A principal diferença entre o movimento constitucionalista inglês e o constitucionalismo francês foi que o segundo acabou por resultar num novo tipo de Estado, resultado da anarquia que se estabeleceu no movimento revolucionário francês e cujo resultado foi a ascensão de Napoleão ao poder e sua autoproclamação como imperador da França.

Esta nova forma de Estado, apesar de concentrar o poder na mão de um Imperador, acabou por consolidar o pensamento de que a liberdade dos cidadãos necessariamente residia na correta estruturação do poder público, prevalecendo, neste campo, a célebre tese da tripartição do poder estatal em função legislativa, função judiciária e função administrativa – cujas raízes se encontravam nas idéias de Montesquieu no século XVIII, e sua estruturação, no sistema de *balance and checks* da revolução norte-americana.

Neste contexto, a Ciência Jurídica desenvolveu as duas formas de atuação do Estado nacional na esfera privada: uma indireta, por via do exercício da função legislativa; outra direta por via do recurso à função judiciária. A coerência e evolução do sistema jurídico residia na conjugação harmônica destas duas funções.

É quando o desenvolvimento da Ciência jurídica vai destoar entre o *common Law* e o *civil Law*, uma vez que o primeiro vai fortalecer o sistema jurídico tomando por base

o precedente e a jurisprudência. O segundo, vai estabelecer, com pontos angulares do sistema jurídico, a Lei e a doutrina.

Essa dissociação começa a ficar mais aparente no momento em que a Revolução francesa terá, como resultado, a ascensão do imperador Napoleão e, com ele, o fortalecimento da crença, naquele país, de sua responsabilidade para com a civilização ocidental moderna – a *idea of France*.

“A ideia da França” – em termos jurídicos, foi certamente o *Code Civil*. Sem surpresas, que o estudo jurídico na França foi dominado pela escola exegética durante boa parte do século XIX. A doutrina jurídica consistia em comentários textuais ao *Code* e as discussões das práticas dos Tribunais era vista com suspeita¹³³. (KOSKENIEMI, 2002, p.274)

O processo de unificação do fragmentado Direito francês, o qual motivou a elaboração do Código Napoleão, estabeleceu uma situação *sui generis* na Europa Continental, uma vez que, basicamente, existiam duas constituições vigentes.

Se, de um lado, depois da Restauração de 1815 que pôs fim às guerras Napoleônicas determinou, na Europa continental, a consolidação de que não mais podia existir um Estado sem uma constituição (CASTRO F., 2004, p.245). De outro lado, o Código Napoleão determinou a necessidade não só de um documento legislativo referente à relação Estado-indivíduo, mas, também, que se regulamentasse a relação entre os indivíduos. O Código Civil adquiria a famosa denominação de *constituição do homem comum*.

Costumamos dizer que o Código Civil é a *constituição do homem comum*, isto é, do que há de comum entre todos os homens. Na verdade, a Lei Civil não considera os seres humanos enquanto se diversificam por seus títulos de cultura, ou por sua categoria social, mas enquanto são pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Sob o prisma da teoria culturalista do Direito, o Código civil é, a bem ver, a Constituição fundamental. Se, do ponto de vista formal ou técnico-jurídico, isto é, segundo a ordem hierárquica das competências, uma Constituição é a lei maior ou primordial, o mesmo não se pode dizer do ponto de vista histórico-cultural, pois, a essa luz, a Lei Civil surge como o ordenamento mais estável, o menos sujeito a transformações bruscas. (REALE, 2003, p.358)

Verifica-se então que o período “liberal”, na Europa continental, consistiu, para o Direito, um período assentado na ideia da existência de duas Constituições: uma, na figura

¹³³ Tradução livre do original em inglês: “The idea of France” – in legal terms, this was certainly the *Code Civil*. No wonder that the study of Law in France was dominated by the exegetic school though most of the nineteenth century. Legal doctrine consisted of textual commentary on the *Code* and even discussion of Court practice was viewed with suspicion”.

da Constituição regulamentando matérias de Direito público e referentes ao Estado; outra, na figura da codificação do Direito privado. O Código Civil como a Constituição que regulamentava o dia-a-dia dos cidadãos em seus afazeres particulares.

Constata-se que, na Europa continental, a doutrina jurídica, a lei, o recurso às elaborações de sistemas e teorias gerais do Direito haviam se fortalecido, já a divisão entre público e privado do Direito saíra fortalecida do constitucionalismo continental. Demonstra-se a clara necessidade de se manter esta distinção para a correta regulamentação da sociedade sob este novo tipo de Estado, o Estado nacional constitucional.

Acrescente-se que a Europa continental ainda sofria a influência dos movimentos nacionalistas que se espalhavam na busca de consolidar um Estado soberano para suas nações, que resultou num forçoso enfrentamento, pelo Direito, das questões oriundas da nova realidade internacional. Não havia mais Direito público europeu dos monarcas, mas o Direito internacional da comunidade dos Estados soberanos.

É neste contexto continental que vai surgir o estudo dos negócios jurídicos e a lei como sendo o ponto central da limitação da autonomia da vontade – a vontade só seria autônoma se obedecidas condições estabelecidas em lei, não de sua sujeição à análise caso-a-caso pelos tribunais.

Se, no *common Law*, o período de 1800-1875 pode ser considerado como sendo o período de predominância do *dogma da vontade*, no *civil Law* o mesmo período pode ser considerado como sendo o da predominância da exegética e de um profundo processo de transformação na mentalidade jurídica europeia que resultaria, na esfera doutrinária, no *dogma da autonomia da vontade* e, na esfera prática, no estabelecimento de um sistema baseado ao controle desta liberdade contratual derivada do *dogma da autonomia da vontade*.

A atuação do Estado nacional, na autonomia da vontade, tem, portanto, sua base nas transformações ocorridas na Europa continental, onde predominava o Direito codificado, a sistematização e classificação da Ciência Jurídica que continuava evoluindo até chegar aos dias atuais. Vai configurar o âmbito no qual se verifica duas formas de atuação do Estado, diante da autonomia da vontade: um, tradicional; outro, constitucionalizado.

4.2.2 O sistema tradicional de atuação do Estado na autonomia da vontade

Sob a égide do pensamento da existência de dois diplomas codificados, que podem ser considerados como Constituições, vai se desenvolver, na Europa continental, a primeira forma da atuação do Estado nacional sobre a autonomia da vontade – conhecido também por *dirigismo contratual*.

O desenvolvimento, no século XIX, do Direito privado *civilizado* vai promover a ideia de que a atuação do Estado nacional deveria se dar eminentemente por via da função legislativa, para estabelecer os limites à autonomia da vontade a partir da elaboração de leis que agrupassem os fatores que a doutrina jurídica viesse a apreender da realidade social.

Em suma, os mecanismos elaborados de doutrina jurídica acerca do negócio jurídico é que deveriam ser consagrados na lei para determinar o nível da interferência do Estado nacional nos contratos – interferência que deveria ser a mínima possível.

Esta atuação, de predominante caráter legislativo, vai resultar na elaboração de um controle da autonomia da vontade por via da forma do negócio jurídico e de uma concepção formalista de ordem pública a ser aplicada pela função judiciária.

Adotar o controle por via da forma dos atos e fatos, que acabou denominado de formalismo individualista, adveio ao mesmo tempo em que se desenvolviam as bases dos planos que envolviam o negócio jurídico. Planos que, praticamente, existiam em todas as relações jurídicas. A redução da atuação do Estado em limitar a autonomia da vontade no estabelecimento de regras objetivas e precisas acerca da existência, validade e eficácia jurídica, procurava reduzir a interferência do Estado nas relações contratuais por via da função judiciária, e conferir maior segurança jurídica aos indivíduos diante da interpretação judicial dado aos fenômenos contratuais naquele contexto da social.

Segurança jurídica decorrente da premissa de que se a obrigação é prevista em lei e suas condições também, o judiciário, como *boca da lei*, teria uma atuação previsível diante dos conflitos que poderiam surgir daquela obrigação.

Formulação que determina a atuação do Estado nacional sobre a autonomia da vontade, na adoção de uma legislação específica acerca dos mecanismos de limitação elaborados pela doutrina (analisada no capítulo anterior). Elaboração que se verificou em

concorrência ao período, no qual a Ciência Jurídica se deparava com uma realidade jurídica dominada por duas constituições enquanto regras do sistema jurídico estatal.

Este controle pela forma, determina que a vontade para produzir os efeitos jurídicos desejados, necessariamente, deveria obedecer aos limites impostos pela lei. Daí partir-se da constatação de que ocorria autonomia da vontade quando preenchida as condições legais previstas à autonomia ou não da vontade das partes envolvidas – como bem define POTHIER (1812, p.27) o consentimento no contrato tem de ser livre e ausente de vício.

Nesta forma de controle existe o claro favorecimento à função legislativa como instrumento principal de limitação da autonomia da vontade, pois gera a maior previsibilidade da solução e interpretação dos contratos, bem como retiraria da questão entre particulares o arbítrio do Poder Judiciário.

Esta situação acabou acarretando a constatação de que, nesta forma de atuação do Estado nacional, o judiciário seria a simples *boca da lei*.

O papel do Judiciário neste horizonte também se rende a esta formatação, passando a partir do desenvolvimento do Estado liberal o exercício jurisdicional a renunciar à tradição medieval, rica em suas formas procedimentais sumárias com eficácias executivas e mandamentais e na destruição de justiça local (administração da Justiça), para diluir-se na prática do processo de conhecimento, jurisdição de mero acerto das relações jurídicas e submissão a uma estrutura recursal, desaguando as decisões em tribunais centralizadores, confundindo-se atividade jurisdicional com mera ou tão-somente atividade declarativa – *o juiz é a boca da lei*. Em outras palavras, o julgador no modelo do Estado liberal imita-se a dizer o direito, definindo qual dos contendores tem razão, mantendo e garantindo o *status quo* daqueles que podiam apostar na lide nos seus riscos implícitos, perfil que caracteriza a atividade jurisdicional como atividade passiva, em detrimento da atividade executiva ou de império. (MACEDO, 2005, p.114-115)

Óbvio que os defensores deste mito centrado na passividade do judiciário, na atuação tradicional do Estado nacional em termos da autonomia da vontade, se esqueceram que muitas das medidas derivadas dos procedimentos sumários da tradição medieval decorriam do puro e simples arbítrio do príncipe ou do monarca absolutista dominante – o que hoje poderia ser bem associado à figura de uma boa parcela de corrupção existente nos poderes judiciários, principalmente, nos países em desenvolvimento.

Esqueceram de mencionar também, que na existência de uma legislação coerente e bem estabelecida, não existe a necessidade de o poder judiciário extrapolar sua função de ser aplicador do Direito e se tornar fonte do Direito – situação controversa até hoje

na jurisprudência, especialmente no Brasil, é tão variada e indeterminada que vale menos do que uma portaria emitida por um órgão administrativo público.

A rápida associação desta forma de atuação do Estado, no período ‘liberal’, com a figura do judiciário *boca da lei*, vem de uma ignorância de que, já nesta época, existiam os princípios do *non liquet* e a ordem pública.

4. O juiz que se recusar a julgar sobre o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser acusado como culpado por denegar a justiça¹³⁴. (FRANCE, 1804, p.27)

Se o judiciário fosse, nesse período, somente considerado a *boca da lei*, como explicar a responsabilidade do juiz diante da consagração, já em 1804, do seu dever jurídico em não poder se eximir de decidir uma lide, sob escusa de omissão ou lacuna legislativa?

Não há sobre tal assunto, resposta satisfatória na ciência processual contemporânea, pois é evidente que não tem fundamento a tese que radicaliza a posição do juiz como *boca da lei*. O que provavelmente existia era a impossibilidade do juiz em inventar lei por conta própria, tendência que parece hoje ganhar força em alguns segmentos doutrinários.

Outro problema desta concepção da atuação do Estado sobre a autonomia da vontade no período liberal, é aquela que se refere à noção formalista de ordem pública então vigente, a qual encontra também previsão legal expressa desde o Código Napoleão: “6. Não se pode derogar, por acordos particulares, as leis que interessam a ordem pública e os bons costumes¹³⁵”(FRANCE, 1804, p.27).

Ou seja, a interpretação da ofensa à ordem pública e dos bons costumes recai ao judiciário, consistindo a Ordem pública, nesta mentalidade formalista-liberal, como cláusula de exceção geral da autonomia da vontade – associando-se, principalmente, à figura da soberania nacional.

Na doutrina, a “ordem pública” se define como a totalidade de regras fundamentais de caráter inderrogável emanadas pelos interesses da estrutura

¹³⁴ Tradução livre do original em francês: « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable déni de justice ».

¹³⁵ Tradução livre do original em francês: « 6. On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs ».

política e social da sociedade de cada Estado-membro, relaciona-se, entre outros, aos interesses desses Estados¹³⁶. (KÖRBER, 2004, p.222)

Encontra-se bem reduzida na tríade consagrada na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro de 1916: soberania, bons costumes e ordem pública nacional. Tríade cuja utilização pelo poder judiciário é a de determinar ou não a incidência no Direito contratual.

Importante mencionar que a ordem pública, nesta função de cláusula de reserva, não possibilitava ao Judiciário a apreciar e a alterar o conteúdo da estipulação contratual, mas, tão somente servir de reserva jurídica de afastar do contrato as estipulações que se evidenciavam nocivos ao ordenamento vigente – o Estado promovia o seu Direito nacional, não procurava delimitar uma justiça equitativa entre as partes.

A soberania da forma foi o modo encontrado para manter equilibrada a segurança jurídica na tênue linha entre os interesses públicos da coletividade e os interesses particulares dos indivíduos.

Manter a soberania da forma no Direito equivale a pronunciar-se contra a arbitrariedade e em favor da liberdade, uma vez que graças a ela se mantém a disciplina e a ordem, constitui-se uma positiva defesa contra os ataques exteriores e, pelo valor que a forma contém, esta se constitui em um elemento avançado que vela pela liberdade jurídica. Em suma, pois, a forma no negócio jurídico é uma valiosa garantia dos interesse públicos e privados, e deve acompanhar sempre o direito. Não quer significar sustentar um critério absoluto na matéria que preconiza a necessidade de um ritualismo exagerado ou de um excessivo formalismo; esse critério impediria muitas vezes, ou ao menos dificultaria ou retardaria, atuando como verdadeira trava, o desenvolvimento de múltiplos negócios de direito. Mas se se trata d fazer ressaltar a idéia de que as formas são indispensáveis na maior parte dos negócios jurídicos, já que de outro modo os interesses sociais e particulares, que a todo o momento deve ser protegidos juridicamente, ficariam abandonados à sorte, ao azar ou à má-fé das pessoas.

O Direito Privado, e sua expressão, a lei positiva, não pode abster-se de matéria de forma externa dos atos, sem renunciar à sua função social, entretanto, esse mesmo direito sofreu uma evolução na matéria, substituindo o formalismo e simbolismo romanos, e seu excessivo ritualismo, por uma maior liberdade ou amplitude na matéria, sem esquecer que, se é verdade que em uma declaração de vontade o importante e essencial é que se declare, em algumas de tais declarações de caráter transcendental, a lei deve exigir uma determinada forma a que a estas devam se ajustar. (PETIT, 2003, p.258).

Para encerrar esta forma tradicional de atuação do Estado nacional na autonomia da vontade é, novamente, importante mencionar que esta forma de atuação foi desenvolvida para um Direito privado composto pelo Direito Civil, Direito Comercial e o

¹³⁶ Tradução livre do original em alemão: „In der Literatur wir “öffentliche Ordnung” als die Gesamtheit der hoheitlich festgelegten, unverzichtbare Grundregeln definiert, die im Interesse der politischen und sozialen Struktur der Gesellschaft von einem Mitgliedstaat erlassen werden bzw. Wesentliche Interesse des Staates berühren“.

DIPr, não constando na sua elaboração a existência do Direito do Trabalho – o qual, com sua particularidade, demandava uma maior interferência do Estado nacional, em face da relação de subordinação de um sujeito perante o outro que, neste Direito se acentua.

Trata-se do sistema cujo ponto central é a aplicação dos conceitos doutrinários referentes ao plano do negócio jurídico, de modo a estipular uma legislação que estabelecesse uma regulamentação objetiva e precisa de forma a propiciar a segurança jurídica nos negócios jurídicos. Segurança jurídica cujo maior oponente é justamente a função judiciária do próprio Estado.

4.3 O sistema ‘constitucionalizado’ de atuação do Estado na autonomia da vontade

4.3.1 A ascensão da Constituição e a valoração social das normas jurídicas

O início do século XIX foi marcado por um pensamento que estabelecia a predominância da liberdade individual sobre os interesses públicos, um período em que predominava a concepção de existirem dois diplomas legislativos como a base do ordenamento jurídico. Um, seria relacionado à estrutura do Estado e a delimitação do poder público na sua relação com os indivíduos particulares; outro, referente à regulamentação das relações jurídicas que se produziam na esfera particular nos afazeres do dia-a-dia.

Ocorre que, no mesmo século XIX, e na sua metade final vai se fortalecer a estrutura do ordenamento jurídico baseado no critério de hierarquia. Produzido no século XX, consolida o pensamento de que a ordem jurídica é composta por um diploma legislativo central, que tem como objetivo estabelecer não só o Estado e a delimitação do poder público, como também determinar os princípios norteadores, segundo os quais, toda a legislação deverá ele se submeter – é o processo de ascensão da Constituição no ordenamento jurídico.

Este processo de ascensão da Constituição, como ponto central da ordem jurídica existente no Estado nacional, vai ter, como ponto de partida, a proposta da adoção do critério hierárquico, como critério, de determinação da relação entre as normas jurídicas

existentes no ordenamento sobretudo para identificar se, na realidade social, existiam pessoas superiores a outras. Por isso, no Direito, nada mais coerente que existam leis superiores e leis inferiores.

Leis e outros comandos, é dito, que emanam de *superiores*, e que obrigam os *inferiores* (...).

Superioridade é comumente sinônimo de *precedente* ou *excelência*. Falamos de superiores em hierarquia; superiores em riqueza; superiores em virtude: comparando determinadas pessoas com outras; e, significando que uma precede ou sobressai sobre as demais, em hierarquia, em riqueza, ou em virtude.

Mas, tomando como significado o meu entendimento, o termo *superioridade* significa *poder*: o poder de infligir mal ou sofrimento aos outros, e forçando-os então, por meio do medo desse mal, a ajustar suas condutas conforme o desejo do detentor do poder¹³⁷. (AUSTIN, 1861, p.15)

A pessoa jurídica que personificaria esta superioridade residiria no Estado nacional. Mais precisamente, na vontade do Estado, enquanto que, no Direito, a lei superior, a norma jurídica superior as demais, se verificava na norma que conferia a estrutura e delimitasse o poder da comunidade.

A ascensão da Constituição, como ponto central da ordem jurídica se vincula, deste modo, diretamente à evolução do monismo jurídico, dado que, no ano de 1868, o termo Constituição se associava a quatro significados distintos. Como explica Grimm:

No ano de 1868 diferencia Held quatro significados recorrentes associados a “Constituição”: 1) *toda situação referente a organização da unidade do Estado com a influência dos momentos não-jurídicos correlatos*; 2) *a soma das previsões e determinações da Constituição*; 3) *aquela parte do Direito constitucional que as elaborações constitucionais pertençam*; 4) *uma lei fundamental constitucional escrita acrescido de todas as Novelas de mesmo carácter*. Ele ainda acrescenta: *este último significado é a de menor empregabilidade no pensamento continental*. Atrás desta customização do uso deste último, está constatação de que com a revolução de 1848, o Estado constitucional havia se consolidado em definitivo¹³⁸. (GRIMM, 1991, p. 136-137)

¹³⁷ Tradução livre do original em inglês: “Law and other commands are said to proceed from *superiors*, and to bind *inferiors*. (...) *Superiority* is often synonymous with *precedence* or *excellence*. We talk of superiors in rank; of superiors in wealth; of superiors in virtue: comparing certain persons with certain other persons; and meaning that the former precede or excel the latter, in rank, in wealth, or in virtue. But, taken with the meaning wherein I here understand it, the term *superiority* signifies *might*: the power of affecting others with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one’s wishes”.

¹³⁸ Tradução livre do original em alemão: „Im Jahre 1868 unterscheidet Held vier geläufige Bedeutungen des ausdrucks >Verfassung<: 1) *Den ganzen zustand der organisierten Einheit des Staats mit Einschluß der dazugehörigen nicht juristischen Momente*; 2) *die Summe der Verfassung betreffenden Rechtssätze und Einrichtungen*; 3) *jenen Teil des Verfassungsrechts, welcher die constitutionellen Einrichtungen enthält*; 4) *ein geschriebenes constitutionelles Grundgesetz samt allen ihm mit gleichem Charakter beigegebenen Novelen*. Er setzt dann hinzu: *In dem letzten Sinne wird der Ausdruck wenigstens auf dem Kontinent gewöhnlich angewendet*. Hinter dieser Gewöhnung steht die Tatsache, dass sich mit der Revolution von 1848 der Verfassungsstaat endgültig durchgesetzt hat“.

No momento em que se estabelece o pensamento de que a Constituição traduzia a concepção de uma lei fundamental do sistema jurídico de determinado Estado, consolidava-se, no pensamento jurídico, a primeira forma de monismo.

O monismo jurídico é uma corrente de pensamento que prega unidade da ordem jurídica, decorrente da constatação de controvérsias existentes no Direito do final do século XIX. Concentrava-se na necessidade de uma explicação do Direito internacional público nascente e na sua concepção relativa de soberania.

Em rápida análise, o monismo teve diversas acepções. Num primeiro momento se associou a um caráter absoluto da figura do Estado em relação ao Direito internacional, para determinar a supremacia absoluta do Direito nacional – conhecidas como as teorias negatórias do Direito internacional, para desenvolver em uma gradual relativização em prol de maior receptividade do Direito nacional em relação ao Direito internacional.

Em contraposição ao monismo, foi elaborada, em 1899, a teoria do pluralismo – ou dualismo, como afirmam alguns¹³⁹. Promovia ele o pensamento de que o âmbito de atuação do Direito nacional seria diferente do Direito internacional. Daí podia-se estabelecer a existência de dois planos do Direito que se harmonizavam. O pluralismo nunca foi bem aceito pela doutrina do Direito, que sob a égide do positivismo, preferiu manter a concepção unitária da ordem jurídica, para recair no estudo de qual norma figuraria como ponto central desta ordem¹⁴⁰.

A consolidação do monismo e a adoção em sua primeira forma da premissa de que a ordem jurídica teria como vetor a obediência das demais leis à lei fundamental do Estado nacional determinou, em sede de atuação do Estado na autonomia da vontade, na lenta erosão da concepção da existência de duas constituições para regulamentar a ordem jurídica: não era coerente e nem lógico estabelecer a premissa teórica da unidade do Direito e, ao mesmo tempo, ter uma realidade legislativa com dois documentos legislativos de igual importância – um, no Direito público; outro, no Direito privado.

¹³⁹ Pluralismo foi a denominação original da teoria desenvolvida por Heinrich Triepel, qual defendia que existia uma relação múltipla entre o Direito internacional com as diversas ordens nacionais. A denominação dualismo adveio por sugestão de Alfred Verdross que reduziu os plano de relações ao plano internacional com o plano nacional, sugestão prontamente aceita por Triepel (MELLO, 2004, p.122).

¹⁴⁰ Do desenvolvimento deste pensamento é que surge a *norma jurídica fundamental*, conceito deveras complicada, elaborada pelo jurista Hans Kelsen para explicar o ponto inicial da ordem jurídica.

Como afirmam Andrade e Bonavides (2008, p.487), a noção moderna de Constituição vai nascer justamente com a noção de nação e liberalismo econômico, dado que, neste contexto, vai se consolidar o monismo da supremacia do Direito constitucional.

No início do século XX, vai se operar uma lenta transformação na própria concepção de Constituição, enquanto que, no fim do século XIX, ainda se visualizava vestígios de que o Código Civil tinha de estar formalmente dentro dos requisitos estabelecidos na Constituição. Mas, na esfera de interpretação, ele não se confundia com os ditames constitucionais, por ter um campo de atuação próprio (as relações privadas). Somente após a Primeira Guerra Mundial e o surgimento das ditas Constituições sociais, esta concepção entrava em processo de ruptura.

O surgimento das Constituições sociais pós-primeira guerra mundial se relacionava diretamente com os problemas sociais que se acumulavam desde a metade final do século XIX e agravados pela destruição provocada pelo conflito. Neste período se verifica que o Direito privado encontra-se num estágio por demais *civilizado* e incapaz de constatar e de compreender a nova realidade das relações jurídicas originadas da Revolução industrial.

Neste processo, do qual resulta o Direito do Trabalho, acaba-se por se utilizar das falhas existentes na estrutura formalística em compreender as novas realidades sociais para, a partir de uma crítica inicialmente localizada ao campo das obrigações, desenvolver-se a concepção e a uma necessidade geral de o Direito como um todo possuir uma valoração social expressa. Expressa, pois o Direito como Ciência derivada da conduta humana em sociedade, já cumpre valoração social implícita ao pressupor a conduta bem vinda ou má vinda em determinada sociedade.

A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A Lei fundamental então é que positiva os direitos concernentes à justiça, à segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança, etc., que antes estavam no Código Civil... A Constituição, que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente com o estatuto da vida política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente com o estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo. (SARTI, 2006)

O problema do Direito do século XIX em lidar com a realidade social modificada pela revolução industrial vai desenvolver. Uma forma de positivar elementos morais e sociais que, anteriormente, recaíam no caráter implícito da conduta humana. Era o

processo de aglutinação, pela Constituição, de todas as diretrizes do sistema jurídico, mesmo que tais diretrizes não tivessem razão de figurar em texto normativo ou não serem propriamente da jurisdição constitucional.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. (TEPEDINO, 2008, p.7)

Modernamente, este processo é conhecido como constitucionalização do Direito Civil, ou melhor, constitucionalização do Direito privado *civilizado*.

4.3.2 A constitucionalização do Direito Civil

4.3.2.1 A delimitação do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil

A constitucionalização do Direito Civil é um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. (LÔBO, 2009, p.36)

A ascensão da Constituição e a necessidade de valoração social, expressa nas normas jurídicas, estabeleceu o grande debate que ocorre na Ciência jurídica contemporânea: o Estado social e a Constituição social fornecem um processo de fragmentação e indeterminação não só do Direito Civil, mas também de todo o Direito privado em prol dos “valiosos” princípios constitucionais e na ampliação do papel do judiciário na atuação do Estado nesta esfera privada.

O ponto de partida para compreender este fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é compreender como se concentrou, na esfera constitucional, o debate não só acerca da ordem social, como também da ordem pública em suas diferentes manifestações – a crise dos princípios positivados e da questão dos direitos fundamentais e seu tramite no Direito privado.

O processo de constitucionalização é um processo de influência do Direito constitucional no Direito Civil. Não se trata de elevar o Direito Civil ao campo constitucional, mas de intromissão do Direito constitucional no Direito privado ou, como a doutrina costuma definir: “a idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológica se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2007).

A Constituição agrega à sua função de limitar o poder público e a estrutura do Estado (de modo a preencher as condições de estatalidade existente no Direito internacional público), a ideia de ser o próprio ponto de surgimento da ordem jurídica. não sendo mais somente adstrita a estruturar o Estado, mas também todo o Direito. Ampliação que promove a simbiose entre Estado e Direito e resulta na concepção de tratar-se ela a personificação maior da sociedade e da vontade do povo.

Assim a ordem jurídica não é mais expressão da vontade do povo, pois somente a Constituição gozaria desta “ligação direta”, sujeitando as demais normas jurídicas do sistema ao controle constitucional. A Constituição assume o papel de intermediário da vontade do povo para com a legislação em vigor.

A postura que assumimos manifesta-se, ademais, em consonância com o princípio da hierarquia das leis, em que se estabelece a prevalência da ordem superior; com o da revogabilidade de leis dentro do mesmo nível; e com o do mecanismo de controle de legalidade pela técnica da declaração de inconstitucionalidade.

De fato, de início, ao ser promulgada, a Carta atinge a ordem jurídica correspondente, mudando-a (com isso, rui a Constituição anterior). Estabelece, outrossim, princípios e regras novas que deitarão efeitos na órbita privada, à luz do respectivo alcance (e nos termos já anotados). Daí, edita-se nova ordem privada ou se ajusta esta a seus cânones, conforme a profundidade das rupturas operadas.

Como consequência, as leis ordinárias incompatíveis existentes terão de ser substituídas por outras, ditadas consoante os novos cânones, ou ter declarada a sua inconstitucionalidade em casos específicos porventura existentes. (BITTAR&BITTAR FILHO, 2003, P.24)

Esta questão pode e deve ser resumida, quanto ao Direito privado, ao fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais ou na eficácia mediata e imediata na ordem jurídica privada dos direitos fundamentais – orientação agrupada pelos doutrinadores alemães como *Drittwirkung der Grundrechte*.

A questão encontra seu fundamento na distinção existente entre duas das principais correntes existentes sobre direitos fundamentais no Direito constitucional: (1)

conceber os direitos fundamentais como inerentes à pessoa humana; e (2) conceber os direitos fundamentais como condição do ser humano, como vinculado a determinado Estado nacional.

Na busca de um conceito geral dos direitos fundamentais, os autores alemães discutem com duas correntes tradicionais. Segundo a primeira, da tradição francesa e anglo-saxã, os direitos fundamentais seriam direitos do indivíduo que preexistiriam ao Estado. Já a segunda corrente, própria da tradição germânica, afirma que os direitos fundamentais não pré-existem, mas só existiriam graças à outorga estatal. No primeiro caso, os direitos fundamentais caberiam ao indivíduo pela sua simples condição de ser humano, que nasce dotado de aspectos inalienáveis de sua liberdade. No segundo caso, isso ocorreria somente graças à sua condição de membro do Estado. Em ambos os casos, porém, a oposição indivíduo – Estado é bastante central. Em ambos os casos a auto-vinculação do poder estatal em face dos direitos fundamentais, sejam eles naturais ou outorgados pelo Estado, está no centro e representa seu sentido e significado. (MARTINS, 2005, p.78-79)

Este debate existente na doutrina constitucional acaba por incorrer na tentativa de estabelecer premissas gerais inerentes da condição de existir como ser humano (=direitos humanos) para todo o sistema jurídico, gerando consequências diversas em cada ramo específico do Direito. Em sede de Direito privado, o ponto principal deste debate é o fortalecimento da atuação do Estado nacional perante as relações jurídicas particulares, na busca de alinhar estas relações jurídicas entre privados com a ordem constitucional vigente. Ou seja, a crise de princípios morais básicos gerada pelo pensamento positivista agora procura ser contornada pelo estabelecimento, no Estado nacional, da figura de “pai” de seus súditos nas relações contratuais.

Porém, o processo de constitucionalização como fortalecimento da figura do Estado nacional enquanto interventor judicial na esfera privada é somente uma interpretação possível do papel do Estado nas relações privadas. Pois o processo de constitucionalização, no Direito privado, se desdobra em dois grandes debates, os quais variam conforme o país que se analisa. Isto é, a constitucionalização tem uma concepção distinta conforme o direito nacional em que a mesma se insere.

Diante desta constatação podem-se destacar dois Direitos nacionais para serem sujeitos à análise: (1) o Direito alemão, representando o debate da constitucionalização do direito privado como sendo um processo de índole dogmática e vinculado ao campo do processo legislativo e interpretação legislativa; e (2) o Direito brasileiro, representando o debate da constitucionalização como fortalecimento da função judiciária da intervenção do Estado nacional no Direito privado, dele deriva a tendência do fenômeno em se associar a ideia de ativismo judicial e judicialização do Direito privado.

4.3.2.2 A constitucionalização como fenômeno legislativo

No Direito alemão, o fenômeno de constitucionalização do Direito privado desdobra num debate acerca de qual seria a relação entre as estipulações de caráter principiológicas, abstratas e indeterminadas, existentes na legislação de Direito privado com as de mesma natureza do Direito Constitucional. Localiza-se neste debate a questão de se poder considerar que as determinações constitucionais não só se dirijam aos agentes do poder público, mas também às pessoas particulares – base da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais.

Está questão de se aplicar previsões constitucionais as condutas de pessoas particulares emergiu quando se verificou que existe na legislação de Direito privado alemão muitas regulamentações que envolvem assuntos que também encontram previsão no texto constitucional, por exemplo: a utilização das ordens de construção (*Bauordnung*) e dos direitos de vizinhança (*Nachbarrecht*) estabelecidos no BGB poderiam ser aplicadas e utilizadas para a consecução de finalidades ecológicas eventualmente previstas em normas de Direito público?

Neste aspecto, a constitucionalização torna-se um debate sobre a forma de interpretação que se deve utilizar no momento de realizar a integração do ordenamento jurídico, no momento em que se procura preencher os conceitos jurídicos indeterminados em legislação infraconstitucional e os princípios expressos no texto constitucional.

Em resumo, essa situação pode ser reduzida na busca de uma resposta para a possibilidade ou não de se inserir no polo ativo de violação de um direito fundamental a pessoa particular. Pode um indivíduo ser inserido no conceito de “força pública” (*öffentliche Gewalt*) existente na redação constitucional e ser alvo de uma Reclamação Constitucional? E até que ponto o legislador do Direito privado estaria vinculado a esta situação?

Neste contexto, pode-se utilizar um argumento sistemático, até agora não mencionado na discussão e que não exerceu influência na questão. Reside na previsão no art. 93 Abs. 1 Nr. A GG, a determinação de que qualquer pessoa pode realizar uma reclamação constitucional com a alegação de que “teve seu direito fundamental ferido por força pública”. Deve-se, neste conceito de “força pública”, inserir o legislador do direito privado e, também, acontecer

aqui uma necessária redução teleológica com o objetivo de delimitar o campo de atuação desta previsão sobre o mesmo?¹⁴¹ (CANARIS, 1999, p.14)

Está situação complicada pode ser mais bem compreendida quando se analisa o ponto de partida do debate de constitucionalização do Direito privado na Alemanha. A famosa decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a liberdade de opinião no caso *Lüth* (BVERGFE 7, 198 – 15.01.1958), quando este tribunal decidiu que a aplicação do §826 BGB pelo Tribunal de Justiça do Estado de Hamburgo ao caso, era ofensiva à liberdade de expressar opinião e pensamento prevista no art.5 1 I GG.

O BGB, apesar de ser um Código Civil tem, em algumas suas previsões referência à aplicação de multas para coibir a prática de condutas que ferem aos bons costumes. O §826 é um destes dispositivos. O caso *Lüth*, em resumo, versava sobre uma campanha realizada por um jornalista contra determinado filme em que atriz principal era uma das atrizes favoritas do regime nazista. A produtora do filme entrou com ação judicial para pôr fim a esta campanha e pleiteava a aplicação do §826 BGB à conduta do jornalista contra o filme.

O tribunal de Hamburgo determinou que o jornalista cessasse sua campanha contra o filme, além de aplicar a previsão do §826 BGB. Por sua vez, o jornalista entrou com reclamação constitucional contra a decisão do tribunal de Hamburgo, por entender que aquela decisão era uma afronta a sua liberdade de opinião.

O Tribunal Constitucional, ao revogar a decisão do tribunal de Hamburgo, estabeleceu o longo caminho do debate de constitucionalização no Direito alemão, em que se pode destacar dois pontos centrais:

- (1) a defesa do tribunal constitucional de que a Constituição não representaria um ordenamento axiologicamente neutro;
- (2) os Direitos fundamentais consistiriam numa espécie de Direito cogente do ordenamento jurídico e, portanto, estariam associados a uma ideia de *ordre public lato sensu*, inserindo-se, por esta via, nas relações jurídicas particulares e ao legislador do Direito privado.

¹⁴¹ Tradução livre do original em alemão: “hinzukommt ein systematisches Argument, das bisher in der Diskussion, soweit ersichtlich, keine Rolle gespielt hat. Es liegt in dem Hinweis auf art.93 Abs. 1 Nr. 1 A GG, wonach jedermann die Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben kann, „durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein“. Soll etwa unter „öffentlicher Gewalt“ in diesem Sinne nicht auch der Privatrechtsgesetzgeber zu verstehen sein und soll also auch hier eine teleologische Reduktion erfolgen mit dem Ziel, ihn aus den Anwendungsbereich der Vorschrift auszuclammern?“.

Da leitura da decisão do caso *Lüth*, tem-se a impressão de que o Tribunal Constitucional alemão tinha em mente estabelecer um precedente jurisprudencial, para estabelecer a mentalidade de que o sistema legislativo seria um sistema fechado, baseado na integração dos princípios constitucionais como ferramentas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados existentes nas diversas previsões legislativas infraconstitucionais – no caso, o conceito de *bons costumes* do §826 BGB.

Isto leva a crer que a decisão procurava delimitar um vetor legislativo para a delimitação de expressões indeterminadas como *bons costumes*, *boa conduta*, entre outras de abundante uso por parte do legislador do Direito privado.

Não é surpresa que tal posicionamento acabou resultando na ascensão do debate acerca da eficácia mediata e imediata das previsões constitucionais (especialmente dos direitos fundamentais), invariavelmente relacionando-se com a temática da legislação de Direito privado – situação que Canaris acabou denominando de “Teorema de Münchhausen”.

No geral pode-se conceber que o legislador do Direito privado só está mediatamente vinculado aos direitos fundamentais. Isto significa que é vinculado “pela média das previsões imediatas dominantes”, uma negação do carácter irrestrito baseada tanto em razões normológicas como práticas. Parece-me se tratar de um tipo de Teorema de Münchhausen, em possibilitar aos juristas privatistas, uma forma de sozinhos e por conta própria se retirarem do pântano do direito constitucional¹⁴². (CANARIS, 1999, p.18)

Interessante observar que, neste aspecto, o debate sobre a constitucionalização, serve basicamente para reforçar os métodos de interpretação e de argumentação dos tribunais especializados, não se concebendo uma motivação para uma postura “super-revisora” por parte do Tribunal Constitucional, mas uma uniformização argumentativa dos tribunais no que tange à interpretação e à aplicação do Direito, bem como nas formulações legislativas de previsões abstratas e indeterminadas.

Aos motivos desta forma de conceber a integração do sistema constitucional com o sistema do direito privado em nível legislativo, pode-se acrescentar a verificação de que a pretensa ausência axiológica poderia resultar num esvaziamento da Constituição. É que, naquele país, já se possui uma experiência mal sucedida de excessos principiológicos constitucionais (a Constituição de Weimar), cujo o mau uso dos conceitos indeterminados e

¹⁴² Tradução livre do original em alemão: „Insgesamt ist somit die Ansicht, daß der Privatrechtsgesetzgeber an die Grundrechte nur mittelbar, d.h. „durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“ gebunden sei, sowohl aus normologischen als auch aus praktischen Gründen uneingeschränkt abzulehnen, mir scheint es sich daher um eine Art Münchhausentheorem zu handeln, das den Privatrechtlern die Möglichkeit verschaffen soll, sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf des Verfassungsrechts herauszuziehen“.

dos Direitos fundamentais elencados em demasia na constituição, acabaram por reduzir o Direito como mero bajulador do Estado, possibilitando a ascensão do regime nazista - os institutos do *Gemeinwohlklauseln* e o *Führerprinzip* são expoentes dos desvios que podem resultar desta situação.

No que tange a legislação foram utilizadas, sobretudo, as disponíveis ou recém introduzidas *cláusulas de bem estar comunitárias* no intuito de colocar sob preferência o elemento ideológico nacional-socialista do princípio da comunidade do povo. Deste modo foi estabelecido em ultima instância, uma categoria antijurídica com objetivo de rebaixar os interesses individuais. E em conexão com “princípio do *Führer*” (que deveria ser contraditório ao princípio da comunidade do povo) abrir a possibilidade de impor todos os objetivos e interesse da Ditadura¹⁴³. (EBEL & THIELMANN, 2003, p.418).

No que tange à atuação do Estado na autonomia da vontade, este aspecto da constitucionalização do Direito privado tem, ele pouca relevância e influência pois, a aplicação da noção de direitos fundamentais previstos na própria Constituição, é vista como função “corretiva”, naquilo em que o Direito privado se apresenta disforme ou indeterminado. Como explica Neuner:

Os direitos fundamentais podem complementar ou modificar o Direito privado. A função complementar se estabelece na constatação de recorrentes lacunas na codificação do Direito privado, assim como prevê a correspondente eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. A função corretiva se estabelece na predominância dos direitos fundamentais, no escalonamento da ordem jurídica. Destarte elabora-se uma ordem de referência para o caso de se constatar lacunas na legislação simples do Direito privado e no desenvolvimento dos Direitos fundamentais¹⁴⁴. (NEUNER, 2007, p.159)

Não há alteração, na interação entre o Estado e a esfera privada. O que se verifica é a promoção de uma maior harmonização na elaboração legislativa e na aplicação pelos tribunais do Direito privado, ao integrar os direitos fundamentais às áreas do Direito privado em que o uso de conceitos indeterminados ocorre e, especialmente, nos casos em que se constata uma lacuna legislativa – corrobora com a tese que, mesmo com a codificação do Direito, não existe uma legislação capaz de regulamentar toda a esfera privada de forma

¹⁴³ Tradução livre do original em alemão: „Bei der Gesetzgebung wurden vor allem vorhanden oder neu eingeführte *Gemeinwohlklauseln* dazu benutzt, das ein Element der nationalsozialistischen Ideologie, das Volksgemeinschaftsprinzip, hervorzuheben. Dadurch wurde ein letztlich antirechtliche Kategorie bemüht, um Individualinteressen herabzusetzen. In Verbindung mit dem – dem Volksgemeinschaftsprinzip eigentlich konträren – „Führerprinzip“ eröffnete sich so die Möglichkeit, jedweder Beliebigkeit bei der Zweckverfolgung der Diktatur durchzusetzen“.

¹⁴⁴ Tradução livre do original em alemão: „Die Grundrechten können das Privatrecht ergänzen oder abändern. Die komplementäre Funktion setzt eine Lückenhaftigkeit der Privatrechtskodifikation sowie eine korrespondierende privatrechtliche Wirkkraft der Grundrechte voraus; die korrektive Funktion bedingt eine Vorrangstellung der Grundrechte im Stufenbau der Rechtsordnung. Im Folgenden wird zunächst die Lückenhaftigkeit der einfach-gesetzlichen Privatrechtsordnung und die Entwicklung der Grundrechte als Referenzordnung skizziert“.

perfeita. Daí há a necessidade de se recorrer a princípios e valores para a solução destes casos, valores estes consagrados no texto constitucional e na sua interpretação.

4.3.2.3 A constitucionalização como ativismo judicial

Se, no Direito alemão, o fenômeno da constitucionalização se localiza mais no campo da integração do sistema legislativo, o debate da constitucionalização, no Brasil, assume um tom voltado para o ativismo judicial. A constitucionalização do Direito privado brasileiro acaba pegando carona na questão do controle dos direitos sociais.

Esta vertente acerca do debate da constitucionalização tem seu ponto de partida em uma das principais críticas e que repousa na questão da aplicação dos direitos fundamentais como vetores de preenchimento de lacunas e indeterminações do Direito. A crítica baseia-se na ideia segundo a qual a má utilização dessa aplicação dos direitos fundamentais acarretaria em torna-los um pretexto para estabelecer os tribunais constitucionais como instâncias de “super-revisão”.

Uma das primeiras fraquezas da decisão *Lüth* reside na aparência de se passar um pensamento que a (simples) “Irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Civil se associa a problemática da “superrevisão”. No momento em que se limita a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil só pela localização da expressão “efeito irradiante”, adquire-se a impressão, que esse modo de pensar não tem a finalidade maior de afastar o perigo de uma “superrevisão”.

Esta situação não é de modo algum específica para o caso da utilização da reclamação constitucional contra as decisões de Tribunais civis, mas também em princípio se aplica do mesmo modo, a *todas* as áreas do Direito. Pois, também, contra a decisão dos tribunais penais, administrativos ou financeiro poderia utilizar-se a reclamação constitucional, abrindo esta uma nova e excepcional instância, de modo que o Tribunal Constitucional federal também tem de tomar medidas, para não assumir este papel de tribunal de super-revisão¹⁴⁵. (CANARIS, 1999, p.26-27)

¹⁴⁵ Tradução livre do original em alemão: „Ein erster gravierender Mangel des Lüth-urteils besteht darin, daß es den Gedanken der (bloßen) „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht in Zusammenhang mit der Problematik der „Superrevision“ bringt. Gerade und nur bei deren Erörterung fällt das Wort „Ausstrahlungswirkung“, und man gewinnt dabei den Eindruck, daß diese Sichtweise auch und nicht zuletzt dazu dienen soll, die Gefahr einer „Superrevision“ zu bannen. Diese weist indessen keineswegs spezifisch für Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der *Zivilgerichte*, sondern besteht in prinzipiell gleicher Weise in *allen* Rechtsgebieten. Denn auch wenn gegen das Urteil eines Straf-, Verwaltungs- oder Finanzgerichts eine Verfassungsbeschwerde eingelegt wird, eröffnet diese eine zusätzliche Instanz, so daß das Bundesverfassungsgericht auch hier Vorkehrungen treffen muß, um nicht in die Rolle eines Superrevisionsgerichts zu geraten“.

Se, numa estrutura de poder judiciário especializado, como a existente no Direito alemão, se temia o problema da super-revisão, na adoção destes efeitos irradiantes dos Direitos fundamentais, num poder judiciário com estrutura altamente concentrada como o existente no Direito brasileiro, a temática da judicialização acabou assumindo um ponto central no debate de constitucionalização.

No Brasil, a estrutura do poder judiciário se concentra na figura do Supremo Tribunal Federal, comumente referido como guardião da constituição. Mas que em realidade é mais uma super-instância recursal do sistema brasileiro, dado que a natureza *dirigente* da Constituição de 1988 acaba por resultar em duas formas de controle de constitucionalidade e, por consequência, em dois instrumentos diversos, na apreciação dos efeitos dos direitos humanos: (1) o controle de constitucionalidade difuso, realizável por qualquer instância do poder judiciário brasileiro e de efeitos limitados à lide em foco (efeitos *inter partes*); (2) o controle de constitucionalidade concentrado, realizável por via das ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, de competência do STF, e de efeitos aplicáveis para todas as lides que versem sobre a questão em foco (efeitos *erga omnes*).

Diante desta estrutura judiciária, existente, no Brasil, somado às graves mazelas sociais existentes na sociedade brasileira, é natural que o papel do judiciário assumisse relevância no debate da constitucionalização. Diante do fracasso do Estado brasileiro, em fazer cumprir os direitos fundamentais expressos no texto constitucional, recorre-se ao judiciário para que os mesmos sejam garantidos.

Esta realidade jurídica brasileira pode ser definida pelo constitucionalismo simbólico, teoria desenvolvida pelo jurista Marcelo Neves para descrever a realidade das constituições sociais diante de um Estado incapaz de cumpri-la.

A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem “letra morta” em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social. (NEVES M., 2007, p.116)

Por consequência, o debate da constitucionalização do Direito Civil acaba por incorrer na ampliação da função judiciária do Estado, diante da utilização de uma legislação de Direito privado, fragmentada e excessivamente indeterminada. Em suma, a constitucionalização, no direito brasileiro, se confunde com o ativismo judicial.

O ativismo judicial é uma denominação ampla para designar não só o fenômeno da ampliação da atuação do poder judiciário, mas, também, na sua reformulação, dado que, inicialmente se propunha romper a tradição quase colonialista do poder judiciário, como uma função do poder extremamente formalista e de profundo apego às doutrinas positivistas e, para torná-lo um poder que pudesse servir de pilar na concretização dos Direitos básicos garantidos ao cidadão a partir da Constituição de 1988.

Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por *valores*, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, , administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias civis, administrativas) “no espírito” dos Direitos fundamentais e seus valores subjacentes.

A pouca experiência dos membros do Poder Judiciário no manejo dos princípios constitucionais termina subvertendo a lógica jurídica e colocando a população refém de normas infralegais editadas sem qualquer preocupação com esses princípios superiores, no mais da vezes, com elas conflitante. A natureza político-social dessas normas impõem a necessidade de métodos de interpretação específico. O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal individualista-normativista”, que nega a aplicação de normas “programáticas” e dos princípios constitucionais. (KRELL, 2002, p.72-73)

É evidente que o debate sobre os efeitos dos direitos fundamentais, da qual a constitucionalização do Direito Civil é uma especificidade, assume um campo de debate muito maior do que no Direito alemão. É que a Constituição no âmbito do Direito público, vai servir como solução de problemas derivados tanto da omissão e corrupção do Estado no Direito público. O mesmo ocorre no âmbito do Direito privado e, ainda, na intersecção destes dois direitos advindas da terceirização de serviços públicos básicos e essenciais.

Contexto que consolida, no Direito brasileiro, o mito de que o Estado Democrático de Direito está intrinsecamente ligado à expansão da função judiciária do Estado, no estabelecimento do judiciário não só como guardião da constituição, mas, também, como grande fiscal das condutas do Estado e dos indivíduos.

Isto porque, se com advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foro de poder / tensão passou para o Poder Executivo . No Estado democrático de direito há (ou deveria haver) um modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2004, p.20)

Neste preâmbulo sobre a realidade constitucional brasileira, a constitucionalização do Direito privado acabou gerando, na doutrina do Direito privado, um

convencimento geral de que o papel de controle que o Judiciário necessariamente tem na seara dos direitos sociais, existiria igualmente nas relações particulares privadas. Isto significa que o judiciário não é mais o simples garantidor jurídico do negócio jurídico, mas o fiscal interventor dos negócios jurídicos, cuja finalidade é estabelecer a “justiça” neste campo dominado pela autonomia da vontade.

Este ativismo judicial, verificado no Direito privado acabou por resultar na constatação de que a constitucionalização do Direito privado em geral, se resume em estabelecer nos princípios constitucionais brasileiros, um motivo para a intervenção no conteúdo dos negócios jurídicos e, na esteira deste pensamento, a implementação de uma legislação fortemente interventora e indeterminada como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro de 2002.

A desculpa da ineficiência do Estado brasileiro e as mazelas sociais decorrentes da corrupção e do jeitinho acabam por fomentar, no Direito contratual, a ideia de que tais situações são decorrentes da autonomia da vontade, quando, em realidade, são problemas advindos da estrutura social e política do Estado brasileiro.

Haverá um *interventionsismo* cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua *função social*. (MARQUES, 2004, p. 176).

Neste sentido, a constitucionalização do direito privado nada mais é que uma denominação embelezada de uma pseudo socialização geral e uma irresponsável visão do Direito privado ainda presa na concepção do Direito privado *civilizado*. Traduz uma tentativa do jurista brasileiro em recorrer aos princípios constitucionais para solucionar problemas jurídicos de ordem privada decorrentes tanto da omissão do Estado na prestação de serviços básicos quanto dos serviços públicos terceirizados. Motivação que constitui um contrassenso: substituir a liberdade individual da esfera privada pela concepção da dignidade humana, como se um valor fosse de mais valia que o outro.

Em sede Brasil, pode-se constatar que tais transformações conduziram à elaboração da Constituição Federal de 1988, ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária. (GUIMARÃES, 2004).

Em suma este é o aspecto do constitucionalismo do direito privado que enseja na modificação da atuação do Estado nacional no âmbito da autonomia da vontade, que não abandona os mecanismos e a atuação tradicional, mas acrescenta uma série de limitações cuja finalidade maior é sujeitar a autonomia da vontade ao arbítrio da interpretação judiciária.

No fundo está se embelezando a questão, por meio de uma “hermenêutica” que sujeita a liberdade do indivíduo a uma concepção utópica de dignidade.

4.3.3 A atuação ‘constitucionalizada’ do Estado na autonomia da vontade

4.3.3.1 *Os quatro limites a mais da autonomia da vontade nesta atuação do Estado*

Superada a questão do desenvolvimento do fenômeno jurídico da constitucionalização do Direito privado, parte-se para a análise do ora denominado *sistema constitucionalizado de atuação do Estado na autonomia da vontade*” ou, utilizando emprestado o termo alemão, *Eingriffsrecht* na autonomia da vontade.

Esta nomenclatura procura evidenciar que o Estado nacional passa de avalista jurídico da autonomia da vontade para a figura do fiscal interventor na autonomia da vontade, em busca de promover uma utópica ideia de dignidade da pessoa humana por via da determinação da justiça social – como se esta última existisse nas relações envolvendo somente particulares.

A atuação do Estado na autonomia da vontade parte, neste sistema, dos fundamentos que possibilitam ao poder Judiciário retirar-se de avalista (ou *boca da lei*) na apreciação do negócio jurídico / contrato, para inserir-se como interventor e fiscalizador do próprio negócio jurídico / contrato. Papel que se associa ao poder moderador não entre as partes, mas do próprio negócio jurídico.

Neste aspecto, o *Eingriffsrecht* do Estado vai acrescentar mais quatro fatores ao modelo tradicional de limitação da autonomia da vontade, que são:

- (1) a função social dos contratos;

- (2) as leis de aplicação imediata;
- (3) a redação legislativa indeterminada (conceitos indeterminados, cláusulas gerais);
- (4) a reformulação do instituto ordem pública.

4.3.3.2 A função social dos contratos

A função social dos institutos de Direito privado e particularmente do contrato para os fins deste artigo trata-se, originalmente, de criação dos solidaristas ou dos defensores do direito social (do qual Durkheim, Duguit, Hauriou, Salleilles e Gurvitch são os fundadores), os quais romperam com o paradigma individualista do modelo jurídico liberal das codificações oitocentistas por acreditar que a análise jurídica não deveria partir do direito subjetivo de uma pessoa, mas sim da função que aquele direito desempenha no tecido social (TIMM, 2006, p.86)

Como consequências diretas da incapacidade do Direito privado em lidar com as mazelas decorrentes da Revolução Industrial e do lançamento dos primeiros fundamentos do que viria a se tornar o *Welfare State* pelas políticas previdenciárias do chanceler alemão Bismark, surgiram, depois deste as teorias sociais do Direito.

Apesar destas teorias e da influência do fator social no Direito ter sua evolução iniciada nos fins do século XIX, sua evolução e expansão, determinando a realidade do Estado Social, somente iria ocorrer após o primeiro conflito mundial e se consolidar gradualmente em nível global após o segundo conflito mundial. No Brasil, o Estado social ser traçado somente sem vícios com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando pelas características próprias da sociedade brasileira, se consolida concomitantemente o Estado democrático de Direito.

Na esteira da Constituição Federal brasileira de 1988 vão se estipular novas regras e surgir novos microssistemas referentes ao Direito privado brasileiro, quando no primeiro momento se consolida, a esfera constitucional, a função social da propriedade e se estabelece o microssistema do consumidor, por via do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Em 2002, aparece o marco maior da reformulação do Direito privado no Brasil: o novo Código Civil¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Aqui se ignora propositalmente o art. 5º da LINDB qual previa desde de 1942 que “na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, uma vez que a própria doutrina

Nesta nova formulação da principal codificação do Direito privado (derivada da unificação, em nível obrigacional, do Direito Civil e comercial), tornou-se fato consolidado a existência de uma concepção social do contrato, ou seja, o contrato deveria ser visualizado como “uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais” (MARQUES, 2004, p.210).

Em convergência a esta nova “velha” tendência socialista do Direito privado brasileiro pós-constituição de 1988 e CDC 1990, o Código Civil de 2002 vai consagrar, no seu art. 421 que a liberdade contratual deve ser exercida em respeito à função social do contrato, com isso inaugura-se no Direito brasileiro legislado, a função social do contrato – a *socialidade* da nova codificação.

Eticidade e socialidade, eis aí os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais, e pela exigência de probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução.

Estabelecidos esse princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins éticos-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa.

Nessa ordem de idéia passou a ser disciplinado de nova forma o direito de propriedade, mesmo porque esta, de conformidade com o inc. XXIII do art.5º da CF/88, “atenderá a sua função social”.

Decorência lógica desse entendimento é a compreensão da “função social do contrato”, o qual representa, uma justa composição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde devido ao inadimplemento de uma das partes, também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes. (REALE, 2003b, p.17)

Depois de 150 anos, redescobriu o Direito Civil brasileiro a necessidade de boa-fé e a ética nos negócios jurídicos/contratos, em que figura a função social do contrato – pelo modo que fora expressa no Código Civil – e para estabelecer, de fato, a realidade do dirigismo social por parte do Estado nacional nas relações contratuais que, por azar, acabam adentrando em seu poder jurisdicional.

A primeira reação referente a este “novo” instituto do Direito Civil brasileiro gerou, no ambiente jurídico, um certo grau de perplexidade.

Este dispositivo, como tantos outros integrantes do Código Civil, causa certa dose de surpresa e mesmo perplexidade nos estudiosos mais conservadores, já que, indubitavelmente, contém regra cuja formulação é extremamente vaga e imprecisa, podendo muito facilmente transformar-se em brecha para todo tipo de arbitrariedade do Judiciário. (WAMBIER, 2005, p.59)

Diante desta invasão, no campo legislativo civil, das normas de cunho programático – ou de conceituação indeterminada – partiu-se para busca de uma delimitação do que significaria a função social e como ela atuaria no sistema contratual brasileiro. Daí a pergunta: seria um princípio, uma condição geral ou uma cláusula geral?

É de ser registrado que o Conselho da Justiça Federal, por ocasião da I Jornada de Estudos sobre o Novo Código Civil, estabeleceu enunciados sobre a função social do contrato, na forma a seguir registrado:

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

b) Enunciado 22 – art. 421: 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.

c) Enunciado 23 – art. 421: 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. (DELGADO, 2006).

Se se tratar de uma cláusula geral todos os contratos no Direito Civil brasileiro, que tem uma contraditória função de conservar o contrato e, ao mesmo tempo, alterá-lo diante de interesses de terceiros, constata-se três questionamentos de extrema relevância, mas de pouca análise pela doutrina brasileira:

- 1) Quais são os contratos regulamentados pelo Código Civil?
- 2) Qual é a realidade social que deverá ser utilizada como referência para determinar o cumprimento ou não da função social no contrato?
- 3) Quais os efeitos da inobservância desta cláusula no contrato?

O primeiro questionamento pode parecer de resposta ridiculamente óbvia, quando se indaga quais seriam os contratos a serem regulamentados pelo Código Civil. Porém, com o advento do Código Civil de 2002, ocorreu uma parcial reestruturação do Direito privado legislado, baseado principalmente na incorporação na legislação civil de partes dos temas referentes ao Direito Comercial.

Neste contexto, ao se estabelecer a unificação legislativa das obrigações destes dois direitos, gerou-se um campo de atuação ainda mais indeterminado para a previsão do

art.421 e a função social do contrato – a qual se aplica, pelo visto, também aos contratos mercantis.

A unificação das obrigações civis e mercantis é extremamente importante para a análise da função social dos contratos, tendo em vista que os espaços de maior fertilidade para sua aplicação são as relações em que o elemento “social” tem relevância, que são justamente as relações empresariais e as relações de consumo.

Conforme afirma Natalino Irti, o exercício da autonomia privada (essencialmente “autonomia negocial”, segundo Betti) nos tempos atuais é visto no âmbito das relações de consumo e nas ações planejadas da empresa. A consequência é a tutelado exercício da autonomia, que se dá fundamentalmente pela disciplina do mercado e da concorrência e não mais pela proteção “de uma força psicológica” ou da “composição espontânea de interesses”.

Além disso, deve-se considerar o atual Código Civil regre relações jurídicas objeto da incidência de mais de uma lei. Assim uma só relação empresarial, por exemplo, um contrato de transporte de pessoa, sofre a incidência da Lei de Abuso do Poder Econômico, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Brasileiro de Aeronáutica e, também, do Código Civil. (BRANCO, 2009, p.178-179)

Evidencia-se assim a manutenção da tradição do Direito privado *civilizado* mesmo no novo Código Civil brasileiro, pois se mantém o apego ao estabelecimento de teorias gerais de aplicação indiscriminada para inseri-lo no “modelo social contemporâneo”. Isto é, o fundamento não é mais o não-conhecimento das novas modalidade contratuais, mas sim a manutenção dos modelos abstratos generalistas que, pelo recurso da retórica de conceitos vazios, como: “de mercado”, “dignidade da pessoa humana”, “socialidade” ou outros, geram um campo de aplicação que se insere, ao mesmo tempo, a todo o Direito e a nenhum Direito. Situação derivada conforme o modo que se interpretará estes conceitos.

Mantém-se a conveniente falha estrutural legislativa para forçar o jurista a recorrer a conceitos vazios e, a partir de sua interpretação, tentar estabelecer uma sistemática de aplicação dos institutos de cunho social.

Assim a função social é, na realidade, a “diretriz de socialidade do Direito privado” (BRANCO, 2009, p.179), impõe-se não só a aplicação da lei, mas, também, a interpretação de legislação conflitante e obtusa (entre leis antigas nunca revisadas e leis novas). Objetiva-se determinar a resposta para a questão advinda no caso prático. Resposta esta que se torna invariavelmente o rumo da judicialização das relações jurídicas do Direito privado (tendência em que se pode incluir o Direito do Trabalho).

Mas mesmo este rumo à judicialização como resposta jurídica para a aplicação da Função social dos contratos, não gere uma solução satisfatória a sua aplicabilidade, acaba

criando um segundo questionamento: Qual é a realidade social que deverá ser utilizada, como referência para determinar ou não o cumprimento da função social no contrato?

Ao se propor a aplicação da função social a todas as modalidades de contrato existentes no Direito privado, a resposta para o questionamento de qual a realidade social a se utilizar para determinar ou não o cumprimento da função social, vai resultar em um problema adicional para o DIPr. Mais precisamente, no estudo e na regulamentação dos contratos internacionais.

Diferente dos contratos adstritos somente a um Direito nacional, os contratos internacionais são marcados pela sua relação com mais de um Direito nacional e, por consequência, mais de uma realidade social entre as partes envolvidas na contratação. Neste contexto, existem três realidades sociais que eventualmente atuam no contrato internacional: (1) a realidade social do foro; (2) a realidade social das partes envolvidas; e (3) a realidade social do Direito a ser aplicado no contrato.

Não se encontra estudo sobre esta questão. Não há resposta nem base jurídica atual para explicar qual destas realidades sociais deve ser o fundamento para a averiguação do cumprimento ou não da função social num contrato internacional. Situação que evidencia a manutenção de outro fundamento de origem no Direito privado *civilizado*: nacionalização dos problemas internacionais, enquanto premissa principal do pensamento liberal do Direito.

Com a manutenção desta premissa de nacionalizar a solução dos problemas internacionais no Direito privado mantém-se o dogma dominante de que a legislação de direito privado (Direito contratual) ao abordar problemas derivados do dia-a-dia da sociedade nacional, talvez sirva também para solucionar os problemas derivados do trânsito dos indivíduos desta sociedade com indivíduos de outras sociedades.

Não é de se espantar que esta mentalidade exerça, no estudo, a influência do elemento extranacional no Direito contratual para ampliar a incidência e a utilização da expressão e do instituto da ordem pública – agora numa feição que se associa como manifesta numa cláusula geral da função social dos contratos.

Embora no aspecto interno ao contrato a função social justifique a proteção da parte economicamente mais fraca na relação e a imposição de normas de ordem pública de resguardo de valores de relevância social, deve a mesma também atentar para a formação de uma sociedade de massas, com a multiplicação de contratações idênticas de adesão e a emergência do poder

negocial das grandes sociedades empresárias e empresários. (GAMA&PEREIRA, 2007, p.87)

Ora. Nem se trata de *liberdade de contratar*, nem deverá ser exercida *em razão* da função social do contrato.

Na verdade, trata-se de *liberdade contratual*, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de ordem pública, e não de *liberdade de contratar*, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, limitada. (HIRONAKA, 2003)

A minha impressão é de que esta é uma norma de ordem pública, é ela uma norma que dá conteúdo necessário do contrato a que se refere. Trata-se, assim, segundo me parece, de um comando que *ex lege* há de reputar-se inserido no contrato, e, que, portanto, não pode ser afastado pela vontade das partes. Então há algumas normas do Código que procuram assegurar um equilíbrio contratual. Tenho a impressão de que, em linhas gerais, isso é que é a função social do contrato. (ALVIM, 2003, p.31)

Este entendimento que resulta na inserção da função social como sendo uma das cabeças da ordem pública – coincidentemente, um conceito tão amplo e tão indeterminado quanto o discurso da *socialidade* do Código Civil brasileiro de 2002.

A problemática da função social dos contratos não se encerra nestes dois questionamentos. Existe uma última questão que necessita ser analisar: quais seriam os efeitos da inobservância da função social sobre a relação contratual.

Abstraindo os componentes principiológicos típicos da mentalidade civilista, esta questão reforça a tese de que a função social, em seu bojo, nada mais é que uma escusa para ampliar a atuação do Judiciário nos contratos, pois os efeitos da função social acabam, justamente, depositados nas mãos do Judiciário. É ele quem vai identificar tais efeitos.

Constatação que se esconde atrás da bela e repetida afirmação de que se mitiga o *pacta sunt servanda*, o absolutismo da autonomia da vontade (se é que isto existe) para estabelecer (de onde não se sabe) a justiça social derivada dos princípios sociais dominantes.

Esse dispositivo (art.421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.

Como visto, este dispositivo legal (art.421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente o contrato, mas da liberdade contratual, que visa a proteger o entabulamento negocial, a manifestação de contratual em seu conteúdo.

Percebe-se que o novo Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista este princípio, reconhecido pela Doutrina, às vezes, ao aplicar da lei, são feridos valores sociais insubstituíveis. (AZEVEDO, 2006).

Enfim, a função social do contrato é uma cláusula geral, cujo objetivo é conferir uma maior atuação do Estado sobre a autonomia da vontade, de modo a conferir a capacidade dele interferir no conteúdo do negócio jurídico, conforme a difusa formulação dos valores sociais defendidos naquela sociedade personificada pelo Estado. Ou como melhor definiu a própria exposição de motivos do Código Civil de 2002: trata-se de “conferir ao *juiz poder moderador*, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos” (BRASIL, 2002, p.44).

4.3.3.3 As normas de aplicação imediata

A tarefa de classificar qualquer coisa dentro da Ciência Jurídica sempre foi e sempre será uma tarefa ingrata e de improvável sucesso, pois é fato que nenhuma classificação consegue atingir seu objetivo sem recorrer a exceções de suas regras – é a *torre de Babel* presente na natureza da linguagem humana que impossibilita a obtenção de perfeição classificatória nas normas jurídicas.

As normas de aplicação imediata são produtos deste problema de classificar normas jurídicas. Vieram a existir no momento em que se lançou a técnica legislativa de tentar positivar princípios e valores em normas jurídicas. Daí surgiram as normas de redação genérica e abstratas, que resultou na constatação de que existiam tipos normativos de maior importância e superiores a outros tipos normativos considerados inferiores. Cria-se, neste contexto, diferentes acepções para o significado de *leis de aplicação imediata*.

A expressão *normas de aplicação imediata* surgiu, com sentido específico que tem em DIPr (DIP), com a obra de Ph. Francescakis *La théorie du renvoi* em 1958, e continua a ser comumente utilizada mesmo por autores de expressão não francesa. Mas fora do campo do DIP, a expressão já era conhecida e empregada noutras acepções. São essencialmente três os sentidos possíveis da expressão *normas (ou leis) de aplicação imediata*: - as leis que não necessitam de qualquer regulamentação para serem aplicadas (*self executing statutes*); - as leis que se aplicam a situações jurídicas nascidas anteriormente à sua entrada em vigor (acepção temporal); - as leis que se aplicam no espaço independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis (acepção espacial). (SANTOS, 1991, p.2)

Afastando-se da análise as acepções referentes a normas auto-executivas e da questão temporal, as normas de aplicação imediata são aquelas normas jurídicas que tem

aplicação em determinadas situações jurídicas independentemente da incidência da aplicação das regras de conflitos de lei e que não podem ser derogadas pela vontade das partes.

Trata-se de um instituto de uso recorrente no DIPr, que não está necessariamente vinculado ao processo de constitucionalização / socialização do Direito privado, mas que irá sofrer influências deste processo.

Há situações em que o interesse de proteção estatal é de tal ordem que há normas imperativas ou de aplicação imediata – *lois de police* – impedindo o uso da lei estrangeira. São normas que caracterizam por serem de aplicação obrigatória, usadas em situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido o sentido, o alcance e o limite de sua intromissão. Portanto, independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis do país, serão estas utilizadas diretamente.

A diferença entre *ordem pública* e *norma de aplicação imediata* foi bastante discutida na doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de leis. Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esses respeito. Já as regras consideradas como de aplicação imediata (*lois de police*) são aquelas cujo o conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a *mediação* normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço. (ARAÚJO, 2004, p.97-98).

Na realidade, nesta acepção típica do DIPr, a expressão *normas de aplicação imediata* nada mais é que um produto da antiga e controvertida discussão envolvendo a ordem pública internacional, a ordem pública nacional, as leis imperativas e as leis de ordem pública. Ou seja, trata-se de uma ramificação do problema das classificações normativas que conferem diferentes graus de imperatividade às espécies normativas existentes em um sistema jurídico. Situação que resulta em uma discussão confusa e, dependendo das premissas adotadas, apresenta conclusões de causar perplexidade e, até mesmo, na exposição de erros como acertos.

De certa forma uma errônea concepção da ordem pública no direito interno motivou alguns equívocos conceituais de ordem pública no DIPr.

Do momento em que se pretenda que existem leis de ordem pública tem início o grande erro que leva a situações de perplexidade das quais não se consegue sair ileso. (DOLINGER, 1979, p.8)

Infelizmente, como o processo de constitucionalização do Direito privado insere, na atuação do Estado voltada para a autonomia da vontade, um maior rol de *leis de*

aplicação imediata, torna-se necessário tentar esclarecer esta confusão existente no DIPr, uma vez que poucos juristas do Direito privado nacional tem consciência dessa confusão.

O ponto de partida para compreender as *leis de aplicação imediata* é entender a divisão dentre *ordre public* e *lois de police* existente no Direito francês, e nos seguintes termos:

2. Segundo a doutrina atual, a ordem pública é um mecanismo interventor que surge depois do jogo das regras do conflito de leis, com a finalidade de verificar se a lei estrangeira a ser aplicada não produzirá um resultado que se choque com as concepções do foro. Este fenômeno existe igualmente nos conflitos de jurisdição e também pode ser oposta a uma decisão estrangeira. Não existe uma lista preestabelecida deste caso de intervenção, recaindo a necessidade de uma análise própria para cada situação.

As *lois de police* são, quanto a elas, regras internas da ordem jurídica do foro que são consideradas como de aplicação à todas as hipóteses dentro de um determinado espaço geográfico, precedendo toda e qualquer consulta aos princípios e as regras de conflito que designam determinada lei ao fim de sua consulta. Elas não são ligadas ou dependentes pelas regras clássicas do conflito de leis e forçam a competência da ordem jurídica a qual pertencam. As *lois de police* também estão acompanhadas de uma regra de aplicabilidade espacial e particular, de natureza unilateral delimitando não mais que o domínio de intervenção da lei do foro e não podendo designar qualquer regra estrangeira. A derrogação do método conflitual clássico é justificada pela característica fundamental presente nestas normas do sistema jurídico do qual emanaram. A delimitação pode ser expressa. Ela também pode ser tácita, se deduzida do conteúdo do texto, necessitando sua aplicação de um campo particular¹⁴⁷. (NORD, 2003, p.1)

Esta exposição, que descreve a diferença entre ordem pública e *leis de aplicação imediata (lois de police)*, acaba por estabelecer na doutrina francesa, a convicção de que as últimas consistiriam naquele nicho de normas jurídicas de caráter fundamental que formariam um estatuto particular e espacialmente delimitado de derrogação dos métodos de conflito de leis naquela ordem jurídica, enquanto a ordem pública seria um mecanismo de exclusão não só da aplicação de normas de direito estrangeiro, mas, também, de todo elemento estrangeiro que se verificasse ofensivo a ordem nacional (NORD, 2003, p.410).

¹⁴⁷ Tradução livre do original em francês: « 2. Selon la doctrine actuelle, l'ordre public est un mécanisme intervenant après le jeu de la règle de conflit afin d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat choquant au regard des conceptions du for. Ce phénomène existe également pour le conflit de juridictions et peut être opposé à une décision étrangère. Aucune liste préétablie de cas d'intervention n'est concevable, une analyse propre à chaque situation étant nécessaire. Les Lois de police sont, quant à elles, des règles internes que l'ordre juridique du for considère comme applicables en toute hypothèses dans un certain champ géographique, avant toute consultation de la règle de conflit de principe et quelle que soit la loi désignée par cette dernière. Elles ne sont donc pas dans la dépendance du rattachement retenu pour la norme conflictuelle classique et forcent la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. La loi de police est ainsi accompagnée d'une règle d'applicabilité spatiale particulière, de nature unilatérale car ne délimitant que le domaine d'intervention de la loi du for et ne pouvant désigner une quelconque règle étrangère. La dérogation à la méthode conflictuelle classique est justifiée par le caractère fondamental de ces normes pour le système juridique dont elles émanent. La délimitation peut être expresse. Elle peut aussi être tacite, se déduire de la teneur du texte, nécessitant son application dans un champ particulier ».

Aí reside o problema envolvendo as *leis de aplicação imediata*. Na interpretação francesa, esta modalidade de norma tem um caráter absoluto, ao excluir a aplicação do direito estrangeiro, por verificar que aquele direito está entrando no “núcleo duro” do ordenamento jurídico nacional (predominantemente baseado no elemento espacial), e não se distingue do conceito de ordem pública, tratar-se-ia, pois, de uma especificação legislativa da ordem pública.

Este conceito absoluto resulta na perplexa conclusão de que existem graus de imperatividade no ordenamento jurídico, o que é absurdo, afinal toda a lei, de modo igual, é vinculante, distinguindo-se apenas sua função dentro do sistema.

Na esteira deste pensamento absoluto que, praticamente, impossibilita a distinção das *leis de aplicação imediata* da *ordem pública*, é que se encontra a redação do art.1º do CDC brasileiro:

Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts.5º, inciso XXXVI, 170, inciso V, da Constituição Federal e art.48 de suas disposições transitórias. (GRINOVER *et alii*, 2004, p.24)

Como observou Aurélio Agostinho da Boaviagem durante a orientação desta tese, a técnica de redação que utiliza a expressão ordem pública, acaba por tornar o artigo 1º do CDC em uma manifestação das leis de ordem pública no sistema jurídico brasileiro. Portanto, resulta em três questionamentos principais:

- (1) Qual é a noção de ordem pública que deve ser compreendida nesta expressão legislativa (interna ou internacional)?
- (2) Trata-se de uma norma de aplicação imediata ou é a manifestação da própria ordem pública na ordem jurídica brasileira?
- (3) Existe distinção entre normas jurídicas que expressam ser de ordem pública e as que não expressam?

A resposta ao primeiro questionamento é de difícil elaboração, pela ausência no Direito brasileiro, da interpretação legislativa ou autêntica, tornando este uso da expressão “ordem pública” sujeita ao problema geral do instituto da ordem pública sobretudo quanto a sua significação – se sujeita a interpretação casuística da Jurisprudência ou a opinião da doutrina brasileira.

Problema que nem mesmo os argumentos apresentados pelos autores do anteprojeto do CDC servem como vetores para solução, pois definem eles ordem pública como característica de inderrogabilidade – “destaque-se que as normas ora instituídas são de *ordem pública e interesse social*, o que equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo” (GRINOVER *et alii*, 2004, p.24).

Este comentário dos autores do anteprojeto levanta a suspeita de que os mesmos trabalharam com a concepção processual de ordem pública interna e com a velha dicotomia de normas imperativas e normas supletivas, podendo-se considerar que, com a adoção da expressão ordem pública, quiseram eles conferir ao CDC o caráter de *lei de aplicação imediata* – o que gera o segundo questionamento.

Ao se considerar que o CDC é uma *lei de aplicação imediata* nos termos próprios do DIPr., a qual tipo de relação jurídica em específico sua aplicação estaria limitada? É exatamente um dos requisitos da concepção de *lei de aplicação imediata* especificar o seu campo de atuação. Situação que se complica mais, ao se averiguar que o CDC é uma mescla de diferentes previsões jurídicas de incidência nos mais diversos ramos do Direito público e privado.

De forma simplória poder-se-ia responder este segundo questionamento da seguinte maneira: a aplicação do CDC se voltaria para as relações de consumo – resposta superficial, pois o critério para determinação do que é ou não uma relação de consumo é tão indeterminada quanto a própria noção de ordem pública.

Deste modo, constata-se que, no CDC, tem-se um caso de indeterminação sobre indeterminação, envolvendo sua natureza de *lei de aplicação imediata* com a própria definição de consumidor para definir seu campo de aplicação.

Ao se encerrar os questionamentos principais, apesar de os mesmos não estarem relacionados diretamente com a atuação do Estado na autonomia da vontade, reconhece-se a importância desta temática que envolve o papel social da norma jurídica.

Há, ainda, o debate acerca da existência da necessidade de uma norma jurídica expressar seu caráter imperativo. Daí, a indagação: não seria conflitante com a própria noção de norma jurídica a adoção de expressões como ordem pública e interesse social do modo que foi utilizado no artigo. 1º do CDC?

E mais: a própria conceituação de norma jurídica já não define a sua imperatividade e o interesse social? Existe realmente a necessidade de se estabelecer graus de imperatividade entre normas jurídicas? A resposta para esses questionamentos variam conforme a própria definição de norma jurídica, tema que foge da proposta deste estudo.

Enfim, não se pode negar que as normas de aplicação imediata nada mais são, nesta conceituação de excludentes *a priori* e de caráter absoluto, que um preciosismo jurídico na classificação das normas do ordenamento jurídico, ou uma vã tentativa de elencar um rol de enunciados para designar a ordem pública e, assim, criar um novo estatuto de normas: as normas imperativas de ordem pública.

Embora algumas legislações se denominam normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, não competirá ao legislador efetuar essa definição. A caracterização do CDC como norma de ordem pública é compreensível, dada a estreita proximidade entre a noção de ordem pública e de norma imperativa. É certo que toda norma imperativa assume o caráter de norma de ordem pública, uma vez que as normas imperativas aplicam-se obrigatoriamente no foro, afastando previamente à regra de conflito. (AMORIM, 2006, p.146).

Porém, assim como existe esta concepção absoluta das *leis de aplicação imediata*, também é possível se visualizar uma concepção relativa de sua função no sistema jurídico, ou seja, uma acepção mais condizente com o contexto em que se estuda o DIPr e mais condizente com a realidade que envolve o mundo globalizado.

Quando determinadas normas jurídicas se confundem com a imperatividade de princípios e valores, traduzindo a positivação destes no ordenamento jurídico nacional, encontram-se normas jurídicas não com imperatividade maior que as demais, mas de importância maior do que outras.

Neste sentido, as *leis de aplicação imediata* traduzem não excludentes *a priori* do Direito estrangeiro e do método conflitual, mas num elemento jurídico de filtragem deste Direito e novos vetores na aplicação do método conflitual. Diferente da ordem pública, que age como excludente total, as *leis de aplicação imediata* são filtros nacionais para a aplicação do Direito estrangeiro determinado pelo método conflitual.

Um exemplo deste tipo de função das *leis de aplicação imediata* é o artigo 30 do EGBGB¹⁴⁸, cuja redação é:

¹⁴⁸ Qualquer relação com o Direito do Trabalho é pura coincidência.

Art.30 Contratos de trabalho e relações de trabalho de pessoas individuais.

(1) Em contratos de trabalho e em relações de trabalho não pode a escolha do Direito das partes resultar na remoção de proteção do empregado, as quais são estipuladas por determinação vinculantes do Direito que, segundo o parágrafo 2, configurara como defeito da escolha legal.

(2) Na falta de uma escolha do Direito aplicável em contratos de trabalho e de relações trabalhistas, serão estas regidas conforme o Direito do Estado,

1. O trabalhador cumpra seu contrato de trabalho em um local habitual, mesmo que temporariamente deslocado para outro Estado, ou

2. No local onde se encontra o escritório que contratou o empregado, na medida em que o trabalho habitual não se verifique no mesmo ou em outro Estado.

Ressalvado que, diante da análise geral das circunstâncias, resulte na constatação que a relação de trabalho e o contrato de trabalho se encontrar mais intimamente relacionados a outro Estado; sendo aplicável neste caso, o Direito deste Estado¹⁴⁹. (PALLANDT, 2009, p.2624 – 2635)

Sem adentrar na sistemática existente no Direito alemão acerca deste dispositivo e utilizando-o somente como exemplo de uma concepção relativa da função das *leis de aplicação imediata*, pode-se averiguar, da leitura deste artigo, que a rigor todas as normas jurídicas do Direito alemão, que consagram proteção ao empregado são normas de aplicação imediata. Elas influenciam a análise jurídica antes da aplicação dos métodos colisionais. Porém, longe de excluir por completo a aplicação do Direito estrangeiro ao contrato de trabalho, determina somente que o Direito estrangeiro seja aplicado em consonância com as disposições de proteção do empregado estabelecidas no Direito alemão.

Ou seja, o papel das *leis de aplicação imediata* é a de salvaguarda dos valores básicos que o ordenamento jurídico estipula para cada ramo determinado, não sendo excludentes do Direito estrangeiro, mas parâmetros para a sua aplicação.

Não é necessário ressaltar, que esta acepção relativizada da função das *leis de aplicação imediata* não possui ressonância em qualquer doutrina. É possível inclusive que ela nunca tenha se cogitado, como filtragem pelo ordenamento jurídico do foro da aplicação do Direito estrangeiro, invés de excludente de aplicação do mesmo.

¹⁴⁹ Tradução livre do original em alemão: „EG 30 *Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse von Einzelpersonen* (1) Bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Absatz 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. (2) Mangels einer Rechtswahl unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates, (1) in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, oder (2) in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, es sei denn, dass sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden“.

Encerrando este tópico, importante esclarecer que, a rigor, esta modalidade de norma jurídica não tem muita influência prática na atuação do Estado relacionada a autonomia da vontade, se não fosse o problema da adoção indiscriminada de conceitos jurídicos indeterminados, bem como o excessivo apego ao caráter imperativo da norma do foro como excludente total da norma estrangeira – problema complicadíssimo para contratos internacionais – que promove a expansão do emprego da ordem pública no Direito contratual.

4.3.3.4 A redação legislativa indeterminada (conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais)

Há de ter sido notado que os dois fatores que se acrescentam à atuação do Estado na autonomia da vontade possuem em comum o fato de se vincularem de algum modo à redação legislativa e a utilização de conceitos indeterminados no Direito – a função social é uma cláusula geral, enquanto que o problema das *leis de aplicação imediata* reside no excessivo uso de conceitos indeterminados decorrentes da redação normativa.

É natural, portanto, que o terceiro fator que determina a atuação ‘constitucionalizada’ do Estado na autonomia da vontade se localize na crescente adoção de uma redação legislativa indeterminada, composta principalmente por existir um recurso a conceitos legais e jurídicos indeterminados, como também ao sistema de cláusulas gerais no Direito contratual – técnica de redação presente no Código Civil brasileiro de 2002.

5. Técnica legislativa do CC. Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de *sistema fechado*. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema flexibilizado a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos de direito positivo. Como um Código Civil, pela sua magnitude, não se pode fundar-se apenas em cláusulas gerais, o método casuística também foi bastante utilizado, notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o CC seguiu técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais. Foi essa técnica legislativa a que foi adotada pelo novo Código Civil de 2002. (NERY JR & NERY, 2002, p.4)

Seguindo a estranha fórmula que busca atingir a precisão regulamentadora do Direito por via da indeterminação de seus conceitos, a técnica de redação legislativa

indeterminada não é necessariamente um foco de ampliação da atuação do Estado sobre a autonomia da vontade, esta ampliação só acontece no momento em que se tende a privilegiar referências nacionais para resolver também questões envolvendo elementos extranacionais.

Os conceitos jurídicos ou legais indeterminados são aquelas expressões – ou termos jurídicos ou legais – que determinam a análise judicial ao casuísmo. Isto é, o seu conceito vai ser averiguável, a partir da análise de cada caso específico. Implica que, no nível dogmático, só exista um significado generalista e, de certo modo, vazio, que vai ser preenchido caso-a-caso pela interpretação jurisprudencial. Esta modalidade de conceito jurídico refere-se comumente a valores e princípios.

São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: a ordem pública, os bons costumes, o interesse social, o interesse público, a função social, a boa-fé, a equidade entre muitas outras.

Para alguns juristas, existe a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e conceitos legais indeterminados. Os primeiros consistem num gênero do qual os segundos seriam espécie. Sua principal distinção: os conceitos legais indeterminados estariam expressos na redação legislativa, enquanto que os conceitos jurídicos indeterminados seriam de utilização dogmática.

13. conceitos legais indeterminados. Definição. *Conceitos legais indeterminados* são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a *hipótese de fato* posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), a solução já está prrestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. (NERY JR. & NERY, 2002, p.5)

Para este estudo, ambos são sinônimos e tem seu conceito preenchido pela interpretação do juiz, em face do vazio deixado pelo conceito indeterminado.

Apesar do crescente aumento na utilização destes conceitos jurídicos indeterminados, pode-se afirmar que são eles tão antigos quanto o próprio processo de codificação do Direito, e se encontram motivados na constatação que o emprego de técnica legislativa abstrata e genérica já se verifica até mesmo na declaração universal do homem pós-revolução francesa, em que se destaca a consagração dos valores de liberdade, da

igualdade e da fraternidade – todos três valores traduzindo princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados.

A diferença reside no fato de que naquele período, o pensamento jurídico ainda se encontrava vinculado profundamente à Filosofia, à Política e à História. Recorria-se ao pensamento metafísico do Direito natural para preencher este espaço indeterminado existente nestes conceitos. O magistrado ficava limitado a expressar o conteúdo destas leis em consonância aos pensamentos dominantes do Direito natural. Daí a base do mito *boca da lei e vontade do legislador*.

Situação esta que veio a ser radicalmente modificada, com o advento do positivismo jurídico e a ruptura que ele desencadeou com o pensamento vinculado aos valores metafísicos do Direito natural. Estabelece-se com isso a necessária redução destes valores metafísicos, a partir no Direito positivo.

É justamente no contexto do debate acerca de como preencher estes vazios, estas lacunas jurídicas derivadas destes conceitos, que vem brotar o tema da irradiação dos direitos fundamentais e seu desenvolvimento na questão da eficácia mediata ou imediata dos Direitos fundamentais sobre os demais ramos – base do próprio processo de constitucionalização do Direito Civil.

A importância dos conceitos jurídicos indeterminados, como fatores de ampliação da atuação do Estado na autonomia da vontade, vai permitir a elaboração do sistema de *cláusulas gerais* como um dos vetores da liberdade contratual.

17. Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas, precipuamente ao juiz vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (WIEACKER, *Privatgeschichte*, §25, III, 3, p). As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (ENGISH, *Einführung*, Cap.VI, p.120/121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (LARENZ-WOLF, *Allg. Teil*, §3º, IV, n.94, p.82/83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direitos e dando aos conceitos legais determinados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto. (NERY JR & NERY, 2002, p.6)

As cláusulas gerais são aqueles conceitos jurídicos indeterminados que se incorporam como cláusulas de qualquer contrato, quando este se sujeita à revisão por

determinada esfera judicial soberana. Trata-se de uma ferramenta desenvolvida para estabelecer uma maior possibilidade do Direito em regulamentar, da melhor forma possível as mutações e variações existentes na realidade contratual, sobretudo quando se trata de um ramo jurídico mais sujeito às transformações e acontecimentos que fogem da função prescritiva do Direito como ordenamento jurídico.

A doutrina dominante defende que não se podem confundir os conceitos jurídicos indeterminados com as cláusulas gerais. Devem eles ser considerados como institutos diferentes, tendo por base a atividade intelectual do juiz no proceder na interpretação de ambos os institutos.

Salienta-se que não se devem confundir as cláusulas gerais com os conceitos jurídicos indeterminados. A cláusula geral pode conter termos ou conceitos indeterminados, mas “*a coincidência não é perfeita*”, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. (SCHMITT, 2008, p.102-103)

Como a atividade intelectual do juiz foge à esfera do presente estudo, e considerando que tanto o conceito jurídico indeterminado como a cláusula geral são recursos provenientes de técnica legislativa utilizados para possibilitar maior espaço de interpretação na esfera judiciária e sua função como agente do Estado, não é possível compartilhar com esta distinção entre os dois recursos de interpretação, pois é evidente que a cláusula geral é uma espécie de manifestação no Direito contratual dos conceitos jurídicos indeterminados.

Afastando-se desta discussão (que se assemelha a discussão sobre o sexo dos anjos), o que interessa nas cláusulas gerais e da inclusão da redação legislativa indeterminada – como fator de ampliação da atuação do Estado na autonomia da vontade – é a sua adoção como ponto de definição de conceitos-base do Direito privado. Mais precisamente, na complicada questão que resulta da adoção de um conceito jurídico indeterminado, para definir o que se considera consumidor no CDC brasileiro e a consequente aplicação das cláusulas abusivas relacionadas aos contratos de consumo ao Direito privado em geral.

O CDC apresenta quatro conceitos de consumidor. Exceção feita ao conceito previsto no artigo 2º, *caput*, os demais conceitos de consumidor constantes do CDC tratam, na verdade, de equiparar determinadas pessoas ao consumidor, conforme conceituado no *caput* do art. 2º do CDC. (CRUZ, 2006, p.49)

A *priori*, uma norma jurídica que estabelece quatro conceitos possíveis de consumidor somente em seu *caput* não poderia ser enquadrada como uma norma que expressasse um conceito jurídico indeterminado. Ao contrário, deveria ser um exemplo de preciosismo. Mas não é isto que acontece com o art. 2º do CDC, cuja redação é a personificação maior do problema relacionado à técnica legislativa de caráter indeterminado.

O art.2º do CDC define: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, tendo seu parágrafo único a previsão de que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (GRINOVER *et alii*, 2004, p.24).

Nesta redação, basicamente, qualquer um pode ser considerado consumidor, algo até desejável e necessário na realidade brasileira. Mas analisando esta redação, pelo ângulo da regulamentação específica de que o Direito precisa conferir, como ordenamento jurídico, esta redação simplesmente atravessa a classificação de que se trata uma relação de consumo e torna difícil o seu enquadramento jurídico. Pois, diferente da classificação tradicional que toma por base o objeto e vínculo da obrigação, a relação de consumo recorre ao elemento subjetivo existente na relação jurídica em foco¹⁵⁰.

A indeterminação do conceito de consumidor e sua consequente não inserção no modelo clássico de classificação das relações jurídicas, contribuem para que o campo de aplicação das previsões advindas do CDC também sejam indeterminadas e, portanto, sujeitas a análise casuística do Judiciário.

No contexto, existe a premissa geral de que diante da existência de um conceito indeterminado ou de uma lacuna na legislação, caberia a jurisprudência e a doutrina promoverem a interpretação necessária para a delimitação daquele conceito ou a supressão daquela lacuna. Porém, no caso da delimitação do significado do que seria um consumidor, nem a doutrina e nem a jurisprudência parecem caminhar no mesmo sentido. Como exemplo desta desarmonia, pode-se utilizar a *teoria do vulnerável ou hipossuficiente* para definir consumidor.

¹⁵⁰ Saudável lembrança que o CDC brasileiro não utiliza as expressões contrato de consumo, ato de consumo e nem negócio jurídico de consumo (GRINOVER *et alii*, 2004, p.494), não se podendo recorrer a nenhum destes institutos para auxiliar sua classificação e enquadramento no Direito.

O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade empresarial.

Assim, procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza *sociológica*, (GRINOVER *et alii*, 2004, p.27)

Se a *vontade do legislador* prevalecesse no assunto, qualquer relação jurídica que apresentasse uma das partes como economicamente mais fraca (ou economicamente hipossuficiente), estaria diante de uma relação de consumo – a *vulnerabilidade econômica* –, constatação que, num país de desigualdades e de concentração de renda como o Brasil resultaria na aplicação em todas as relações contratuais do CDC.

Como a *vontade do legislador* e seu critério de *vulnerabilidade econômica* não encontram uma ressonância muito grande na doutrina brasileira, desenvolveu-se a teoria das três vulnerabilidades, para tentar delinear o conceito de consumidor.

A vulnerabilidade foi classificada por uma doutrinadora em três tipos, a saber; (i) a vulnerabilidade técnica, pela qual a situação de desigualdade é determinada pela ausência de conhecimento específico sobre o produto que será adquirido ou sobre o serviço que será prestado; (ii) vulnerabilidade jurídica, pela qual a situação de desigualdade é determinada pela falta de conhecimento jurídico; e (iii) vulnerabilidade fática, pela qual a situação de desigualdade é determinada pela posição ocupada pelo fornecedor de produtos e/ou serviços, em função do poder econômico que exerce ou, então em razão da essencialidade dos seus produtos ou serviços. (CRUZ, 2006, p.46-47)

A principal crítica a teoria das três vulnerabilidades é que ela não resolve o problema: no fim, o conceito de consumidor, que irá determinar se aquela relação jurídica é ou não de consumo, vai recair no arbítrio do juiz, qual não é está vinculado à doutrina para interpretar o art.2º do CDC.

Esta indeterminação, no campo de aplicação das disposições do CDC, apresenta, no que tange à autonomia da vontade, um acréscimo da questão das cláusulas abusivas enumeradas, *numerus apertus*, no artigo 51 CDC, cuja aplicação, inicialmente restrita às relações de consumo, acabaram por gerar o entendimento segundo o qual se aplicam a todas as modalidades previstas no Direito contratual brasileiro.

6. Extensão ao direito privado. Dado que a ilicitude das cláusulas abusiva é matéria que não fica restrita às relações de consumo, pois pertence à teoria geral do direito contratual, o sistema do CDC 51 deve ser aplicado, por extensão, aos contratos de direito privado (civil e comercial). (NERY JR.&NERY, 2002, P.764)

Na verdade, o CDC veio consolidar muitas das teses já sufragadas pela nossa doutrina e nossa jurisprudência. De outro lado, as regras gerais sobre contratos de consumo estatuídas no CDC são sobredireito, aplicáveis, portanto, a todos os ramos do Direito privado, ainda que não se trate de relação de consumo em sentido estrito. (GRINOVER *et alii*, 2004, p.539)

Ou seja, além de uma indeterminação do que se tem como relação de consumo, adota-se a aplicação indiscriminada da regulamentação do CDC sobre os contratos de Direito privado, como se fosse algo natural e coerente um sistema jurídico ter mais de uma legislação para regular determinada relação jurídica.

Neste contexto, a jurisprudência brasileira apresenta inúmeras e curiosas contribuições acerca desta indeterminação, destacando-se dois casos de maior relevância: (1) a súmula 381 do STJ; (2) o Caso TECA x AIGLON do STF.

Recentemente, a indeterminação da aplicação do CDC gerou um debate sobre a aplicação do CDC às entidades financeiras, que levou a redação da súmula 297 (DJ, 09/09/2004), ao determinar afirmativamente que o CDC era aplicável às instituições financeiras.

Porém, cinco anos depois, o próprio STJ determinar a redação da súmula n.º381 (DJe, 05/05/2009), que determina que nos contratos bancários é vedado ao juiz conhecer a abusividade das cláusulas *ex officio*, enquanto a doutrina majoritária entendia que o rol do art. 51 do CDC tem aplicação indiscriminada nos contratos de Direito privado (exceto contrato de trabalho), tratando-se este artigo de uma regra de *ordem pública de proteção ao consumidor* cuja abusividade deveria ser conhecida *ex officio* (NERY JR. & NERY, 2002, p.763). O STJ decidiu justamente o contrário, no referente ao contratos bancários – que, facilmente, figuram como os mais abusivos do Direito brasileiro.

A jurisprudência e a doutrina dominantes nem sempre caminham em conjunto, sendo de especial preocupação o fato de que as cláusulas compromissórias (arbitragem) e de eleição de foro figurarem justamente neste pântano desarmonioso das cláusulas abusivas previstas no art. 51 do CDC (incisos VII e XV respectivamente).

Outra curiosidade jurisprudencial de relevante é a decisão do STF envolvendo a empresa brasileira TEKA Tecelagem Kuenrich S/A e a AIGLON Dublin Limited (STF SE 5847 – 01/12/1999). O STF¹⁵¹ decidiu por homologar o laudo arbitral condenando a TEKA a

¹⁵¹ Ainda detentor da competência de homologar sentenças e laudos arbitrais estrangeiros – competência removida com a EC.45 – reforma do judiciário.

pagar indenização a AIGLON pela ocorrência de perdas resultantes da rescisão de um contrato de compra e venda entre as duas empresas. O árbitro escolhido pelas partes em contrato fora a LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION LIMITED, que deu razão à pretensão indenizatória da AIGLON.

O argumento que a TEKA utilizava para a defesa de que o laudo arbitral não devia ser homologado assentava-se em dois aspectos: (1)técnico e (2) material.

No aspecto técnico alegou, a TEKA que não existia o referido contrato de compra e venda e nem a cláusula compromissória que baseara o procedimento arbitral por parte da LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION LIMITED – basicamente, uma defesa de negação geral.

No aspecto material, alegou a TEKA que, caso se considerasse existente o contrato e a cláusula compromissória, tratava-se este de um contrato de adesão e, como tal, por previsão da legislação consumerista brasileira, este contrato restaria nulo, por não cumprir os requisitos para elaboração das cláusulas – precisamente porque as cláusulas não estavam impressas em tipo negrito. O laudo seria nulo por ausência de contraditório e de ampla defesa.

Ao longo do interessante acórdão, o STF entendeu que a TEKA não poderia ser enquadrada como consumidora. Portanto não poderia alegar a legislação consumerista para basear a nulidade do contrato de adesão e nem da cláusula compromissória e argumentou ainda que a alegação de ausência de contraditório e ampla defesa, no procedimento arbitral, não se sustentava diante das provas de que, reiteradamente, a TEKA fora intimada a apresentar defesa perante órgão arbitral escolhido.

Deste caso, podem-se retirar algumas conclusões interessantes que envolvem não só a aplicação do CDC a contratos internacionais, mas, também, sua relação à arbitragem internacional, sendo a conclusão mais evidente a de que, se o STF tivesse considerado a TEKA como consumidora, nos moldes da lei brasileira, tanto o contrato internacional de compra e venda estaria sujeito à legislação brasileira, como restaria também nula a cláusula e o procedimento arbitral realizado sobre o mesmo.

Felizmente prevaleceu o entendimento mais correto, ou seja, não se considerou a TEKA como consumidora e manter o procedimento arbitral internacional realizado como válido – este era o entendimento do STF, que hoje não mais detém competência para

homologar sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. Agora a competência é STJ, qual até o momento de elaboração do presente estudo, não ofereceu entendimento próprio sobre o caso.

Essa questão ilustra bem o problema da redação legislativa indeterminada sobre a atuação do Estado na autonomia da vontade. A adoção de um sistema de cláusulas gerais e de conceitos legais / jurídicos indeterminados acabam ampliando a função judiciária do Estado em relação ao direito contratual. Em muitos casos a indeterminação chegar a tal ponto, que sujeita a autonomia das partes ao arbítrio do judiciário, independentemente se se trata de contrato nacional ou contrato internacional.

4.3.3.5 A reformulação o instituto da ordem pública

Se a função social, as leis de aplicação imediata e a redação legislativa indeterminada são fatores que influenciam, de forma ambivalente, a atuação do Estado na autonomia da vontade nesta vertente denominada de constitucionalizada, ora resultando numa maior intervenção, ora uma manutenção do sistema tradicional, o último fator que surge desta nova forma de atuação do Estado é a reformulação do instituto da ordem pública.

Todos esses fatores acabam, diretamente ou indiretamente, fortalecendo e ampliando o emprego do instituto da Ordem pública, não só como limite da autonomia da vontade, mas também como vetor de atuação do Estado.

Como já verificado, a ordem pública é um daqueles institutos jurídicos que tem como melhor definição a inexistência de definição. Consiste numa cláusula de reserva soberana do Estado e de sua ordem jurídica para com a aplicação de Direito estrangeiro em sua esfera de domínio.

Diante deste sistema constitucionalizado do Direito privado, a ordem pública acaba reaparecendo não mais como um caráter de excepcionalidade, mas sim como um dos primeiros institutos a serem relacionados aos novos institutos do contrato – inaugurando um novo *dirigismo contratual*.

O principal problema que a reformulação da ordem pública apresenta, é que seu caráter de exceção acaba sendo inserido no campo das cláusulas gerais. Neste sentido, amplia-se sua conceituação e seu campo de aplicação no exercício da função judiciária de

controle da autonomia da vontade, expondo o processo de polarização que sofre o Direito privado e a dificuldade de se estabelecer meio termos na suas concepções e na sua aplicação.

Nos extremos há duas teses conflitantes.

A primeira, voluntarista, clássica, partidária do consensualismo puro e oposta à toda intervenção. Aqui o Direito contratual tem uma função “facilitadora”, suplementar ao que as partes não previram.

É conhecida a obra de Mises e Hayek, em que o contrato em si mesmo tem uma função de ordenamento social, sobretudo no contexto de uma economia liberal. As partes sabem o que é que lhes convém, e deve-se deixá-las agir livremente porque dessa atuação desordenada, caótica, se desenvolverá a ordem social mais eficiente.

A lei tem uma função formal, impondo regras que garantam o justo jogo, já que impor a justiça, no caso, é uma fantasia impossível de realizar. A segunda linha de pensamento, obrigacionista, postula a regulamentação do contrato através de obrigações representativas de valorações coletivas que se impõem aos contratantes. Aqui o direito é um corretivo das aspirações individuais, considera-se que mesmo os homens mais profissionais estão em dúvida diante daquilo que lhes convém ou não, sem contar que a grande maioria, quando sabe o que quer, não pode realizá-lo por situações de hipossuficiência.

Em consequência, há uma legislação intervencionista. (LORENZETTI, 1998, p.544).

Esta polarização se assenta em muitas situações que não encontram embasamento histórico ou até mesmo jurídico, para se justificar a existência tanto de uma liberdade no sentido absoluto (que seria a soberania da vontade inserida nos contratos) e nem fundamenta a necessidade de um maior rigor da atuação do Estado nessa questão.

Esta constatação acaba gerando consequências não só como Direito contratual privado, mas, também, para ramos a eles interligados, especialmente, o DIPr e a atuação do Estado nacional – que acaba assumindo uma atuação predominantemente do referencial público sobre o privado, no que tange aos contratos. Neste processo acontece a multiplicação não só da utilização como também da já difícil possibilidade de conceituação do instituto da ordem pública.

No caso dos contratos, elas são:

- 1) garantia subjetiva processual ao consentimento o pleno aquela que se relaciona com o aspecto como o erro, a vontade;
- 2) garantia grupal processual de consentimento pleno é a ordem pública de proteção: consumidores, locatários, etc;
- 3) garantia a uma ordem pública de coordenação;
- 4) garantia de uma ordem pública de direção. (LORENZETTI, 1998, p.545)

Este processo de proliferação do instituto da ordem pública faz renascer o velho problema do Direito privado *civilizado* e a sua codificação: sua aspiração, por demais abrangente, para adotar uma premissa segundo a qual, ao se analisar uma questão puramente

no campo do Direito Civil e na sua moldura clássica, procura-se determinar uma base de solução e de referência para todos os tipos privados existentes no Direito privado, gerando a tendência e o mau costume de ignorar as especificidades e particularidades de cada tipo contratual.

Para piorar, ao invés de se tentar objetivar a concepção acerca destes novos velhos institutos jurídicos, associam-se os mesmos ao conceito de ordem pública, recorrendo-se a explicações tão abrangentes e indeterminadas que, invariavelmente, perpetuam a aplicação indiscriminada dos princípios civis ao Direito privado, por via do vazio conceitual que neles se manifestam.

Não é de espantar que, por via da elaboração da noção de ordem pública de proteção, aqueles que partilham desta mentalidade vão caracterizar, como uma forma de proteção de uma das partes a busca de uma eventual equilíbrio contratual. Por isso, confere-se à ordem pública o caráter de instituto defensor do equilíbrio contratual.

O que se pretende com esta ordem pública é proteger uma das partes, restabelecendo o equilíbrio contratual.

Suas características são:

- constata-se que há uma deficiência estrutural no mercado e se ajuda a corrigi-la;
- o que interessa são as situações de poder, e não a existência de formulário pré-redigidos;
- nesse caso, não se toma consideração um contratante, mas uma classe deles; a regulamentação se aplica (...) aos consumidores;
- pretende-se assegurar igualdade não real, mas de oportunidades para que as partes possam expressar seu consentimento, suprimindo as distâncias socioeconômicas;
- a intervenção, como aponta uma deficiência estrutural do mercado, tem vocação de permanência. Não é conjuntural ou transitória. Não quer dizer que seja imutável, mas está destinada a durar no tempo. (LORENZETTI, 1998, p.548).

Ou seja, a ordem pública deixa de ser cláusula de exceção, nas relações particulares, para se tornar não só um vetor determinante de solução de problemas sociais – deficiências do mercado interno são majoritariamente decorrentes de problemas estruturais e de omissão da autoridade estatal -, como também se transforma na determinante pela qual se deve realizar a justa composição entre a autonomia privada, os valores sociais e as deficiências do mercado. Nasce daí outra concepção de ordem pública: a dita de coordenação.

Nestes casos não está na presença do problema do contratante fraco. Já está expresso o consentimento, mas deve-se controlar a sua licitude, sua adequação aos valores essenciais do ordenamento jurídico.

O que faz o legislador é coordenar a autonomia privada, que encarna propósitos individuais, com os valores coletivos (...).

Tratam-se de um *minimum* inderrogável.

Igualmente, distingue-se da ordem pública de proteção e da garantia subjetiva, ao pleno consentimento, em que se refere ao objeto e à causa, e não ao processos de formação do consentimento.

Se diferencia da ordem pública de direção, porque o que este se propõe é lograr objetivos socioeconômicos, e seu limite é justamente esta ordem pública constituída pelas garantias mínimas.

Este tempo de intervenção tem sido feito através do objeto, em seus caracteres de possibilidade, e a causa. (LORENZETTI, 1998, p.550)

Não custa lembrar que é na concepção de ordem pública de coordenação que surgem os condicionamentos do “quadro axiológico expresso no Direito Civil Constitucional”(LORENZETTI, 1998, p.555).

Constata-se que existe um completo abandono no trato específico da ordem pública. Este instituto passa de exceção soberana para instituto guia da atuação do Estado na autonomia da vontade, ao aplicar-se de forma indiscriminada sem se ater às consequências que essa proliferação de conceitos e de aplicação vai gerar no direito contratual nacional e, principalmente, nos contratos internacionais.

Ao se expandir o conceito de ordem pública para se coadunar com os valores sociais, suprir deficiências sociais e econômicas, bem como para desempenhar uma função de auxiliar a dita justiça social por via de um novo dirigismo contratual, evidencia-se a existência de uma grave confusão sobre o papel do Estado, do contrato e da autonomia da vontade no Direito. É que Estado não tem por papel servir de “pai” para os seus súditos, assim como o contrato não é um instrumento de exercício de má-fé e nem a autonomia da vontade de expressão de liberdade absoluta e plena do indivíduo: mas ignoram-se estas particularidades e parte-se para a generalização completa de princípios e exceções vigentes no Direito contratual.

Esta expansão da ordem pública – nitidamente de ordem interna e de recurso dogmático legislativo indiscriminado – gera a repetição do erro liberal no Direito Civil: procura-se novamente num instituto elaborado para o Direito internacional (privado), ao se introduzir, no Direito nacional, um instituto capaz de resolver problemas que extrapolam a própria atuação do Direito.

É a nacionalização de um conceito que, a rigor, foi elaborado para traduzir a manifestação da soberania da nação, diante das estipulações negociais individuais.

Processo que tende a gerar uma indeterminação cada vez maior na atuação do Estado na autonomia da vontade, e produzir uma insegurança jurídica no Direito contratual

não só internacional, como nacional; pois, além de fazer recair o controle da forma ao arbítrio do Judiciário, faz também recair o conteúdo da estipulação.

Neste contexto, se pode afirmar que ordem pública, na atuação constitucionalizada do Estado na autonomia da vontade, não figura como exceção formal da autonomia da vontade, mas, sim, como determinante da estipulação e de seus efeitos no Direito nacional.

5 MANIFESTO POR UM DIREITO COMPROMETIDO INTERNACIONALMENTE

5.1 Um Direito comprometido internacionalmente

Se um jurista adota um sistema de referencia fundado sobre a ordem jurídica nacional, ele afirmara que essa ordem jurídica é um Estado soberano e que o direito internacional está a ele subordinado, uma vez que é reconhecido pelo mesmo e constitui como uma parte integrante. Mas se adota um sistema de referencia fundado sobre o direito internacional, ele afirmará que as ordens jurídicas nacionais, a constarem todos os Estados e sentidos compreendidos, são subordinados ao direito internacional e o direito nacional varia de acordo com o sistema de referencia adotado. Para a ciência jurídica esses dois sistemas são igualmente admissíveis, uma vez que ela não conhece método que torne possível a preferência de uma no detrimento da outra¹⁵². (KELSEN, 1953, p.193)

O processo de constitucionalização do Direito privado acaba por possibilitar uma atuação ‘constitucionalizada’ do Estado na autonomia da vontade e isso traduz uma maior intervenção deste sobre aquele. Procura-se, agora, contrapor esse processo ao sugerir uma concepção de Direito comprometido internacionalmente.

Não se trata somente do Direito contratual ser comprometido internacionalmente, mas de toda a estrutura do Direito ser mais receptiva aos elementos advindos do plano internacional, que tem, na manifestação do fato extranacional, a sua maior influência para o ramo do Direito privado. De nada adianta estabelecer um Direito privado substancial receptivo, se o Direito procedimental se mantiver fechado a esta recepção. O Direito em relação à esfera privada, tem de possuir uma receptividade coerente tanto no Direito substancial quanto no Direito instrumental.

No fim do século XIX, o Direito do Trabalho, por via de seu contrato individual de trabalho, impôs ao pensamento jurídico privatista a necessidade do Direito privado recepcionar de forma diferente a realidade jurídica decorrente das relações sociais do trabalho. Da mesma forma, neste início de século XXI, existe uma necessidade real do

¹⁵² Tradução livre do original em francês: « Si le juriste adopte un système de référence fondé sur l'ordre juridique national, il dira que cet ordre juridique et un État souverain et que le droit international lui est subordonné, car il est reconnu par lui et en constitue une partie intégrante. Mais s'il adopte un système de référence fondé sur le droit international, il dira que les ordres juridiques nationaux, à savoir tous les États y compris le sien, sont subordonnés au droit international et ne peuvent être souverains. La formulation du rapport entre le droit international et le droit national varie donc selon le système de référence adopté. Pour la science juridique ces deux systèmes sont également admissibles, car elle ne connaît pas de méthode permettant de donner la préférence à l'un au détriment de l'autre ».

pensamento jurídico privatista, estabelecer este mesmo nível de receptividade para com o DIPr – uma tentativa de romper os últimos dogmas remanescentes do positivismo jurídico e seu demasiado apego ao Estado nacional.

Para se postular a elaboração de um compromisso internacional do Direito nacional, pode-se utilizar, como ponto de partida, a nova concepção emergente acerca de qual seria a função do DIPr do fim do século XX e início do século XXI: promover a integração da proteção da condição humana no plano mundial.

Esta função tem sua raiz na reformulação do conceito de DIPr, na sua variante pós-moderna, cuja doutrina caracteriza-se pelos “fenômenos que tocam os sentimentos e a vida interior do indivíduo. O DIPr assumiu como nova vocação a missão de proteger essas expressões da condição humana¹⁵³” (JAYME, 1995, p.56).

Aa concepção dominante sobre este tema é, no Direito brasileiro, diferente. Considera ele que a defesa da condição humana se traduz quando se insere, nas normas que regem as relações internacionais, valores sociais. Disso resulta a adoção no DIPr da *teoria da vulnerabilidade* no campo do DIPr, associando este debate aos Direitos humanos e aos limites constitucionais, como explica Marques:

Em resumo, neste trabalho propomos uma utilização do DIPr, preenchendo essas normas com valores sociais que oportunizarão a harmonia de relações internacionais necessária em nosso tempo; um DIPr de solução material dos complexos conflitos pós-modernos que agora envolvem direitos humanos e limites constitucionais, um DIPr “narrativo” que vise, que “discurse” – e ao mesmo tempo promova a “discussão” -, que efetive a necessária proteção dos mais fracos nos mercados internacionalizados dos dias de hoje. (MARQUES, 2004b, p.696)

Esse caminho não é adotado para visualizar, neste século XXI, a nova missão do DIPr, no estabelecimento de um Direito comprometido internacionalmente. O que se defende como missão do DIPr é recuperar a objetividade necessária do Direito como ordenamento jurídico, ao estabelecer regras equânimes na regulamentação dos fatos extranacionais. Por isso se respeita sua natureza extranacional e, ao mesmo tempo, determina a igualdade de tratamento na análise destes elementos, com os elementos do dia-a-dia do Direito nacional.

¹⁵³ Tradução livre do original em francês: « par de phénomènes quie touchent les sentiments et la vie intérieure de l'individu. Le droit international privé a assumé comme nouvelle voaction la mission de protéger ces expressions de la conditions humaine ».

Assim, a base de um Direito comprometido internacionalmente reside na promoção da autonomia da vontade e na reposição dos valores sociais, estes derivados de uma realidade social nacionalmente localizada, que tem influência acessória ou, até mesmo, mínima diante da interpretação jurídica dos elementos extranacionais contidos nos negócios jurídicos.

Isto não significa o abandono do valor social inseridos nos negócios jurídicos internacionais, mas a correta aplicação dos mesmos, afim de respeitar a natureza do negócio jurídico internacional. Os negócios jurídicos internacionais podem desde um alto grau de importância social para um grau praticamente inexistente de importância social. Essa graduação torna inviável associar a missão do DIPr, bem como, a possibilidade de concepção de negócio jurídico adentrar no debate dos direitos humanos e dos limites constitucionais. Esse debate, em sua essência, envolve mais a responsabilidade do Estado para com a sua sociedade, do que propriamente deste Estado, em relação aos negócios jurídicos (internacionais).

Este pensamento procura romper a ideia de que o Direito nacional predomina sobre o Direito internacional – uma mentalidade prejudicial para a compreensão dos fenômenos jurídicos extranacionais, como lembra Hart (2001, p.232), pois, ao se estabelecer o direito interno como paradigma perfeito do que deveria ser uma ordem jurídica, a compreensão do fenômeno internacional tornou-se preconceituosa, além procurar romper com as teorias genéricas oriundas do Direito Civil nacional e suas tendências de se auto aplicarem de forma indiscriminada a todos os tipos contratuais privados.

Para estabelecer este manifesto por um Direito comprometido internacionalmente, nada melhor que utilizar-se da reinterpretação de três elementos fundamentais que desencadearam esse processo de reformulação da atuação do Estado na autonomia da vontade:

- (1) o papel da Constituição e no esboço de uma teoria de rede constitucional;
- (2) o papel do Estado e os contratos *preterpúblicos*;
- (3) o Judiciário e a judicialização do Direito contratual.

5.2 O papel da Constituição: esboço de uma teoria de rede constitucional

O ponto inicial para divulgar a tese de um Direito comprometido internacionalmente é o debate acerca do papel da Constituição no ordenamento jurídico (norma jurídica cujo peso social e político costumam sobrepujar sua análise jurídica) e sua utilização neste século XXI.

Inicialmente, a Constituição não surge como um documento jurídico propriamente dito, mas sim nasce do desejo social dos indivíduos de ver o poder estatal – então encarnado nas monarquias absolutistas – limitado a ponto de possibilitar uma maior liberdade, segurança e justiça para os cidadãos.

Mas o desenvolvimento do Direito, especialmente com o positivismo jurídico e a consolidação do monismo de supremacia do Direito constitucional, determinar que a Constituição assumisse não só o papel de estruturar e limitar o poder estatal, mas também de servir, naquelas sociedades, de centro normativo legislado para toda a ordem jurídica existente, promovendo a combinação da ideia de Estado com a de Direito.

Esse desenvolvimento partiu da premissa de que a sociedade existiria somente no momento em que o paradigma de Direito fosse baseado no que hoje se denomina de Estado nacional, hoje elevado à figura de pessoa jurídica e sujeita de direitos, nascedouro da sociedade de Estados e o Direito internacional público. Concepção que, por alguma razão peculiar desconhecida, permaneceu como expoente máximo da contribuição jurídica do positivismo e, ao mesmo tempo, como um de seus maiores problemas teóricos, cuja solução não existe até os dias atuais. Aliás como uma ficção poderia ser fundamento de um Direito? (GREWE, 2000, p. 504).

Concepções das quais resultaram a consolidação do dogma de que a Constituição não é somente o símbolo maior da limitação do poder estatal, mas a própria personificação do poder estatal. Chega-se ao momento em que o modelo de Estado mudasse, haveria a necessidade de uma nova constituição. Mudança que, por sua vez, determinaria a elaboração de uma ordem jurídica totalmente nova – dogma cuja expansão, no pensamento jurídico, provocou a erosão do maior legado do Direito romano: a divisão do Direito em público e privado.

Este processo de erosão acabaria por se manifestar no debate acerca da relação entre os direitos humanos (também chamados de fundamentais ou constitucionais) garantidos de forma expressa, mas de maneira indeterminada no texto constitucional. Impacta também, sua aplicabilidade, no Direito privado. Nessa seara o Direito Civil e o Direito Comercial regulavam em grande parte, justamente, a liberdade do indivíduo nos afazeres de seu dia-a-dia perante os outros indivíduos, modificando a própria ideia de liberdade. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2008, p.55).

A natureza imperfeita do Direito determinou que essa modalidade de pensamento jurídico estivesse dotada de inúmeras brechas e imperfeições, as quais servem para possibilitar uma reelaboração do papel da Constituição e, por consequência, do debate da constitucionalização do Direito privado. Assim, a Constituição pode ser concebida como um vetor de atuação externo da ordem jurídica e não como uma baliza interna. Essa é a base do que se denomina de teoria da rede constitucional.

A pluralidade de tipos de constituições existentes e a diversidade de funções que as mesmas desempenham na atualidade fazem com que a compreensão contemporânea do fenômeno constitucional seja cada vez mais complexa, sendo crescente o déficit cognitivo entre o que afirmam as teorias clássicas da constituição reproduzidas cotidianamente nas faculdades e nos manuais de direito constitucional e o que efetivamente vem ocorrendo no redimensionamento do papel das constituições. (GALINDO, 2006, p.131)

A teoria da rede constitucional se desenvolve a partir da constatação de que as teorias monistas acerca da estrutura do Direito interno podem ser divididas em três situações, cada qual determinando um desenvolvimento e um papel diferente para a Constituição, sendo o pensamento dominante atual aquele que é voltado para o desenvolvimento do monismo de supremacia da constituição.

O monismo possui três variações básicas: (1) o monismo de supremacia do direito interno, conhecido também como de supremacia constitucional; (2) o monismo moderado ou ponderado, cuja premissa reside no compartilhamento da supremacia normativa entre as disposições constitucionais e algumas normas de direito internacional público (ex.: tratados constitucionais); (3) o monismo de supremacia do direito internacional, cuja premissa reside na determinação de que as normas jurídicas internacionais (por exemplo: tratados) são a base do sistema jurídico sobre o qual se elabora a ordem jurídica nacional (a Constituição seria um intermediário entre as normas internacionais e as normas nacionais).

Na visualização desta situação pode-se destacar a utilização da poderosa formulação de Kelsen & Merckl, conhecida como “pirâmide normativa” baseada no *Stufenbau* (escalonamento normativo), resultando na seguinte ilustração da situação:

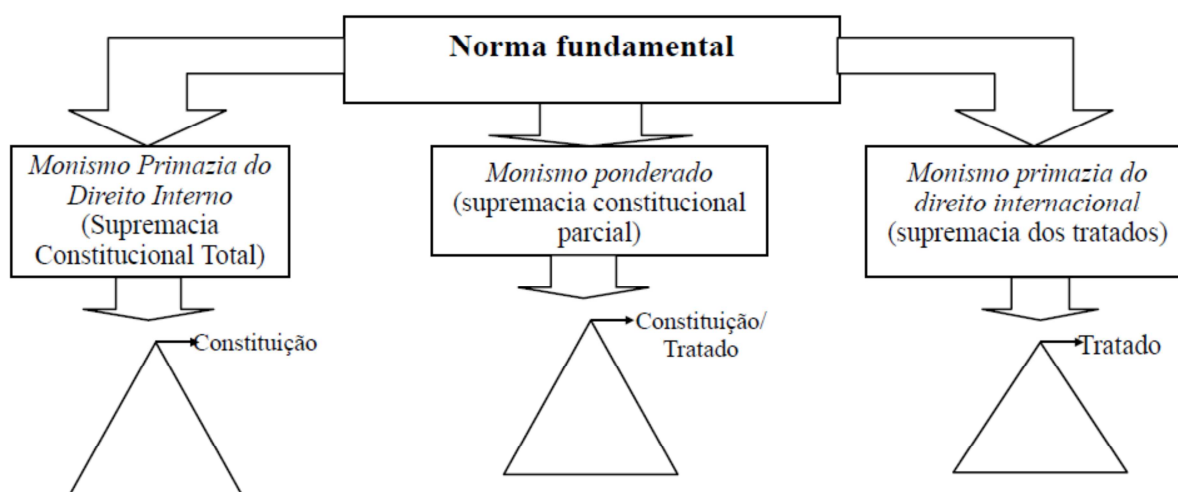


Figura 1 As três variantes do monismo por via da pirâmide Kelsen&Merckl

Diante desta constatação, da existência de dois outros pontos passíveis de desenvolvimento do papel da Constituição e da relação Direito interno e Direito internacional, pode-se partir para a elaboração de uma visualização afim de se saber como se assentaria a ordem jurídica nacional, em relação à ordem jurídica internacional. Mais precisamente, da receptividade do Direito internacional no Direito interno nos moldes atuais.

Para esta visualização, mantém-se a forma piramidal da ordem jurídica e acrescentam-se os limites da soberania estatal. Delimita ainda o campo de atuação do Direito internacional (naquilo que ele é receptado para o Direito interno e naquilo que ele é repelido). Critério que fora utilizada pelo jurista Wagner Menezes, para explicar as teorias do monismo e do dualismo, em sua obra sobre Transnormatividade:

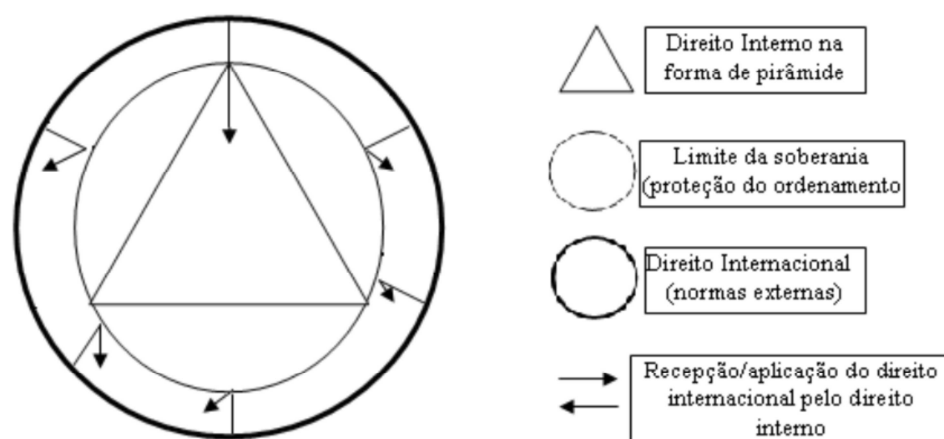


Figura 2 Representação da relação Direito nacional e direito internacional conforme Menezes (2005, p.237)

Permite-se concluir que, conforme o pensamento dominante, todo o Direito internacional tem de, necessariamente, passar pela ponta da pirâmide da ordem jurídica interna para ser inserido na esfera soberana e na ordem jurídica nacional.

Porém, ao se alterar o método monista e se utilizar do método pluralista para visualizar a relação entre a esfera soberana e a ordem jurídica nacional com o Direito internacional, chega-se a seguinte visualização:

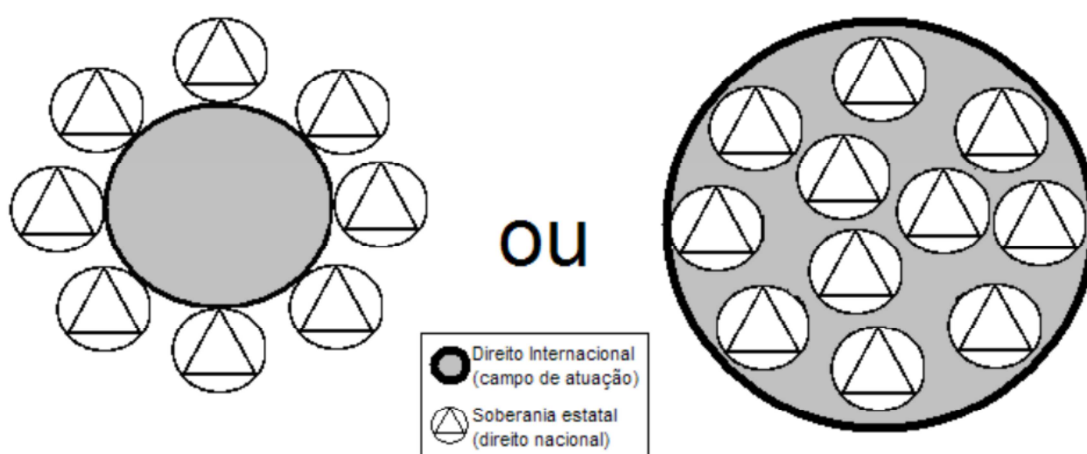


Figura 3 A relação Direito interno e Direito internacional pelo método pluralista (dualista)

T-se nesta, visualização, a concepção de que cada ordem jurídica nacional atua de forma autônoma diante da mesma realidade jurídica internacional – realidade traduzida

pelo Direito internacional público pela adoção dos Estados nacionais dos sistemas de reservas e anexos a tratados, quando incorporados a ordem jurídica nacional.

Note-se ainda que a esfera soberana do Estado se confunde com a da Constituição, pois somente adentram na esfera nacional aquelas normas que necessariamente se adequam à previsão constitucional. Esta, por sua vez, se confunde com a esfera soberana do Estado. Ou seja, mantém-se o ponto de partida como sendo o monismo de supremacia do Direito interno ou supremacia constitucional.

Mas ao se prosseguir na alteração das premissas básicas e procurar-se desvincular agora a ideia de soberania estatal com o da Constituição, ou desvincular-se a Constituição como ponto central do ordenamento jurídico, para promover o entendimento estipulado pelo monismo moderado ou, até mesmo, do monismo internacionalista, ter-se-á como representação da ordem jurídica, o seguinte modelo:

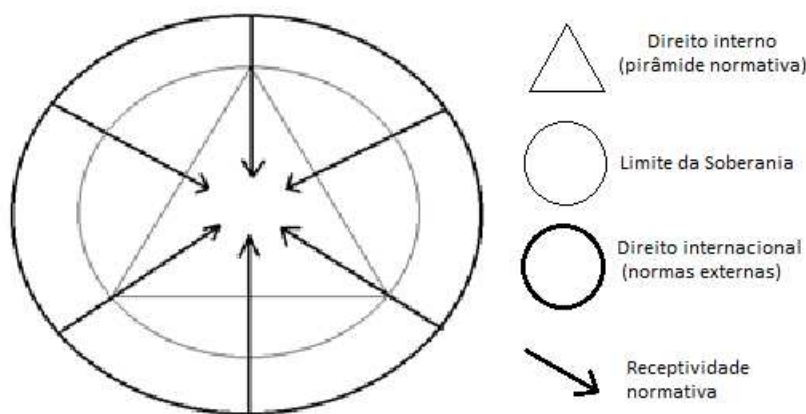


Figura 4 Receptividade normativa conforme o monismo ponderado e monismo internacional

Neste contexto, a interação entre o campo do direito interno e o direito internacional não mais é reduzido ao caminho de mão única existente na concentração constitucional, na medida que existe a interação entre os diversos níveis normativos nacionais com os equivalentes internacionais – a Constituição atua como auxiliar na ordenação das matérias internacionais e não mais como caminho único de inserção.

É nesta visualização que a ordem pública exerce caráter excepcional afim de barrar eventual interação com o Direito internacional, quando ofendidos um dos pilares do ordenamento nacional – age no sentido de cláusula de reserva soberana.

Diante destes moldes da relação Constituição, ordem jurídica, soberania do Estado e sua atuação com o Direito internacional, pode-se constatar que cada ordem jurídica consiste numa espécie de ponto de interação em um plano maior. Isto é, no Direito internacional geral, a interação não se limita entre o Direito interno e o Direito internacional, mas inclui a interação entre este Direito interno com os demais Direitos internos e suas consequências internacionais.

Esta situação pode ser visualizada da seguinte forma – e independe do paradigma de monismo adotado – e para promover a nova vocação do DIPr, aí tem-se a concepção da teoria da rede constitucional:

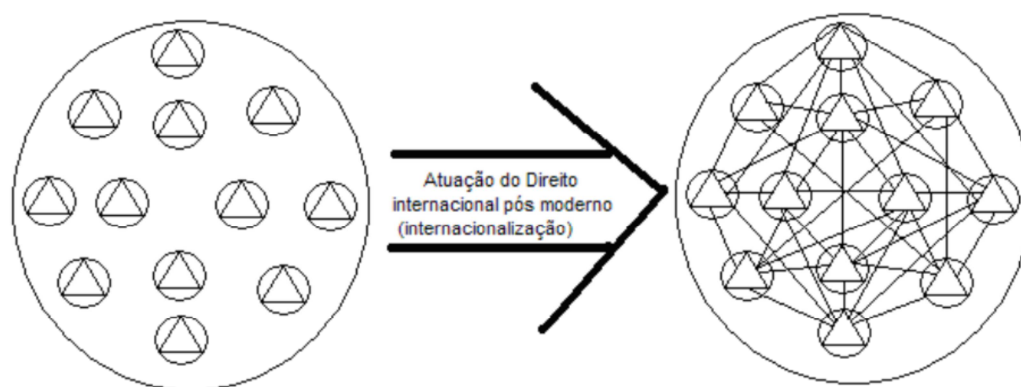


Figura 5 A visualização da Rede Constitucional

A teoria da rede constitucional estabelece que a Constituição atue na mesma função da ordem pública internacional de cada Estado: a de cláusula de exceção. Ou melhor, se utiliza de uma concepção relativizada das *normas de aplicação imediata*, tratar-se-ia de um vetor determinante para a integração do ordenamento nacional com o ordenamento internacional de forma mais harmoniosa possível.

Não se trata mais da irradiação dos Direitos fundamentais, mas sim da sua adoção na aplicação de elementos extranacionais na ordem nacional, não figuram como barreira excludente, mas como vetores de aplicação do Direito – não se exclui em nome dos direitos fundamentais, mas se aplica o Direito estrangeiro/internacional conforme os mesmos e com respeito ao contexto internacional presente na relação jurídica.

Tal pensamento pode gerar a elaboração de um *constitucionalismo* internacional cujas consequências imediatas seriam: (1) a maior integração entre o espaço nacional e o direito internacional, a partir da figura da estipulação de um direito comunitário; (2) a existência de legislação comunitária desvinculada da ordem jurídica interna, para propiciar a sua aplicação uniforme e um tratamento igualitário às situações previstas naquela legislação quanto a sua aplicação pelos países membros; e, num prazo mais longo, (3) desencadear o reposicionamento da Constituição como documento soberano de limitação do poder público e do estabelecimento da estrutura do Estado, retirando-se assim da Constituição o caráter *dirigente* e, com isso, retorna o Estado à figura de agente político de promoção das condições básicas de desenvolvimento do cidadão e retomando o caráter tradicional de sua atuação no Direito privado, em especial na autonomia da vontade, para recuperar a sua concepção racionalista e iluminista.

A cultura constitucional supra-estatal insurgente permite recuperar muitas das conquistas do racionalismo e do iluminismo, adaptando-as a uma nova realidade e a uma nova conjuntura político-jurídico, a partir do “deslocamento do horizonte” teórico do constitucionalismo, do Estado para os entes jurídicos supra-estatais. Possibilita, no nosso entender, algumas respostas ao nihilismo constitucional e ao desencantamento pós-moderno, embora as soluções estejam momentaneamente adstritas ao constitucionalismo europeu. (GALINDO, 2006, p.130).

Ao se entender a Constituição, como um ponto componente de uma rede constitucional internacional, com especial relevância para atuação do Estado na autonomia da vontade, permite desvincular o direito contratual privado (principalmente, os contratos mercantis) do debate dos limites constitucionais e dos diversos efeitos sociais dos direitos fundamentais na esfera nacional e recorrer a sua estipulação no âmbito internacional.

Por consequência, desvincula-se a autonomia da vontade, nos contratos internacionais, das realidades sociais nacionais e estabelece-se como determinante para a produção de efeitos jurídicos da autonomia da vontade, o rol de direitos humanos consagrados não somente na Constituição nacional, mas, também, no ambiente internacional envolvido. Neste caso haveria, então, a tarefa de utilizar-se o direito comparado, para averiguar a noção de direitos fundamentais no Direito a ser aplicado.

5.2 O papel do Estado: a questão dos contratos *preterpúblicos*

Desde as últimas décadas do século XX, tem-se discutido cada vez mais a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado com conexão a redução da capacidade dos direitos de dirigir a conduta social. (NEVES M., 2007, p.29)

O segundo ponto sujeito à reelaboração, na procura de estabelecer um Direito comprometido internacionalmente, é o papel do Estado na sociedade moderna ou, mais precisamente, o papel do Estado diante dos tipos contratuais massificados, dos *standards* contratuais. Esses figuram como a grande realidade social base doutrinária para a defesa da mudança de atuação do Estado na autonomia da vontade, bem como a mudança do papel do Estado na própria sociedade.

Neste contexto da estandardização contratual, parte a doutrina de que a alteração do sistema de produção e da distribuição de bens no comércio resultou na despersonalização e no enfraquecimento do poder de negociação da pessoa física individualizada – inserida, neste sentido, no conceito de consumidor.

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. (MARQUES, 2004, p.52-53).

Daí nasce a necessidade, segundo a doutrina dominante, de uma revisão da atuação do Estado na autonomia da vontade, para garantir maior equidade e promover a justiça social.

O problema em simplificar a questão dos contratos de adesão e dos *standards* contratuais em torno das concepções de sociedade de massa e de consumo, é ignorar que, no fundo, o problema não são essas modalidades contratuais. Os contratos da modalidade de adesão e demais tipos de contratos sofreram um processo de estandardização nos seus processos de formação e conclusão por uma necessidade de agilidade comercial e simplificação do processo repetição contratual, invés de incorrer em uma exaustiva elaboração de um novo contrato para cada contratação, adota-se um modelo padrão para aquele tipo de contratação.

Os contratos de adesão, por exemplo, já buscavam uma regulamentação específica desde o início do século XX. Destaque-se a regra contida no artigo 185 do Código

de Bustamante de 1928, cuja redação determina que, na ausência de vontade expressa sobre a escolha da lei aplicável, fosse aplicada a lei de quem oferece ou preparou o contrato.

Art.185. Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiaes, nos contractos de adesão presume-se aceita, na falta de vontade expressa ou tacita, a lei de quem os oferece ou prepara. (BRASIL, 2004, p.865)

A questão dos *standards* e da uniformização dos tipos contratuais, principalmente advindos do campo comercial, já demandavam uma análise específica e em apartado, em virtude da grande predominância de unilateralidade.

Tal caráter unilateral é apenas aparente, pois a unilateralidade não advém necessariamente da vontade de uma das partes envolvidas no negócio jurídico, mas sim da prática comercial consolidada para suprir uma necessidade do mercado moderno. Exemplo são as *EULA*, de uso recorrente no comércio eletrônico, cuja ausência praticamente inutilizaria a adoção do comércio eletrônico como meio de circulação de bens e serviços. Sem elas, não há como o proprietário do bem virtual (*software*) combater juridicamente a pirataria sem incorrer no risco do programa ficar obsoleto durante uma das etapas de negociação para venda para usuários finais.

Esta situação, resultante de uma maior dinâmica no mercado contemporâneo provocou, numa necessidade de adotar estas formas estandardizadas de contratos, pois de outro modo tornaria a negociação e a prestação estipulada sujeita a um processo moroso, que poderia resultar na própria inutilidade da prestação. Imagine se uma empresa como a Microsoft tivesse de negociar com cada usuário individual, não só para aquisição do sistema operacional Windows, mas, também, para as regras de sua utilização? Seria bem possível que a negociação de cada uma das cláusulas de uso do sistema operacional acabasse durando tanto tempo que o próprio sistema se tornaria obsoleto, ao fim da negociação.

Não se trata, portanto, de um tipo contratual resultante da má-fé ou preguiça empresarial para com os seus clientes e consumidores, torna-se mais uma consequência natural do aumento da dinâmica do mercado, cuja necessidade de agilidade resulta na estipulação de um *standard* a ser aplicado aos inúmeros negócios idênticos que se sucedem.

O grande problema dos contratos massificados e de adesão reside na omissão ou, até mesmo, falha do Estado em prestar um serviço público básico de forma eficiente e

bem sucedida, o que acaba por incorrer no surgimento de um mercado de serviços públicos, também conhecidos como de terceirizações.

A terceirização ou privatização de um serviço público básico determina o aparecimento de uma modalidade de contrato de adesão e de estandarte contratual cuja melhor denominação é a de *contrato preterpúblico*. O contrato *preterpúblico* tem a aparência e a estrutura de um contrato de Direito privado, porém o objeto da relação consiste num serviço público que foi terceirizado ou privatizado pelo Estado e entregue a particulares. Basicamente, a prestação resultante deste contrato deveria ser uma prestação fornecida pelo Estado, mas, por algum motivo, foi concedido à iniciativa privada.

O serviço público terceirizado está relacionado à necessidade básica do ser humano (como água, energia elétrica, saúde, etc.) ou derivado de um excesso das atividades estatais na economia (como a privatização de empresas siderúrgicas, telefonia, etc.), cuja concessão ou privatização se deveu à busca de um aumento na concorrência naquele nicho de mercado antes monopolizado, ou da própria incapacidade do Estado em prestar o serviço.

Diante desta constatação de que o serviço público é cedido à exploração pela iniciativa privada, o Estado vai apresentar dois aspectos que contribuem para a temática dos contratos massificados: (1) derivado da natureza do próprio serviço público cedido a iniciativa privada; (2) derivado da falha de regulamentação por parte do próprio Estado para com a exploração privada daquele serviço público.

A primeira falha do Estado, ao transpor o problema dos contratos *preterpúblicos* para o Direito privado, ocorre quando o Estado concede a exploração para iniciativa privada de um serviço público básico do cidadão (estes, para possibilitar seu uso político, são comumente expressos de forma demagógica como direitos no texto constitucional).

Existem serviços sem os quais o cidadão não consegue se desenvolver na sociedade moderna e, pela boa doutrina, caberia somente ao Estado prestá-los de forma eficiente. São exemplos deste tipo de serviço o saneamento básico, a energia elétrica, a saúde, etc.

Ocorre que estes serviços são cedidos à iniciativa privada, a qual começa a explorá-los no modo tipicamente mercantil dominante no Direito privado. Porém, como o

serviço é essencial à pessoa humana, o cidadão torna-se refém de determinada empresa, pois esta é a concessionária do serviço público naquela região e, comumente, detém o monopólio.

Neste contexto, os contratos de adesão e qualquer outra modalidade de contrato derivados desta situação requerem uma maior intervenção e fiscalização do Estado. Não se trata de um contrato de Direito privado, mas na exploração de serviço público travestida de contrato de Direito privado.

O outro fator componente nestes contratos *preterpúblicos* se relaciona a falha direta do Estado em regulamentar e fiscalizar a exploração destes serviços públicos explorados pela iniciativa privada: o famoso problema da ineficiência das agências reguladoras.

É comum, quando o Estado privatiza ou concede a exploração de um serviço público à iniciativa privada, que ele crie uma agência reguladora para aquela prestação de serviço e uma legislação própria para coibir abusos na prestação do mesmo. Lembre-se, é um serviço público que foi concedido à iniciativa privada.

Por este entendimento resulta que estes contratos para esta modalidade de prestação de serviço, não aparecem realmente sujeitos ao Direito privado, mas sim sujeitos a regulamentação específica. Comumente, originário no Direito público. Um exemplo é a questão dos planos de saúde no Brasil, os quais originalmente deveriam ser regulados somente pela lei n.º 9656 de 3 de junho de 1998, mas que na prática, devido a comuns abusos por parte das gestoras dos planos, acabam sendo regidas tão somente pelo CDC.

Pelo caminho das agências reguladoras, evidencia-se ainda mais a omissão do Estado no trato dessa questão, pois existe o interessante problema prático dos contratos de seguro no Direito brasileiro – note-se: seguro não é um serviço público.

À primeira análise, os contratos de seguro são regidos pela legislação civil padrão e sujeitam-se à fiscalização pela SUSEP – autarquia do Ministério da Fazenda ligada ao Conselho Nacional de Seguros, previsto no dec.-lei n.º 73 de 21 de novembro de 1966-, nele se determina que os modelos e *standards* contratuais, utilizados no mercado de seguros, necessariamente, tem de obter aprovação pela SUSEP. Essa fiscalização deve incorrer em algum problema de incapacidade ou retardamento, pois permite a utilização de contratos de seguros que ao serem submetidos ao CDC comumente apresentam cláusulas abusivas em suas estipulações.

Ora, se um contrato fiscalizado por um órgão governamental é possível constatar a existência de cláusulas abusivas, como será a situação em contratos decorrentes da exploração de serviço público? O problema aqui é a omissão do Estado na fiscalização, não um problema social do Direito privado como defende a doutrina¹⁵⁴.

Evidencia-se que o recurso a uma legislação de redação indeterminada, bem como uma ampliação da atuação do Estado na autonomia da vontade por motivo dos contratos massificados não é resultado de problemas pertinentes ao Direito privado ou do excesso de autonomia da vontade. Está mais para um problema relacionado a procurar-se solucionar a omissão do Estado para com os contratos que, em sua origem, são contratos de serviço público e não de Direito privado.

Essa modalidade contratual gera uma necessidade específica no Direito brasileiro, a atuação do Estado centrada no Judiciário e na confecção de legislações erráticas como o CDC. O sistema legislativo dominante não consegue resolver esses problemas advindos da omissão do Estado; e neste estado das coisas o Direito tem prover uma resposta, não importa se a mesma gera mais problemas do que o próprio problema – eis a base da nova Teoria do Direito Civil constitucionalizado.

Em outras palavras, menciona-se a funcionalização de certos institutos, como a função social da propriedade, dos contratos e, mais tarde, da empresa. Reconhecem-se essas atividades como legítimas na economia em que elas se inserem, mas também sobre elas estipula-se um conjunto de deveres inerentes ao seu próprio exercício.

A mudança portanto, que se opera no privado advém do público e, paradoxalmente, é um movimento de refluxo, porque aquilo em que o público compareceu, nesse sentido, agora ele quer, na verdade, expropriar-se, para retornar a um outro ambiente mais diminuto. (FACHIN, 2003, p.77-78)

Para evitar a ira dos defensores do CDC, quando se afirma que a legislação do CDC é errática e uma anomalia no sistema jurídico, parte-se puramente de uma concepção sistemática, pois é evidente que se trata de uma legislação que vem justamente resolver estes problemas de abusos oriundos da utilização de contratos massificados na forma de *contratos públicos*.

A título de curiosidade, utilize-se a recente reforma das obrigações no Direito alemão ocorrida em 2002. Nos debates acerca das obrigações contratuais destacou-se na

¹⁵⁴ A título de curiosidade existem ainda a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – lei 9.427 de 26 de dezembro de 2006 – que deveria fiscalizar os contratos e o fornecimento de energia elétrica aos cidadãos pelas empresas concessionárias do sistema elétrico, bem como vale a pena mencionar também a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – lei 9.472 – cuja função seria garantir um bom serviço de telefonia por parte das operadoras, situação que parece não ocorrer já que meu celular vive perdendo sinal.

questão de se inserir ou não na legislação civil os tópicos referentes ao consumidor. Concluiu-se que uma legislação demasiadamente esparsa e fragmentada do assunto geraria um obstáculo intransponível para a consolidação de uma ordem jurídica transparente, obstáculo justamente motivador da reforma do direito das obrigações que já se apresentava defasado para resolver algumas modalidades obrigacionais, além de promover uma maior receptividade do Direito alemão para com o Direito comunitário (DAUNER-LIEB, 2003, P.6-7).

Concluiu-se que seria de pouca utilidade a adoção de um Código de Defesa do Consumidor específico, pois, a realidade comunitária de forte influência no campo legislativo – CISG, a Diretriz sobre bens ao consumidor RiL 1999/44/1.1.2002, bem como a Diretriz de E-Commerce (RiL 2000/31 EG) – estabeleciam a necessidade de um Direito privado consistente num caminho de mão dupla, abandonando previsões de mão única (KÖRBEN, 2004, p.2).

Nesta situação, o CDC é um produto da necessidade do Direito brasileiro, pois mesmo na promulgação do novo Código Civil de 2002 houve uma necessária harmonização na legislação referente ao Direito contratual, já que a realidade brasileira não havia mudado.

Esta concepção do papel do Estado como interventor na autonomia da vontade, revela um problema: a de se esquecer de que o motivo da intervenção advém do próprio Estado, quando, deixando ele de cumprir suas tarefas primordiais, procura resolver os problemas daí derivados por via de remendo jurídico.

Ao se analisar-se o Direito comunitário europeu, torna-se evidente que o papel tanto do Estado como do Direito é a de promover uma maior integração entre a legislação de Direito privado de cunho nacional com a de cunho internacional, não só para assegurar maior concorrência e garantia de mercado, mas, também, para conferir maior proteção aos bens disponibilizados ao consumo, sendo um contrassenso a adoção de legislações de forte cunho interventor, pois esta modalidade de legislação não existe aspiração internacional, seu *leitmotiv* é o da imposição, não da integração.

Isto significa que, para se desenvolver um Direito comprometido internacionalmente, tem-se que reestabelecer o papel do Estado na ordem jurídica e determinar o cumprimento total de suas prioridades, ou seja, conferir-lhe as condições elementares para o desenvolvimento pleno dos seus cidadãos, não de agir como um pai para seus súditos protegendo-os mesmo quando em erro.

5.3 O Judiciário e a judicialização do Direito contratual

O juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, na sentença deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que de presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá *sentença determinativa*, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída. (GRINOVER *et alii*, 2004, p.536).

O terceiro e último elemento de análise para sedimentar a tese de um direito comprometido internacionalmente, refere-se à invariável ascensão do poder judiciário como vetor da atuação do Estado na autonomia da vontade, produto maior do processo de constitucionalização do Direito privado – o Poder judiciário como poder moderador.

Esta ascensão do Poder Judiciário como principal função na atuação do Estado na autonomia da vontade, pode ser denominada também de judicialização do Direito contratual ou, mais genericamente, judicialização do Direito privado.

A judicialização, por si só, não consiste num obstáculo à autonomia da vontade e nem a estipulação de um Direito comprometido internacionalmente. Um Judiciário em que predomina no estudo jurídico e na aplicação do Direito uma aceitação e uma receptividade às legislações internacionais ratificadas e integradas ao Direito interno há de ser visto como comprometido internacionalmente.

A judicialização, como obstáculo à autonomia da vontade e a um Direito comprometido internacionalmente, é aquela que se baseia num poder Judiciário oriundo de uma estrutura legislativa refratária e de um estudo jurídico ufanista e recheado de valorações alicerçadas em conceitos anciãos de soberania nacional, tal como se apresenta num grau razoável, mas não exclusivamente, na Ciência Jurídica do Brasil.

Analisando-se a situação da judicialização pela ótica do Direito no Brasil, podem-se destacar como obstáculos à um Direito comprometido internacionalmente e uma expansão da autonomia da vontade no Direito contratual, como sendo:

- (1) A formação do magistrado;

- (2) A estrutura do processo civil brasileiro em questões internacionais;
- (3) A própria estrutura do poder judiciário brasileiro.

A formação do Magistrado no Brasil pode ser definida como pobre, quando o assunto se refere ao Direito internacional como um todo, pois ainda predomina, a influência do dogma da supremacia do Direito nacional e, até certo ponto, um temor quanto aos elementos estrangeiros na ordem jurídica brasileira.

Este problema decorre da constatação de que o estudo jurídico brasileiro tem pouca interdisciplinaridade e, mais recentemente, sofre com a industrialização da formação de bacharéis em Direito por parte da expansão desenfreada de faculdades de Direito.

Nas cadeira acadêmicas dos cursos de direito o aluno é conduzido a entender quão melhor será profissional quanto mais conhece a lei, os códigos, seus dispositivos, o número de determinado artigo; sem ser devidamente alertado que estes se comunicam, ou seja, não se encontram isolados da mesma forma em que as disciplinas são apresentadas com o corte metodológico didaticamente necessário: civil, processual civil, penal, processual penal, trabalho, constitucional, administrativo e etc; quando muito conseguem fazer uma conexão entre o direitos substantivo e o seu respectivo direito adjetivo. (PEDRA, 2003)

Diante desta realidade, a formação do magistrado acaba recaindo ao pouco acesso às questões e análises oriundas do plano do DIPr, ficando muitas vezes reduzida ao estudo realizado durante um semestre através da disciplina de DIPr, isto quando há obrigatoria, no currículo acadêmico. Associe-se esta situação à prática reduzida, no mercado brasileiro, referente à questão internacional e em que se tem um evidente descaso para o plano internacional do Direito.

Mesmo nesta situação prejudicial para o Direito internacional na formação jurídica, não haveria problema se a formação se sucedesse de forma ponderada e moderando a realidade do Direito nacional com a realidade do Direito internacional. Mas infelizmente a formação jurídica mantém o apego de sobrepor o Direito nacional ao direito internacional, considerando este, muitas vezes, um apêndice do primeiro.

Na prática, isto implica que os conceitos jurídicos indeterminados, invariavelmente serão interpretados na visão que o magistrado acha equitativo, socialmente relevante ou de acordo com sua concepção de boa-fé – uma visão nacionalizada destes conceitos indeterminados. Assim adiciona-se mais um grau de preconceito, na análise dos elementos extranacionais nas questões contratuais, e se prende a autonomia da vontade a concepção do *dogma da autonomia da vontade*.

Esta situação gera um tipo de magistrado que, via de regra, se apresenta uma mentalidade fortemente nacionalista e de índole positivista, que comumente, sobrepõe a soberania da lei sobre a própria racionalidade – metafísica banida do estudo jurídico que, para alguns, se resume somente no estudo da lei¹⁵⁵.

Para piorar esta situação, a legislação que regulamenta as regras de conflito de leis no Brasil pode ser considerada uma das mais complicadas do sistema legislativo em vigor. A resumida e antiga LINDB não só se apresenta em posição muitas vezes contraditória com outras legislações, até a legislação processual civil não regula, de forma satisfatória, os procedimentos envolvendo questões estrangeiras e internacionais.

Desta constatação surge o segundo problema derivado da judicialização do Direito, no Brasil: a estrutura do processo civil brasileira é extremamente atrasada, enraizada numa burocracia formalista. O Código de Processo Civil brasileiro é datado de 11 de janeiro de 1973, lei n.º 5.869; podendo-se destacar, como raízes nacionalistas, as regulamentações sobre: a competência internacional ditatorial, a omissão quanto à prova de Direito estrangeiro e a má-redação, em se tratando do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras.

Na redação atual, o Código de Processo Civil brasileiro determina, em seu art. 90, que “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Em outras palavras, mesmo se determinado processo já estiver em fase avançada num tribunal estrangeiro, nada impede que a parte adentre num Tribunal brasileiro para ver julgada a mesma situação, nem fornece ao juiz brasileiro a possibilidade de se informar sobre a lide que ocorre no foro estrangeiro.

O Código de Processo Civil simplesmente ignora o plano internacional e apenas confere ao magistrado o compartilhamento desta ignorância, gerando não só o desconforto de duas sentenças distintas sobre o mesmo fato, e, ao mesmo tempo, incentiva a ignorância do magistrado em evitar a repetição de causas e desencadeia possibilidade de uma constrangedora situação: duas decisões contraditórias sobre a mesma lide.

¹⁵⁵ A situação da formação do magistrado no Brasil é tão deficiente que até mesmo a procura por iniciativa pessoal do magistrado em aprofundar seus conhecimentos jurídicos é vista como “não servindo de nada”. Nas palavras do desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Sérgio Bizzotto – ao se referir que seria voto vencido diante da solicitação de um juiz de primeira instância ao solicitar afastamento para realizar mestrado em Direito (A GAZETA, 2011, p.22).

Importante notar que uma coisa é vincular o Magistrado; outra, é incentivar a ignorância. O CPC opta por esta segunda alternativa, o melhor que o magistrado tem a fazer quanto às eventuais questões internacionais relacionadas à lide, é ignorá-las. Não é de surpreender, que muitas vezes, a própria jurisprudência dos tribunais superiores é contradita pelos juízes das instâncias inferiores.

O segundo problema do CPC é a questão da prova do Direito estrangeiro, mais precisamente na previsão do art.337 prescreve que “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz”¹⁵⁶.

É compreensível que o magistrado, mesmo em gozo da presunção de saber o Direito, não seja obrigado a conhecer direito estrangeiro, dado que a gama de legislações a serem conhecidas seria infundável. Mas, também não é de bom tom um Código processual estabelecer regras tão simplórias quanto à apresentação do Direito estrangeiro, bem como simplificar o papel do magistrado na sua apreciação – o livre convencimento deve ser imparcial e consciente, não arbitrário e omissivo.

Outro problema derivado da análise da redação do Código de Processo Civil é a exposição de um problema rotineiro na própria legislação brasileira, ou seja, a precariedade das atualizações e revisões legislativas, gerando a situação em que existe dois órgãos, do ponto de vista legislativo do CPC, para a homologação da sentença estrangeira.

Consultando o inciso VI do art. 475-N do CPC, verifica-se quanto ao título executivo, que a “sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça”, mas procedendo na consulta do código encontra-se no art.483 a definição segundo a qual “a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”. Fechando esta confusão com chave de ouro, no seu parágrafo único qual determina “a homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento interno do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁵⁶ O sistema de prova do Direito estrangeiro é um tema dotado de uma legislação bem fragmentada, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se destacar que a redação do referido artigo do CPC se adequa à previsão do art. 14 da LINDB determina que o juiz pode exigir de quem invoca o direito estrangeiro que prove sua vigência e texto. Ocorre que de outro lado esse sistema do CPC/LINDB tem, como contrapeso, o sistema estabelecido pelo Código de Bustamante no art.408, prescreve que os Estados membros aplicarão de ofício o Direito estrangeiro dos Estados signatários e, em especial, o art. 410 cuja previsão se inclina para interpretar que a prova de direito estrangeiro se trata de um dever do juiz, não um dever das partes. Pela redação do próprio artigo qual segue: “na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o tribunal a julgar insuficiente, um ou outro poderá solicitar de ofício pela via diplomática, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatório sobre o texto, vigência e sentido do direito aplicável”.

Para o mais legalista dos doutrinadores, ter-se-ia o caso da existência de duas formas de homologação de sentença estrangeira no Brasil, mas o que houve foi uma reforma do texto processual muito mal feita¹⁵⁷.

Acrescente-se ao assunto homologação de sentença estrangeira o problema referente aos laudos arbitrais estrangeiros e as previsões constitucionais sobre acesso à Justiça, quando toda a celeridade oferecida pelo instituto da arbitragem (de uso rotineiro em assuntos internacionais) acaba correndo o risco de se sujeitar a nova análise pelo moroso judiciário brasileiro. Entretanto provoca, em algumas situações, um verdadeiro engessamento desta modalidade solução de conflitos envolvendo negócios jurídicos particulares.

A Carta Magna também não autoriza a execução de laudos arbitrais estrangeiros em que passem pelo controle do Poder Judiciário. É o Superior Tribunal de Justiça o detentor do poder que dá aos laudos arbitrais e às sentenças estrangeiras eficácia no território nacional.

Embora, para alguns juristas, essas disposições constitucionais funcionem como válvula de escape para proteger o País de tratados que onerem os cofres públicos e de sentenças que seja arbitrárias e injustas, o controle exercido pelo Estado muito comumente tem engessado as relações internacionais e necessita urgentemente de revisão, tendo em vista o enorme fluxo de negócios internacionais realizados e de suas eventuais demandas. Ao atribuir a referida competência ao Superior Tribunal de Justiça, o legislador brasileiro mais uma vez demonstra desconfiança e conservadorismo nas questões referentes ao direito alienígena. (SARMENTO, 2007, p.155)

Mas todos estes pontos listados tem pouca influência (exceto aquele referente à formação do magistrado) quando comparados ao maior problema do Judiciário brasileiro e sua compreensão do fato extranacional: a estrutura do Judiciário em centralizar a decisão nos tribunais superiores de pouca, ou nenhuma, especialização.

¹⁵⁷ A propósito, para evitar de se afirmar que a presente análise também sofre de tal problema, uma breve análise do anteprojeto do Código de Processo Civil demonstra uma evolução no trato dessa questão, amenizando a competência internacional do judiciário brasileiro, bem como uma ascensão da autonomia da vontade:

Art.23 A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência da causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial ou arbitral estrangeira.

Art.24. Não cabem `autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, arguida pelo réu na contestação.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo. (BRASIL, 2010, p.52)

É louvável a inserção de um capítulo específico para a cooperação internacional (arts. 25-26) e o conserto do erro evidente de nomenclatura contidos nos art.483 do Código atual, mantendo a homologação de sentença estrangeira como competência no STJ (art. 492, VIII do anteprojeto). Mas por outro lado, é problemático a adoção da autonomia da vontade como matéria de contestação quando for elemento de conexão, pois sem uma mudança radical neste assunto que embolam tratados ratificados, LINDB e demais legislações específicas, corre-se o risco de estabelecer uma anarquia na jurisprudência sobre o assunto.

Utilizando-se os principais recursos disponíveis no Código de Processo Civil em vigor, se pode chegar a seguinte visualização do Poder Judiciário brasileiro:

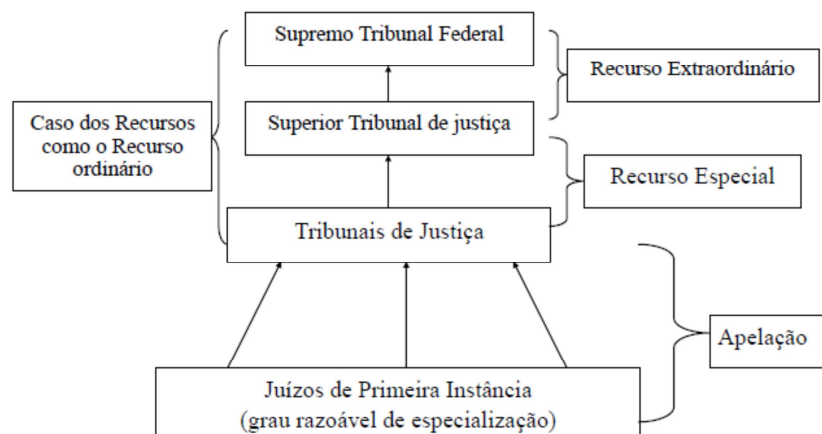


Figura 6 Estrutura do Poder Judiciário brasileiro conforme os principais recursos do CPC

Esta estruturação não só prejudica uma receptividade, pela prática forense do elemento extranacional, como também prejudica o próprio desempenho da função judiciária do Estado como um todo, por concentrar em demasia o poder decisório em dois órgãos, no que tange a questões de Direito Civil e Direito Comercial: o STJ e o STF¹⁵⁸.

Fica evidente que, além de não gozar de uma boa formação e utilizar uma legislação confusa, conflitante e em estado precário; o elemento extranacional, na ótica do Poder Judiciário brasileiro recai numa estrutura de concentração do poder decisório, que invariavelmente, tem como defeito inerente a morosidade no trâmite dos processos. Sobretudo, por ausência de especialização real dos órgãos julgadores – o grau máximo de especialização neste sistema, são as ditas “turmas” de Direito Civil, Direito penal, Direito empresarial etc., que quase sempre, se submetem a um recurso ao Tribunal pleno existente nestes órgãos (ou turmas reunidas).

Não é infundada a necessidade urgente de uma reforma judiciária também neste aspecto, a estrutura de concentração do poder decisório é apenas um detalhe minúsculo perto dos outros problemas existentes.

Os que formulam propostas de reforma do Judiciário com o intuito de fazer mais eficaz a prestação jurisdicional, acoimada até agora de omissa, lenta,

¹⁵⁸ Do ponto de vista geral do poder judiciário brasileiro, a concentração do poder decisório vai recair nos quatro tribunais superiores: TST, STF, STJ e o STM. Os demais tribunais superiores, ex.: TSE, não é um tribunal de composição autônoma, mas sim um remendo de tribunal superior onde figuram como ministros julgadores membros de outros órgãos jurisdicionais.

burocrática e tardia e, por isso mesmo, irmã gêmea da impunidade ou fatora indireta da corrupção dos governantes, nem sempre percebem que dos meios de mudança estarão invariavelmente fadados ao malogro, se o tratamento das mazelas judiciais não se fizer acompanhar de uma transformação no comportamento do Executivo e do Legislativo, donde promanam vícios que contaminam o ser social e o ente público. (BONAVIDES, 2004, p.73).

Para uma maior compreensão deste problema estrutural existente no Poder Judiciário brasileiro, pode-se recorrer a um breve estudo comparado com a estrutura do Poder Judiciário alemão, limitando-se à esfera da Justiça Federal, ter-se-á a seguinte comparação entre os dois sistemas judiciários:

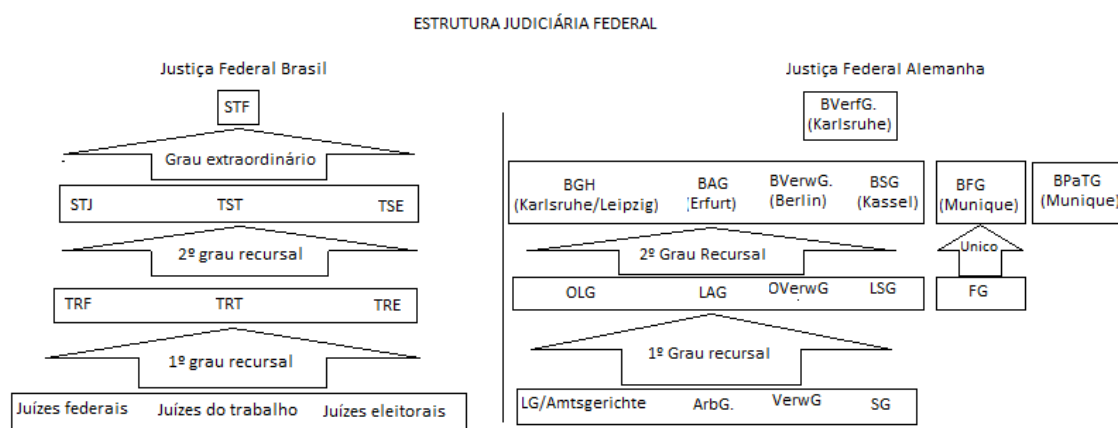


Figura 7 Ilustração comparativa dos poderes Judiciários brasileiro e alemão¹⁵⁹

Nesta concepção de ambos os poderes judiciários, pode-se notar que a rigor não existe um grau relevante de diferenciação a nível de especialização nos dois sistemas. Ocorre que existem algumas diferenças básicas que demonstram a excessiva concentração do poder decisório em Tribunais superiores, cuja estrutura não comporta tal situação nos moldes brasileiros.

Inicialmente nota-se que não surge no sistema judiciário alemão a figura do Tribunal Constitucional (BVerfG – situado em Karlsruhe) como uma instância recursal, isto é, o Tribunal Constitucional figura como uma instância própria com competência jurisdicional limitada a questões constitucionais, relativas ao Estado nacional e ao Direito internacional público alemão – sendo seu acesso no que tange a questões constitucionais somente por via de Reclamação constitucional própria.

¹⁵⁹ Não se incluí nesta ilustração a Justiça militar nem a Justiça Estadual e, no caso alemão, a influência comunitária. Foi utilizado como auxílio para a confecção desta ilustração, para o esquema judicial brasileiro a Constituição e para o Judiciário alemão disponível em www.meuub.de/inhalte/arbeitsrecht/indiv_ar/ar_indiv_pdf/03_struktur/gerichte.ueb.pdf, bem como o informativo disponível em www.bundesgerichtshof.de.

Enquanto no Brasil, o Supremo Tribunal de Justiça (STF – situado em Brasília) se apresenta, além de Tribunal constitucional, como instância recursal das demais esferas jurídicas, bem como de competência jurisdicional originária em determinados processos, quais são de pouca importância para este estudo.

Também se diferenciam os dois órgãos judiciários no que tange a sua composição, dado que o Tribunal Constitucional Federal alemão é composto por dois senados, cada um com 8 membros eleitos para determinado período de exercício, enquanto o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 membros, divididos em 2 turmas e com mandato vitalício – ou seja, nota-se evidentemente que para a competência jurisdicional do STF existe um número muito reduzido de ministros para concentrar tamanho poder decisório.

Mas a maior diferença dos dois sistemas jurídicos vai se notar quando se analisa a jurisdição ordinária, isto é, a jurisdição que envolve as matérias próprias do Direito privado e Direito público.

Neste quesito, o poder judiciário brasileiro se divide na análise do Direito privado entre a justiça do Trabalho e a Justiça Comum. A justiça do Trabalho possui um maior grau de especialidade, detendo um tribunal superior próprio, enquanto que o restante do Direito privado recai na concentração do Superior Tribunal de Justiça (STJ – situado em Brasília). No sistema judiciário alemão, a rigor, ocorre a mesma coisa: as questões de Direito do Trabalho são de competência da justiça do Trabalho (*Arbeitsgerichte (ArbG)*) e terminam seu grau recursal no Tribunal federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht (BAG)* – situado na cidade de Erfurt), e a matéria restante do Direito privado é de competência do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof (BGH)*) - situado majoritariamente na cidade de Karlsruhe, com um dos senados criminais em Leipzig).

Só que esta aparente igualdade cai por terra no momento em que se analisa a composição e a distribuição de competência nos dois órgãos superiores referentes à jurisdição sobre o Direito privado restante, bem como na redução das questões de Direito público na competência de ambos os órgãos judiciários.

No BGH existe somente competência para apreciar matéria de Direito Civil, comercial e penal (a denominada jurisdição ordinária), sendo composto regularmente por 32 juízes, divididos em 17 senados (12 senados civis e 5 senados criminais), cada um com

competência específica e cada senado sendo composto, a rigor, por 1 juiz presidente (*Vorsitzender Richter*) e 4 juízes auxiliares – membros.

No que tange ao Direito público, o BGH somente tem competência para o Direito penal, enquanto que questões previdenciárias/ assistência social são de competência da justiça social (cujo órgão superior é o Tribunal de Justiça Social – *Bundessozialgericht* (BSG) – situado em Kassel); as questões tributárias e de finanças públicas da Justiça tributária (cujo órgão superior é o Tribunal de Justiça de Finanças – *Bundesfinanzgericht* (BFG) – situado em Munique); as questões de direito administrativo de competência da Justiça administrativa (cujo órgão superior é o Tribunal Federal de Justiça Administrativa – *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) – situado na cidade de Berlin) e as questões referentes a marcas e patentes, bem como sua comercialização e impactos no mercado de competência do Tribunal Federal de Patentes (*Bundespattengericht* (BPatG) – situado em Munique)¹⁶⁰.

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil por sua vez, deveria ser composto por no mínimo de 33 membros (atualmente são 26 membros permanentes mais 4 convocados¹⁶¹) divididos em 3 seções, cada seção contendo 2 turmas, formando um total de 6 turmas. Cada turma é composta¹⁶² por 5 membros, resultando que cada seção tenha 10 membros.

A competência do STJ é dividida, principalmente, conforme as seções que o compõe, estabelece a primeira seção como a competente para processos oriundos de Direito público, a segunda seção para Direito privado e a terceira seção para penal, previdenciário e para matérias que não se inserem na competência da segunda turma (famoso resto).

Isto significa, em miúdos, que existem 10 magistrados para resolverem questões de Direito público, 10 magistrados para questão de Direito privado e 10 magistrados para resolverem questões de direito penal, previdenciário e o que sobrar. É possível que somente exista maior concentração de poder decisório do que este no sistema brasileiro na figura do STF.

Feita esta brevíssima análise do poder judiciário, parece ter ficado evidente que não cabe um clamor de maior judicialização nos contratos privados e nem se vislumbrar uma

¹⁶⁰ Neste ponto é curioso que se trata de um tribunal de justiça altamente especializado, cujo quadro de juízes apresenta muitos membros advindos não de carreira jurídica mas sim da própria área técnica em que surgem as patentes.

¹⁶¹ Informação colhida diretamente do site do Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br

¹⁶² Novamente por informação disponível no site do STJ (www.stj.gov.br) existem turmas que não apresentam 5 membros, apresentando 4 em seu lugar. Informação conforme o dia 6 de abril de 2011.

maior receptividade para o elemento extranacional numa estrutura dessas – a qual mal comporta as demandas oriundas do Direito nacional.

Neste sentido, para se promover um Direito comprometido internacionalmente, tem de se postular uma reforma geral e profunda no poder judiciário. Não é possível afirmar que uma modalidade de judicialização – que ocorre num sistema judiciário desta magnitude – possa promover uma atuação do Estado na autonomia da vontade, de forma a promover a autonomia da vontade, tampouco estabelecer a mentalidade de um Direito comprometido internacionalmente.

Basicamente, inserindo o contrato – a autonomia da vontade numa moldura arcaica, morosa, nacionalista e sujeita ao arbítrio do magistrado inserido num contexto de concentração de poder, dá total razão a observação já realizada em 1913 por Manuel Coelho Rodrigues (2004[1913], p.759): “não irrogo ao magistrado brasileiro, tão susceptível de errar como o de qualquer outro paz do mundo, a pecha de ignorante, mas também não me é lícito atribuir-lhe a onisciência decorrente da toga que veste” - observação feita justamente para defender a inserção da autonomia da vontade como elemento de conexão na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro de 1916.

5.4 A autonomia da vontade por um direito comprometido internacionalmente

Quando há quase meio milênio atrás, o jurista Dumoulin postulou pela primeira vez a existência de um princípio da vontade, como existente no que viriam a serem enquadrados nos negócios jurídicos, iniciando o desenvolvimento de uma maior liberdade às partes e um maior respeito a sua manifestação no mundo jurídico, nascia a intrínseca relação entre o que hoje se conhece de autonomia da vontade com o valor mais precioso do ser humano, a liberdade.

A autonomia da vontade nada mais é que a expressão da liberdade do indivíduo no sistema jurídico, especialmente no sistema jurídico contratual e, assim como o próprio ser humano, não reconhece limites e muito menos considera os obstáculos existentes como absolutos.

Nesta acepção é que a autonomia da vontade se associa à figura de um Direito comprometido internacionalmente, pois é por via deste instituto que mais se expõe os problemas existentes quando o pensamento jurídico se reduz à esfera da soberania nacional e do paradigma do direito nacional e o toma por absoluto no modelo jurídico.

Assim como a vontade humana rompeu barreiras desde a antigüidade, estabelecendo as primeiras rotas de comércio à primeira interação entre povos, assim é a tarefa do jurista neste mundo globalizado de analisar o Direito que se espera para a regulamentação deste crescente intercâmbio entre povos, regulamentação que é a chave para a manutenção da segurança nas relações inter-humanas sob o prisma jurídico bem como o caminho para atingir a paz em sociedade.

Não é sem razão, que na promoção de uma expansão da autonomia no Direito contratual resida a essência de um Direito comprometido internacionalmente, pois trata-se de um Direito que respeita a vontade das partes sem se importar com suas nacionalidades, pois trata o fato extranacional da forma que trataria qualquer outro fato, o trataria com equidade.

Não se pode confundir a expansão desta autonomia da vontade com as concepções oriundas da atuação do *dogma da vontade* nas cortes inglesas do século XIX, mas sim de se fundamentar no Direito contratual privado o papel secundário que o Direito e o Estado possuem; um papel referente a garantir que não só a manifestação da vontade seja consciente e livre, mas também garantir a segurança necessária para aquela manifestação produzir os efeitos estipulados – efeitos estes conforme o Direito e, por consequência, conforme a boa-fé e a ética.

Esta é a âncora do fundamento do Direito comprometido internacional à procura de se acordar a Ciência Jurídica contemporânea para a particularidade que o fenômeno extranacional introduz nos contratos particulares, na distinção desta modalidade de autonomia da vontade da manifestação de vontade normalmente concebida nos estritos limites do Direito nacionalizado – abrindo-se a mente para o fenômeno internacional da autonomia da vontade, abre-se a mente do jurista para a própria realidade do Direito internacional, por muito tempo ignorada e relegada a uma Ciência acessória.

Não existe personificação mais clara dos direitos fundamentais do ser humano do que a liberdade de manifestar a sua vontade e tomá-la como base de fonte de obrigações e

deveres, fonte esta que deve ser reconhecida e protegida pelo Direito, não só de um Direito, mas de todos os Direitos que hoje existem na comunidade internacional.

Acrescente-se a este caráter de liberdade presente da autonomia da vontade a questão de que um Direito comprometido internacionalmente também assuma a feição de crítico perante o processo de constitucionalização e de transformação do Direito privado nacional, papel de expor os perigos que existem nesta forma de pensamento que podem desenvolver-se numa colonização do Direito contratual como um todo ao arbítrio judiciário, arbítrio que demonstra que o judiciário em muitos países não está preparado para lidar com um campo tão variável como o Direito contratual e a autonomia da vontade, especialmente em realidades onde predominam problemas sociais de ordem tão grave que geram a necessidade de medidas drásticas para sua solução.

Os perigos da “panconstitucionalização” da ordem jurídica privada foram salientados por Konrad Hesse quando salienta a “colonização” do direito privado eventualmente operada pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais. Esta colonização transportaria riscos evidentes quer para a *constituição dos direitos fundamentais* quer para a ordem *privada* jurídica. A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência inevitável banalização constitucional. Se do Direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em direitos e garantias fundamentais, evitando transformar-se em “direito de não-liberdade” do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego à *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecer das rupturas pós-modernas. (CANOTILHO, 2001, p.113).

Assim como o Direito internacional serve de lembrete incômodo de que o paradigma do Direito nacional é somente um dos possíveis; a ideia de um Direito comprometido internacionalmente como um lembrete incômodo de que a constitucionalização e a consequente limitação maior da autonomia da vontade, também são somente mais um caminho possível e, mais, um caminho indesejável pelos rumos que está tomando.

Como já afirmou um grande jurista brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas: “A liberdade é um bem inestimável, porque mais vale os seus perigos, que o serviço do imobilismo”, pensamento que um Direito internacionalmente comprometido compartilha.

CONCLUSÃO

Partindo do princípio segundo o qual o Direito é, antes de tudo, um fenômeno histórico-cultural, o estudo percorreu um largo itinerário, para identificar as diversas fases e as diversas implicações filosóficas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas que o tema *autonomia da vontade* experimentou, até chegar-se aos dias atuais. Sobretudo, os seus vínculos com o Direito Internacional.

Deixou transparecer também que, dada a sua relevância e complexidade, permanece ele impregnado de dúvidas, contradições e de tendências acadêmicas, doutrinárias e legislativas que provocam e instigam àqueles que, como o autor desta tese, pretendem continuar revolvendo o seu conteúdo e os seus fundamentos.

A partir daquelas evidências histórico-analíticas, o estudo pode chegar às seguintes conclusões:

O processo de constitucionalização do Direito Privado acaba, invariavelmente, por desencadear uma maior limitação da autonomia da vontade; acaba por diminuir o já considerado restrito campo relacionado aos contratos internacionais.

Estas as razões pelas quais existir uma necessidade real para se ampliar, no campo da autonomia da vontade e de sua relação com o Estado, a influência do Direito Internacional ou, mais precisamente, dos fenômenos extra-nacionais, expoentes dos contratos internacionais.

O Direito Privado contemporâneo ainda mantém muitas concepções genéricas e abstratas oriundas do Direito Privado clássico, que o autor do presente estudo passa a denominar como *Direito Privado Civilizado*.

Este *Direito Privado Civilizado* acaba por desconhecer as particularidades – tipos contratuais – que não são de natureza civil –, como os contratos mercantis e, principalmente, os contratos internacionais, também denominados de contratos com elementos extranacionais. Estes, também determinando uma característica relacionada ao estudo dos princípios da vontade, que, até hoje, aparenta permanecer vinculado e apegado à generalizações.

Sob esta concepção de Direito Privado, desenvolveram-se duas ramificações sobre o princípio da vontade - que vêm da Escola Estatutária francesa, desde o século XVI. Esta

concepção do princípio da vontade, absorvida pelo pensamento jurídico, associa-se à concepção centrada na ocorrência de um *ciclo de vontade*, exatamente quando se inicia, no pensamento científico, a reformulação do próprio conceito de vontade como um todo. Daí se desencadeou um processo que vai envolver e percorrer os planos da filosofia, da Ciência Política e da História, antes mesmo de se delimitar, no Direito, a expressão *autonomia da vontade*.

Mas, esta expressão não possui, no campo do Direito, um significado harmônico, uma vez que se associa a diferentes significados e utilizações, em que se destacam aquelas referentes ao *elemento de conexão* elaborado pelo DIPr e à *livre manifestação das partes nos contratos privado* - esta última, dominante no Direito Privado nacional e que o autor desta tese prefere chamar de *dogma da autonomia da vontade*.

O *dogma da autonomia da vontade* não deve ser confundido com o *dogma da vontade*. O primeiro, corresponde a um conjunto de significados que envolve, na doutrina do Direito Privado, a autonomia da vontade; o segundo, corresponde à denominação utilizada para descrever a atuação dos tribunais ingleses, no que tange à amplitude *da autonomia da vontade* verificada nos contratos particulares instituídos no século XIX.

No que tange ao dogma da autonomia da vontade e a autonomia da vontade no DIPr, é possível chegar-se a seguinte constatação: o seu desenvolvimento conceitual esbarra numa profusão de ideias oriundas de diferentes campos contratuais privados em que atua o princípio da vontade – o que pode ser constatado, no direito brasileiro, a partir de uma análise do contido no art. 9º. Da LINDB

Uma vez delimitado a situação doutrinária acerca da *autonomia da vontade*, o estudo partiu rumo à atuação do Estado, no âmbito exclusivo do direito, a fim de identificar as práticas jurisprudenciais, em termos de sua utilização e de aplicação. Neste sentido, foi possível concluir que atuação do Estado pode decorrer de duas formas distintas: uma, denominada forma tradicional; outra, denominada forma constitucionalizada.

A forma tradicional de atuação do Estado nacional decorre da aplicação dos limites formulados por via do estudo do negócio jurídico, em que predomina a atuação e a função legislativas, no sentido de estabelecer regras objetivas para a consideração da vontade como entidade autônoma. Já a ordem pública, atua como cláusula de exceção soberana sobre a autonomia da vontade.

A atuação constitucionalizada do Estado, na autonomia da vontade, vai promover o deslocamento de função – da ação do Estado, para a atuação de um dos seus poderes instituídos, o poder judiciário. Com isso, além de manter os mecanismos de atuação tradicional, adiciona-se a estes os mecanismos limitadores advindos do processo de constitucionalização ou de socialização do Direito Privado.

A partir dessa atuação, o Estado não mais figura como avaliador do vínculo jurídico. Aparece como fiscalizador e interventor da estipulação obrigacional derivada da autonomia da vontade. A ordem pública passa a se constituir não apenas como cláusula de exceção soberana, mas também como determinante da atuação do Estado no universo dos contratos.

O estudo deixa claro sua opção: defende que seja reformulada a atuação do Estado nacional. Para tanto, descreveu detalhadamente os seus argumentos críticos e suas proposições acerca dos pontos principais que acompanham a reformulação oriunda da socialização do Direito - que passou a denominar *Direito comprometido internacionalmente*.

A partir deste conjunto de críticas acerca dos fundamentos da atuação constitucionalizada do Estado, ainda destaca a necessidade de se reavaliar a atuação centrada na intervenção do Estado, para que se possa proceder a uma análise mais receptiva da autonomia da vontade e, também, ampliar a influência do Direito Internacional na atuação do Estado nacional.

O *Direito comprometido internacionalmente* proclama e defende a expansão da autonomia da vontade, reconhece e recepciona a influência internacional no conceito do Direito contratual privado. A constatação de um obrigatório compromisso internacional na análise de determinados institutos de Direito privado, com especial expoente os negócios jurídicos.

Trata-se de uma crítica e de uma proposta sobre o processo de constitucionalização do Direito e de suas influências sobre o Direito contratual, para que possa haver uma transmutação rumo ao processo de panconstitucionalização.

Uma proposta aberta e submetida à crítica, como convém a um estudo acadêmico, mas que traduz os sentimentos e as convicções do autor em defesa da expansão da autonomia da vontade, a partir de um *Direito internacionalmente comprometido*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para um teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, 405p.

ALVES; Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo código civil**. 2 ed Campinas: Bookseller, 2004, 909p.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: uma introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Recife: Dissertação de Mestrado/ PPGD – UFPE, 2006.

ANDRADE, Antonio Paes de. BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 9 ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Piros. **Filosofando: uma introdução à filosofia**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1993, 395p.

ARAUJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ASSER, T.-M.-C. **Éléments de droit international privé ou du conflit de lois**. Trad. Francesa : Alphonse Rivier, Paris: Arthur Rosseau editor, 1884, 307p. Disponível via pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

ATIYAH, P.S. **The rise and fall of freedom of contracts**. Reprint. Oxford: oxford University Press, 2003, 792p.

ATMORE, Anthony; AVERY, Peter W. *et alii*. **Aus der steinzeit in den weltraum: die faszinierende geschichte der menscheit**. Stuttgart: DAS BESTE, 1975, 488p.

AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined**. 2nd London: John Murray, 1861. Disponível em formato pdf via <http://books.google.com>

AZEVEDO, Alvaro Vilaça. **Teoria geral dos contrato típicos e atípicos: curso de Direito Civil**. 9 ed. São Paulo: RT, 2002, 202p.

_____. **Teoria geral das obrigações**. 9 ed. São Paulo: RT, 2001, 360p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito internacional privado**. Campinas: RED Livros, 2002, 364p.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil constitucional**. 3 ed São Paulo: RT, 2003, 229p.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the laws of England**. New York: E.Dyuckinck, G.long, Collins&Hannay, Collins&Co, 1827, vol.1 (edição em 2 volumes).

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2^a ed. São Paulo: EDIPRO, 2003, 192p.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe do estado institucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, 328p.

BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil colônia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, 276p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und privatrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, 1999, 98p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1522p.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 629p.

CASTRO (F), Flavia Lages de. **História do Direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 571p.

CRUZ, Carlina Dias Tavares Guerreiro. **Contratos internacionais de consumo: lei aplicável**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 151p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luíz Ivani de Amorim. **Lei de introdução ao código civil brasileiro comentada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINH, Nguyen; DILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad.: Victor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 543p.

_____. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: sem editora, 1979, 282p.

EBEL, Friedrich; THIELMANN, Georg. **Rechtsgeschichte: von der römischen antike bis zur neuzeit**. 3ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, 519p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 701p.

FOELIX, M. **Traité de droit international privé ou des conflit des lois différentes nations en matière de droit privé**. 4 ed. Paris: Marescq Ainé, 2 tomes, 1866, 1058p. Disponível online via pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

FOUILÉE, Alfred. **L'idée moderne du droit**. 6 ed. Paris : Librairie Hachette, 1909, 408p. Disponível online via pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

_____. **La Science sociale contemporaine**. Paris: Hachette et cie., 1880, 424p.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sim – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União europeia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 308p.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2nd ed. Michigan: The Ohio State University Press, 1995, 182p.

GREWE, Wilhelm G. **Epochs of international law**. Trad. Inglês: Michael Biers. Berlin; New York: De Gruyter, 2000.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. 2 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, 451p.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et ali*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad.: Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, 767p.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Trad.: A. Ribeiro Mendes 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Books, 1985[1651], 729p.

JAYME, Erik. **Cour general de droit international privé**. La Haye: Kluwer Law International, t.251, 1995.

KANT, Immanuel. **Werke in sechs Bände**. Herausgegeben Wilhelm Weischedel. Darmstadt: WBG-Darmstadt, 2005.

KEGEL, Gerhard; SCHURIG, Klaus. **Internationales privatrecht: ein studienbuch**. 9 ed. München: C.H. Beck Verlag, 2004, 1190p.

KELSEN, Hans. **Theorie du droit international public, problèmes choisis**. Paris : Recueil des Cours, tome 42, vol.IV, 1932.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSKENIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 570p.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002, 120p.

LAURENT, François. **Principe de droit civil**. Paris & Bruxelles: Bruylant-Christophe & comp.; A. Durand & Pedont Lauriel, 1869, t.1. Disponível mediante pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

_____. **Droit civil international.** Paris & Bruxelles: Bruylant-Christophe & comp.; A. Durand & Pedont Lauriel, 1880, t.1. Disponível mediante pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado.** Trad: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LÔBO, Luis Paulo Netto. **Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009, 388p.

LOCKE, John. **Two treatises of government and a letter concerning toleration.** New Haven and London: Yale University Press, 2003 [1680], 358p.

MACEDO, Elaine Hazheim. **Jurisdição e processo: crítica história e perspectivas para o terceiro milênio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, 296p.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do Direito do Trabalho.** 2 ed. São Paulo: RT, 2000, 197p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho.** 3 ed. São Paulo: Dialética, 2001, 319p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4 ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRA, Silvio. **Curso de direito romano.** Ed. Fac-sim. São Paulo: LTr, 1996, 282p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2 vols., 2004.

MENDONÇA, Joaquim Carvalho X. de. **Tratado de Direito Comercial.** Campinas: Bookseller, vol.1, 2000.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

MONTESQUIEU. **De l'Esprit des lois.** Sarthe : Editions Gallimard, 1995, 2 vols, 1627p.

MILL, John Stuart. **Principles of political economy, with some of their applications to social philosophy.** 3ed London: John W. Parker and Son, 1854, 2 vols.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1935, 2 volumes.

_____. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, 477p.

_____. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2001, tomo III.

MORGENTHAU, Hans J. **Politics among nations: struggle for power and peace.** 7 ed. New York: McGraw-Hill, 2006, 703p.

MUSIELAK, Hans-Joachin. **Grundkurs BGB.** 9 Aufl. München: C.H. Beck Verlag, 2005, 620p.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** Campinas: Millenium Editora, 2008, p.372.

NERY JR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotado.** São Paulo: RT, 2002, 1759p.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. **Código civil brasileiro de 2002: principais alterações**. Curitiba: Ed. Juruá, 2003, 156p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, 358p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6 ed. São Paulo: RT, 2007, 1182p.

NORD, Nicolas. **Ordre public et lois de police em droit international privé**. These pour le doctorat en droit – Université Robert Schuman (Strasbourg III). Disponível online em <http://www-cdpf.u-strasbg.fr/ordre%20public%20et%20lois%20de%20police.pdf>

NYGH, Peter. **Autonomy in international contracts**. Oxford: Claredon Press, 1999, 281p.

PALLANDT/BEARBEITER. **Bürgerliches Gesetzbuch**. 68. Aufl. München: C.H. Beck Verlag, 2009, 2955p.

PERILLO, Joseph M. **Calamari and Perillo on contracts**. 5th edition 2nd reprint. Minnesota: Thomson West, 2007, 1052p.

PETIT, Eugène Henry Joseph. **Tratado elementar de direito romano**. Trad. Jorge Luís custódio Porto. Campinas: Russell Editores, 2004, 944p.

PILLET, Antoine. **Traité pratique de droit international privé**. Paris: Grenoble, 1924, 2v.

POTHIER. **Oeuvre complètes de Pothier. Nouvelle édition. Traité des obligations**. Paris : Thomine t Frtic Libraires, 1812, t1 a 4, disponível online mediante pesquisa <http://gallica.bnf.fr>

RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept**. Paris : PUF, 1980, 165p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed São Paulo: Saraiva, 2003, 391p.

_____. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REILEY, Eldon H. **International sales contract: the UN convention and related transnational law**. North Carolina: Carolina Academic Press, 2008, 463p.

REINECK, Karl-Michael. **Allgemeine staatslehre und deutsches staatsrecht**. 14 ed. Hamburg: Maximilian-Verlag, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 2 vols.

ROLIN, Albéric. **Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code Civil (Code Napoleon)**. Paris: Librairie Marescq Ainé chevalier-marecq et ecie. Éditeurs, 1897, t.1.

ROSSEAU, Jean-Jacques. (1762). **Du contrat social précédé de discours sur l'économie politique, du contrat social (première version) et suivi de fragments politiques**. Cher : Gallimard, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. **Homologação de laudos arbitrais estrangeiros no Brasil**. Brasília: dissertação de Mestrado/ UCB, versão do autor, 2007, 198p.

SANTOS, António Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado: esboço de uma teoria geral**. Coimbra: Almedina, 1991, 2vols.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen Römischen Rechts**. Berlin: bei Deit und comp, 1849, obra em 8 volumes.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, 239p.

SOUTO, Claudio. **Introdução crítica ao Direito internacional privado**. 2 ed. Porto Alegre: SAFe, 2000, 224p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 920p.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, 287p.

_____. **Contratos internacionais de comércio**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2003.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 598p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, vol.I.

VASCONCELLOS, Marco Antônio & GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2000, 240p.

VON BAR, Christian & MANKOWSKI, Peter. **Internationales privatrecht: Allgemeine Lehren**. 2 Aufl. München: Beck Verlag, Band 1, 2003, 745p.

VON KIRCHMANN, Julius H. **Die wertlosigkeit der jurisprudenzen als wissenschaft. Ein vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin**. 3 Auflage. Berlin: Julius Springer, 1848, 32p.

WESTLAKE, John. **A treatise on private international law with principal reference to its practice in England**. London: Elibron Classics, 2005, 340p.

ZITSCHER, Harriet Christianne. **Introdução ao Direito Civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, 352p.

Artigos de Periódicos:

AMORIM, Radanezi. **Coluna Praça oito**. In: JORNAL A GAZETA. Vitória, n.º28.456, ano LXXXIII, notícia do dia 18 de fevereiro de 2011.

ALVIM, Arruda. *Função social dos contratos no novo código civil*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 92, vol.815, set. 2003.11-31pp.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. *O princípio da boa-fé objetiva no novo código civil*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 92, vol.808, fev. 2003.

BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho. *A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável à doutrina e ao direito brasileiros*. In: ADEODATO, João Maurício [coord.]. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**. Recife: CCJ/UFPE, n.º 12, 2002.

BROCHER, M. CH. *Étude sur le traité de droit civil international publié par M.Laurent et sur les principes fondamentaux du droit international privé*. In: **Revue de droit international et de législation comparée**. T.XIII, liv. VI, Genève : H.Georg Libraire Editeur, 1881, 42p. Disponível online no Instituto Max Planck de Direito privado e historia do direito.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil?*. In: GRAU, Erro Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago [orgs.]. **Direito constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DAUNER-LIEB, Barbara. *Einführung*. In: DEUTSCHE ANWALT AUSKUNFT. **BGB**. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2003, p.5-14.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. *Função social do contrato*. In: GAMA, Guilherme C.N. da. **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GOUNOT, Emmanuel. *La liberté des Contrats et ses justes limites*. In : **Sommaire des leçons de la XXXe session des semaines sociales de Frances : les libertés dans la vie sociale**. Lyon : Chronique Sociale de France, 1938, 64-68. Disponível online via pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios contratuais*. In LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR, Eduardo Messias Gonçalves de [coords.]. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LORETO, Sylvio. *Do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado(perspectiva histórica)*. In: ADEOATO, João Maurício [coord.]. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. n.º10. Recife: Edição do PPGD/UFPE, 2000, p.261-282.

MARTINS, Leonardo. *Introdução à jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. In: MARTINS, Leonardo [org. e intro.]. **Cinquenta anos de jurisprudência do**

Tribunal Constitucional federal alemão. Berlin, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung E.V., 2005, p.33-138.

MARQUES, Claudia Lima. *Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova Lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo.* In: MENEZES, Wagner [org.]. **O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2004b, 680-731pp.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé.* In: TEPEDINO, Gustavo [org.]. **Direito Civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008, p.57-95.

NEFF, Stephen. *A short history of international law.* In: EVANS, Malcoms D. [Edt.] **International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2003, pp.31-58.

PELLET, Alain. *As novas tendências do direito internacional: aspectos “macrojurídicos”.* In BRANDT, Leonardo N. Caldeira [coord.]. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Código Napoleão.* In: **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, ano 94, v.835, maio 2005, p.757-765.

Reale, Miguel. *Visão geral do novo código civil.* In: **Revista dos Tribunais**, ano 92, vol.808, fev. 2003b.

RODRIGUES, Manuel Coelho. *O projeto do código civil e o DIPr (conferência realizada nos institutos dos advogados no Rio, em 24 de abril de 1913).* In **Revista dos Tribunais.** São Paulo: RT, ano 93, vol.825, jul.2004.

TIMM, Luciano Benetti. *As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social ao welfarismo e ao solidarismo contratual.* In. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: RT, ano 95, v.844, fev. 2006, pp.86-95.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – função social do contrato.* In: **Revista dos Tribunais.** São Paulo: RT, ano 94, v.831, jun.2005.

Artigos eletrônicos

AZEVEDO; Alvaro Vilaça. *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio inormis).* In: **TJ-ES biênio 2004-2005: legislação, jurisprudência, doutrina e comentários.** Espirito Santo: Datadez, n.º6, CD-ROM, 2006.

DELGADO, José Augusto. *O contrato no código civil e sua função social.* In: **TJ-ES Biênio 2004/2005: legislação, jurisprudência, doutrina e comentários.** Espirito Santo: DataDez, n.6, CD-ROM, 2006.

GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uam perspectiva civil-constitucional*. **JUS NAVIGANDI**, Teresina, ano 8, n.475, 25 de out. 2004. Disponível online em: <http://jus2.uol.com.br/dourina/texto.asp?id=5814> . Acessado em 07 jun. 2007.

HIRONAKA, Gieselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. **JUS NAVIGANDI**, Teresina, ano 7, n.66, jun.2003. Disponível online em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194> . Acessado em 17 dez. 2007.

HOUSE OF COMMONS INFORMATION OFFICE. **The glorious revolution**. *Factsheets G4 general series*. Disponível online em <http://www.parliament.uk/documents/upload/G04> . Acessado em 5 nov. 2009.

HUME, David. **Essay and treatises on several subjects**. *In two volumes*. Edinburgh: Bell&Bradfute, 1825, vol.1, 544p.

_____. **A treatise of human nature**. *Being an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects*. ebooks@Adelaíde. Disponível online: <http://ebboks.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/complete.html> acessado em 30 abr. 2010.

LILLA, Paulo Eduardo. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais*. In: **MIGALHAS JURÍDICAS**. Disponível online em http://migalhas.com.br/mostra_noticias_articuladas.aspx?cod=71902 acessado em 23/10/2008

MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. In: **Revista DireitoGV**. Versão pdf, v.1 n.1 p.41 – 66 maio 2005, disponível online em http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p041_066.pdf acessado em 20.09.2011.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro*. In: **TJ-ES Biênio 2004/2005: legislação, jurisprudência, doutrina e comentários**. Espirito Santo: DataDez, n.6, CD-ROM, 2006.

PEDRA, Anderson Sant'ana. *Interpretação e aplicabilidade da constituição: em busca de um Direito Civil constitucional*. **JUS NAVIGANDI**. Teresina, ano 7, n.º99, 10 out. 2003. Disponível online em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266> Acesso em 18 dez 2007

ROLLAND, Louise. *Qui dit le contractuel, dit juste (Fouilliee).. en trois petite bondes, à reculons*. Vol. 51 R.D. McGill 765, 2006. Disponível online em http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1224864948_Rolland.pdf acessado em 06 jan. 2010.

SARTI, Amir José Finocchiaro. *A constitucionalização do Direito Civil*. In: **TJ-ES Biênio 2004/2005: legislação, jurisprudência, doutrina e comentários**. Espirito Santo: DataDez, n.6, CD-ROM, 2006.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Edited by Sálvio M.Souares. Metalibri, 2007, v.1.0p. Disponível online em <http://metalibri.wikidot.com/title:an-inquiry-into-the-nature-and-cause-of-the-wealth-of-nations:smith-a> acessado em 9 jan. 2010.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de código de processo civil. **Código de processo civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, subsecretária de edições técnicas, 2002.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo (org.). **CLT acadêmica**. São Paulo: Saraiva, 2003, 490p.

_____. *Código de Bustamante*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira [org.]. **Coletânea de direito internacional**. 2ed. São Paulo: RT, 2004, p.851-888.

_____. *Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira [org.]. **Coletânea de direito internacional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2004, p.813-816

FRANCE. **Code civil des français**. *Edition originale*. Paris : L'imprimerie de la Republique, 1804. Disponível online via pesquisa em <http://gallica.bnf.fr>