

A AUTONOMIA DA VONTADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

THE AUTONOMY OF THE WILL AND BETWEEN
PUBLIC AND THE PRIVATE

Recebido em	29/05/2019
Aprovado em	22/06/2022

Milton Ravagnanni Castilho¹
Ricardo dos Santos Castilho²

RESUMO

O predomínio do postulado da *pacta sunt servanda* no direito privatista atravessou séculos até sua mitigação pelo princípio da função social dos contratos e foi resultado da necessidade de se reconhecer que os ideais de Liberdade e Igualdade precisam ser mais bem equilibrados nas relações sociais. A dignidade é o esteio dos direitos fundamentais do homem, podendo a expressão, no seu sentido lato, alcançar os direitos da pessoa. A autonomia permanece sendo o elemento constitutivo da dignidade humana, seu núcleo duro, e orientador das relações em sociedade. Ocorre que ela não é ilimitada e tampouco soberana. Há que ser compreendida sob o reconhecimento de vida social complexa em que não só a vontade individual pode prevalecer, mas que há o corpo social que tem de ser protegido. Por meio do método hermenêutico este artigo tenta demonstrar que a autonomia, como essência da liberdade humana e núcleo da sua dignidade também tem limites.

Palavras-chave: Autonomia; vontade; liberdade; igualdade; função social.

ABSTRACT

The predominance of the postulate of *pacta sunt servanda* in privatist law went through centuries until its mitigation by the principle of the social function of contracts and was the result of the need to recognize that the ideals of Liberty and Equality need to be better balanced in social relations. Dignity is the mainstay of fundamental human rights, and the expression, in its broadest sense, can reach the rights of the person. Autonomy remains the constitutive element of human dignity, its hard core, and the guiding principle of relationships in society. It happens that it is neither unlimited nor sovereign. It has to be understood under the recognition of a complex social life in which not only the individual will can prevail, but that there is the social body that has to be protected. Through the hermeneutic method, this article tries to demonstrate that autonomy, as the essence of human freedom and the core of its dignity, also has limits.

Keywords: Autonomy; will; freedom; equality; social role.

¹ Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar (Maringá) e doutorando em Função Social do Direito Constitucional pela Fadisp (São Paulo).

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

O período inicial da positivação dos direitos foi notadamente marcado pelo predomínio do postulado *pacta sunt servanda*, que impõe o imperativo de que “acordos devem ser mantidos”. Subjacente, o Princípio da Força Obrigatória nela contido é a regra que vincula as partes ao contrato, fazendo com que as disposições acordadas funcionem para elas como normas legais. A disposição é objetiva: ninguém está obrigado a contratar, mas está vinculado ao que foi contratado. Em outras palavras, ninguém é obrigado a empenhar sua palavra, mas é escravo da palavra empenhada.

Essa regra pressupõe uma decisão livre, consciente e autônoma. Uma decisão viciada, fragilizada ou coagida corrompe a própria essência do acordo. Não há acordo sem expressa manifestação de vontade. A autonomia da vontade está fundada, então, no exercício livre das faculdades de escolha e alteridade do agente. Visto por esse ponto, parece pacífico que as disposições contratadas tenham mesmo que ser mantidas para a segurança dos negócios e pacificação das relações entre indivíduos. Sejam elas pessoas físicas ou jurídicas.

Assentada nessa lógica cartesiana, o império da *pacta sunt servanda* nas relações civis atravessou séculos até que sua prevalência sobre os demais institutos sofresse mitigação. Enfrentar um postulado tão arraigado na cultura jurídica só foi possível a partir do entendimento de que os contratos precisam objetivar uma função social. Não podem simplesmente exigir cumprimento das obrigações nele contidos sem que o objeto a que se destina descumpra uma função social. Essa não foi uma construção rasa e, tampouco, fácil.

Quando tentamos buscar na história o momento em que o postulado se impôs como aríete do direito, não vamos encontrar um evento específico ou um momento de ruptura que sinalize na história seu nascimento. Houve, outrossim, uma construção de valores, o consenso social e disputa de interesses que culminaram com a ascensão desse postulado sobre os demais.

Para entender o mecanismo é preciso revisitar a história e as forças que se impuseram para formar esse consenso. O primado da autonomia da vontade sobre os demais postulados jurídicos foi produto de uma imposição do ideal de liberdade sobre os demais ideais do pensamento humano. E isso se deu mais objetivamente a partir da Revolução Francesa. As cores da bandeira revolucionária, o azul representando a liberdade, o vermelho a igualdade e o branco a fraternidade foram a representação de um ideário construído naquele momento histórico. Os três ideais ali representados foram aqueles escolhidos no ventre da revolução para sintetizar o sentimento de um povo que não se submetia mais ao império do monarca e sua relação de poder impositiva. A revolução pretendia a república, uma forma nova de

organização estatal que respeitasse os indivíduos, conferissem-lhes ou, pelo menos, reconhecessem, direitos mínimos. Inclusive o de constituir seu governo.

A justificação ideológica do trinômio Igualdade, Liberdade e Fraternidade, “deve ser entendida nos seus termos e no seu tempo: quebra de estatutos particulares e estabelecimento de estatuto único para todos” (JUCÁ; ISHIKAWA, 2015, p. 82), mas sobretudo pela ruptura com a o modelo de dominação pela aristocracia e, por pouco que fosse, mas significativo grau de compartilhamento de responsabilidades. E uma nova identificação do que seria a coisa pública, sendo agora aquilo que é de interesse de todos, do conjunto da sociedade.

Tais ideais foram apresentados para aquele grupo de pessoas como se deles fossem brotados. Todavia, sua construção se deu por um grupo de pensadores iluministas que encontraram no momento histórico o terreno adequado para que as sementes desse pensamento fossem lançadas. Mas, quem eram esses pensadores, quem os financiava e quais interesses defendiam?

A Revolução teve inúmeros motivos, mas é inegável o papel da burguesia economicamente poderosa na pavimentação do caminho revolucionário. E quem formava a burguesia, senão os mercadores que não prescindiam de proteção para a movimentação de suas mercadorias e de garantias de que os acordos seriam cumpridos? Pois foi assentado nesse interesse que a prevalência do ideal da liberdade se sobrepôs aos outros ideais, de igualdade e fraternidade nos anos seguintes à Revolução. Assim, embora a bandeira revolucionária representasse os três ideais, na prática houve uma supremacia da liberdade sobre a igualdade e a fraternidade. E, considere-se, não são os três os únicos ideais que a humanidade persegue: os ideais de justiça, paz e felicidade, para ficar em apenas mais três, sequer foram cogitados na formação da bandeira revolucionária. E outros ideais há.

De todo modo, a construção ideológica da liberdade foi sustentada materialmente pelo interesse dessa burguesia e se esparramou pelo continente europeu e, na sequência, para o Novo Mundo. O assentamento filosófico da primazia da liberdade tem maior produção exatamente no final do século XVIII. Não por coincidência, o prussiano Immanuel Kant vai publicar sua metafísica da Crítica da Razão Pura em 1781, no calor das dores que anteciparam a Revolução na vizinha França. E ele traça ali uma “declaração de uma modalidade que os seres humanos se impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, um motivo para obedecer. Os agentes que são desse modo moralmente autogovernados Kant chama de autônomos” (SCHNEEWIND, 1999, p. 527). E vem de Kant a matriz do pensamento da dignidade humana e, dele, o cerne da autonomia como núcleo duro dessa dignidade.

Importante, também, ressaltar que nesse período se construiu a noção de que o traço fundante das relações civis deveria ser a *pacta sunt servanda*.

Neste universo é importante destacar, que cabia ao Estado Liberal Clássico, organizado pelo Constitucionalismo Liberal Clássico a que nos reportamos, garantir o direito fundamental de propriedade e o cumprimento dos contratos, mantendo, assim, a ordem interna; e cuidar das relações estrangeiras e da defesa externa, para tanto, cumprindo-lhe manter Polícia e Justiça e Forças Armadas e Diplomacia. Considerados estes aspectos, sendo tais parâmetros rígidos, estaria consubstanciado o abuso de poder e a invasão intolerável do Estado na liberdade individual, quando ultrapassado tais limites. (JUCÁ; ISHIKAWA, 2015, p.83)

Nesse ambiente, a autonomia ganha uma importância enorme nas relações e representa o próprio limite do homem. Tudo posso naquilo que me pertence e a ninguém, nem mesmo ao estado, é dado interferir nas minhas decisões. Ocorre que, além da prevalência da autonomia, o modelo exigia do estado sua interveniência para fazer garantir os contratos e dar a segurança jurídica de sua aplicação. Uma construção de autonomia que representava o interesse da dominância daquele momento histórico.

2 A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA

A construção de um conceito que possa definir o homem é uma persecução histórica que tem incomodado pensadores e filósofos desde os tempos mais remotos. A partir da filosofia grega, as primeiras noções de humanidade, mais revestidas de valores morais que justificassem as decisões e ações do indivíduo, passam a ser discutidas de maneira mais aprofundada. A busca do bom, do bem e do belo já revela à Platão a necessidade de um conceito que justifique uma distinção do homem (no caso, do homem bom, justo e de atitudes nobres) do restante dos indivíduos.

É, todavia, no período do Império Romano que as primeiras ações de proteção da pessoa surgem para o mundo ocidental. A *actio injuriarum* reconhece o direito do cidadão romano de proteger sua honra. O conceito da *hybris* (a possibilidade de alguém poder defender-se de uma ofensa provocada por outro) já mostra um valor de proteção à pessoa, ao indivíduo, uma novidade para aquele momento da história. Afinal, a relação horizontal entre os indivíduos foi uma novidade do direito romano, posto que, até aquele momento, as relações de direito se davam entre o Estado e o indivíduo (SCHNEEWIND, 1999).

Com os pensadores cristãos, especialmente Santo Agostinho e, mais tarde, Santo Thomas de Aquino, a noção de humanidade começa a ser construída, mas com o pensamento teocentrista. O homem ainda não era o centro do ordenamento, lugar ocupado pelo Deus

cristão. Mais tarde, com o iluminismo e a reforma luterana, a pessoa passa a ocupar esse espaço, como se vê em Hobbes e na luta do povo britânico pelos limites ao poder monárquico. Se a Carta Magna (de 1215) já é uma imposição ao limite do Estado, na pessoa do seu monarca ante os nobres que a formam, na Petição de Direitos contra a Prisão Arbitrária (Bill of rights de 1629) e a lei do Habeas Corpus (de 1679) evidenciam a evolução do pensamento no sentido de reconhecer a pessoa como ser de direitos³ (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 90).

Se o pensamento tomista que precede essa época já fala da existência de um "direito natural", do qual todo o homem é dignatário, fazendo uma distinção entre a *lex divina*, *lex positiva* e *lex naturalis*, na positivação da *Bill of Rights* e do *Habeas Corpus*, temos a formalização de normas de proteção à pessoa, ao indivíduo. Assim, a pessoa passa a ser senhora de direitos reconhecidos pelo Estado. Todavia, é mais tarde, na evolução do pensamento kantiano que, de fato, surge uma definição de pessoa e uma distinção desse indivíduo dos demais seres vivos do Planeta.

2.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE

A dignidade, enquanto condição intrínseca ao ser humano, atinge maturidade no final do século XVIII com o Iluminismo:

Se no mundo latino o *liber* era o *dignus* e ao *servus* lhe correspondia a condição de *indignus*, agora começa-se a dizer que a *dignitas* é uma característica própria do homem livre, é a condição inerente a todo ser humano. A dignidade é intrínseca ao ser humano, o mesmo que sua liberdade. Portanto, não podem existir escravos nem servos. Todos os seres humanos gozam dessa condição que se chama *dignitas*. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 90).

Ao definir que tudo no mundo tem preço, e apenas aquilo que não é precificável é que tem dignidade, Kant introduz o elemento racional que isola o homem dos demais seres. Se o homem tem dignidade, ele não pode ter preço. Logo, é um fim em si mesmo. A dignidade, portanto, é o assentamento sobre o qual cada indivíduo se faz único e senhor de direitos pela simples razão de existir.

³ É bom termos presente que o termo "dignidade" não aparece na *Bill of Rights* da Constituição norte-americana de 1789, nem tampouco na Declaração dos Direitos do cidadão francês de 1789. Ela aparece na *Bill of Rights* da Revolução britânica de 1688, porém somente na expressão *Royal Dignity*, isto é, no sentido antigo ou clássico... Esta é sua *dignitas*, quer dizer, seu nível hierárquico. A dignidade dos seres humanos é superior à dos animais e inferior à dos deuses. A dignidade continua a significar, nesses casos, algo mais que uma propriedade ontológica inerente à natureza humana. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 90).

A dignidade é o esteio dos direitos fundamentais do homem, podendo a expressão, no seu sentido lato, alcançar os direitos da pessoa. É, como se vê, mais que um direito fundamental, posto que, se assim fosse, “seria um direito preponderante, que sempre se imporá em relação aos demais” (ROTHENBOURG, 2014, p. 122). É, para nós brasileiros, a partir de 1988, o princípio de maior hierarquia da nossa Constituição.

A adoção desse princípio fundante não é, todavia, inovação. De fato, desde o fim da Segunda Guerra Mundial a dignidade “tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental” (BARROSO, 2014, p. 273), fundamentando convenções internacionais de direitos, declarações e constituições em todo o Planeta⁴. Trata-se de um valor fundamental e valores, “sejam políticos ou morais, interessam ao mundo do direito, assumindo usualmente, a forma de princípios” (BARROSO, 2014, p. 273). Assim, funciona tanto como fundamento normativo para direitos fundamentais, como justificação moral.

Convertendo-se, pois, num conceito basilar da ética e do direito, a dignidade, que é tão ampla e cuja importância afeta todas as regras de convivência humana, tem em seu bojo um conteúdo mínimo que lhe dá unidade e enseja objetividade na sua aplicação. Este conteúdo, para ser aceito como norma universal, não pode ter vieses religiosos, precisa manter neutralidade política e universalidade. Ou seja: não é propriedade da filosofia religiosa, não é exclusividade de orientação política e precisa alcançar a todos os homens, no escopo da máxima dos imperativos categóricos introduzidos por Kant (2007, p. 79). De forma que, “identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo é limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses sociais” (BARROSO, 2014, p. 274).

Enfim, a dignidade é dotada de um valor intrínseco que é a posição especial que a pessoa humana tem no mundo, que a distingue de outros seres vivos e de outras coisas. Deste valor decorre o postulado antiutilitarista e, também, outro postulado, o antiautoritário. Do primeiro, o reconhecimento de que o homem não pode ser meio para realização de desejos, projetos ou interesses alheios. Ou, na máxima de Kant, o homem “é um fim em si mesmo”, o que inclui uma dimensão básica da dignidade que dá uma relação direta com a proteção do indivíduo “contra qualquer prática que o reduza à condição de coisa, de mercadoria, reduzindo seu status de sujeito de direito” (FABRO; XAVIER BAEZ, 2014, p. 236). Já o segundo, é a noção de que o Estado existe para a pessoa, e não o contrário. Logo, não pode

⁴ Principais: Carta das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948 - reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993); Pactos e Tratados temáticos internacionais, frutos da codificação das regras de proteção.

haver reconhecimento da dignidade onde o autoritarismo suprime a vontade e, em última análise, a autonomia da pessoa.

Se a dignidade é o que nos faz humanos, do que ela é constituída? No pensamento kantiano, o elemento fundante da dignidade, seu núcleo duro, é a autonomia. Logo, não há dignidade sem autonomia. Pode-se dizer, todavia, que a autonomia compreende toda a dignidade? Essa questão é fundamental para se compreender que é possível haver limites até para a autonomia. Se a autonomia não é sinônimo de dignidade, mas parte fundamental dela, esta não pode ser confundida com aquela. Se a autonomia é - embora a mais importante - apenas parte da dignidade, ela pode sim, ter limitações.

2.2 O NÚCLEO DA AUTONOMIA

Afinal, o que é autonomia? Derivada do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo, lei) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 137), autonomia pode ser traduzida por autogoverno. A origem do termo remonta a administração das cidades-estados, com o significado de autogestão. Mais tarde o conceito estendeu-se aos indivíduos, mas ampliando seu alcance e adquirindo sentidos como a liberdade, privacidade, escolha individual, manifestação de vontade. Pode-se dizer que autonomia significa ser "o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 137). Desta forma, o indivíduo autônomo age de acordo com suas escolhas e convicções, senhor de seu destino.

Esta compreensão de autonomia eleva a pessoa a uma condição soberana em relação aos demais indivíduos naquilo que concerne a si. Em outras palavras, autonomia é "a capacidade de pensar, decidir e agir com base em tal pensamento e decisão de modo livre e independente" (ALMEIDA, 1996, p.57). Reconhecer a autonomia no indivíduo implica em concordar que ele é livre, consciente e capaz de tomar suas próprias decisões. E de se submeter ao conceito de que suas decisões devem ser respeitadas.

Para o direito, a autonomia é a expressão da vontade de acordo com o interesse de cada um. É a sua capacidade de estabelecer determinado negócio jurídico ao fim de atender uma necessidade pontual. Todavia, a vida em sociedade implica em renúncia, em parte, da onipotência humana em favor de uma convivência respeitosa entre os indivíduos. Assim, o indivíduo não pode tudo. Sob esse aspecto, mesmo para estabelecer negócios jurídicos é preciso observar preceitos legais que reforçam preceitos morais. Não compete ao Estado, como garantidor do direito, obstar contratações, mas ao contrário, preservar para que o exercício da autonomia possa ser exercido sem abusos e injustiças.

Em outras palavras, a liberdade de contratação é o direito de "cada pessoa livre, por conta da significativa inclusão social [...] buscar a satisfação de seus desejos e, a partir dos efeitos pretendidos, proporcionar bem estar para si e também para seus familiares" (FABRO; XAVIER BAEZ, 2014, p. 234). Assim, se para o direito a autonomia é a liberdade de contratar, desde que respeitados preceitos legais e de equilíbrio social, na formatação da dignidade de Kant, a autonomia é, portanto, base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Kant reflete sobre a teoria moral e estrutura a autonomia como sendo o núcleo duro da dignidade, seu elemento essencial. Do ponto de vista ético, e também jurídico, o conceito de dignidade precisa estar baseado no "conceito de pessoa, o qual, a incluir a autonomia nos escritos de Kant, também desempenha um papel fundamental" (ALEXY; BAEZ; NERY DA SILVA, 2015). Ou seja, se a pessoa, que é a última *ratio* do direito precisa, para viver em sociedade, aceitar a limitação dos seus direitos em favor da convivência harmônica com outros seres humanos, detentores de direitos iguais, parece óbvio que mesmo a autonomia possa ser objeto de limitações.

2.3 LIMITES À AUTONOMIA

Com a evolução do pensamento moderno, cada dia mais se cristaliza o conceito de que não há direitos absolutos. Mesmo os direitos personalíssimos. Esse entendimento é uma evolução ante ao pensamento de que uma característica desses direitos da pessoa era o fato de serem absolutos, com força erga omnes. Ora, se direitos como à honra, à imagem, à informação, à liberdade e até à vida são relativizados, como imaginar uma autonomia que seja ilimitada? A questão, claro, é saber o que pode limitar a autonomia de alguém.

Revisando alguns casos paradigmáticos de limitação da autonomia da pessoa, o que se pode dizer é que o maior limite à autonomia é a própria dignidade. Partindo do princípio que a autonomia é parte da dignidade, se uma disposição autônoma constricta a própria dignidade, faz sentido pensar que a dignidade possa ser um obstáculo ao exercício livre da autonomia. Todavia, são casos muito extremos em que possa se tornar possível. Da literatura, podemos extrair o caso do arremesso de anão (DE MARCHI; RAVAGNANI, 2017, p. 237) e o caso do canibal de Rotembourg⁵. Em ambos os casos, a supressão da autonomia se dá pelo

⁵ "Armin Meiwes, um técnico de informática alemão de 42 anos, colocou um anúncio na internet, em 2000, sob o pseudônimo de Franky, procurando alguém disposto a ser "morto e comido". Bernd Jurgen Brandes, engenheiro berlinense de software de 43 anos respondeu ao anúncio e aceitou a proposta, que não oferecia qualquer tipo de compensação financeira. Na madrugada de 10 de março de 2001, Meiwes e Brandes fizeram sexo, Brandes tomou pílulas e whisky, Meiwes extirpou seu pênis e o comeram, juntos, mas o acharam indigesto "mesmo depois de frito"¹, tudo com o consentimento de Brandes [...] Meiwes matou Brandes, esquartejou o corpo e

entendimento de que a autonomia é menor do que a dignidade da pessoa e, mesmo havendo a concordância da pessoa em se submeter a um tratamento aviltante por parte de outro, sua condição de ser humano precisa ser preservada, mesmo que contra sua vontade.

Os exemplos tangem uma linha delicada no conceito do que é possível ou não ser alcançado por essa limitação. Ora, a intervenção para mudança de sexo, por exemplo, é uma supressão importante do corpo da pessoa. E por qual argumento não é considerada restritiva da dignidade humana?

Nesse sentido, as intervenções da cirurgia plástica com vistas a melhorar a estética da pessoa também têm o acolhimento do benefício imaterial, psicológico do indivíduo. Moralmente, portanto, a prática além de não ser condenável, ao contrário, permite uma realização da pessoa e uma melhora significativa da aceitação de seu corpo. Essa peculiaridade pode ser entendida como ato em benefício do indivíduo. Logo, em atendimento ao princípio da beneficência. A possibilidade da reprodução assistida também pode ser entendida sob o mesmo argumento, já que permite aos indivíduos sua realização de maternidade e paternidade.

Porém, quando se avança um pouco mais nos temas podemos encontrar entraves morais para o exercício da autonomia. No caso da cirurgia plástica, é eticamente aceitável que uma pessoa se submeta a uma série de intervenções para adquirir as feições de outra pessoa? Pode o casal que se utiliza da reprodução assistida inculir alterações genéticas no embrião a fim de garantir sua eugenia? Pode o atleta se fazer beneficiar de dopagem para conseguir melhor desempenho e, por consequência, resultados que não seriam possíveis sem o uso desses fármacos?

Embora tais decisões estejam no escopo do exercício da autonomia, não há dúvidas que há consequências morais de decisões individuais. É legítimo, ético ou moral modificar as feições do corpo para ter as mesmas características de outra pessoa? Ora, a imagem é um atributo indelével do indivíduo. É sua marca pessoal que o distingue do restante das pessoas. É legítimo eu me apropriar da imagem física de outra pessoa?

Ao se concordar com a tese de que uma atitude dessas fere a moralidade e a ética, portanto reprovável, nos deparamos com a possibilidade de haver, no outro, um limitador para a autonomia da pessoa. Logo, não apenas a dignidade própria, mas a dignidade do outro

retirou cerca de trinta quilos de carne, que ficou armazenada no congelador. Mais de vinte quilos de carne foram comidos nos meses seguintes que, segundo o próprio Meiwes, tinha gosto similar à carne suína. Contudo, a partir de outro anúncio similar de Meiwes na internet, um estudante austríaco o denunciou à polícia, que acabou encontrando restos mortais de Brandes enterrados nas proximidades da casa de Meiwes, preso em dezembro de 2002” (FABRO; XAVIER BAEZ, 2014, p. 231-232).

também é limitadora da autonomia. E, sendo assim estamos incitados a enfrentar novos desafios na esfera do direito: se a autonomia pode ser limitada pela dignidade do outro, pode também ser limitada pelo interesse coletivo, ou na sua acepção jurídica, o interesse público?

3 O INTERESSE PÚBLICO E AS RELAÇÕES DO PÚBLICO E DO PRIVADO

Para estabelecer um corte histórico, apenas, que nos permita incidir um ponto de partida para compreender melhor a distinção entre o público e o privado, vamos retornar ao o nosso ponto de partida novamente para a Revolução Francesa. Não que ali, por seu caráter de ruptura, tenha sido o berço do nascimento dessa distinção, mas é, com a supressão do poder monárquico, que melhor se compreende a construção histórica que fez cingir a distinção entre o público e o que é privado.

Não se pode suprimir desse pensamento uma construção anterior do direito, que evoluía do direito costumeiro para o escrito. Ao iluminista, “a valorização do direito escrito se transformou em uma apologia da lei, das codificações e das constituições, em um momento histórico muito estudado” (SALDANHA, 2000, p. 180). Nem afastar o fato de que mesmo sem a ruptura dos franceses, o pensamento civilista normativo já se estruturava nas Alemanhas. De todo modo, escolhendo como marco a ruptura com a monarquia francesa, vemos o nascimento de uma cisão mais forte entre a coisa pública, representada pela partição do poder e forma de governo e as coisas privadas, regulamentadas pela codificação civilista. O Código de Napoleão, logo no início do século XIX representa bem essa partição e revela quão pungente foi o peso do pensamento liberal e aquela arquitetura da *pacta sunt servanda* e a força do estado para garantir a segurança dos contratos.

Naquele momento, o florescimento das codificações “consagrou o prestígio da noção de lei e, como ele, como assevera Arnaud, o reino do privatismo, entendido no sentido do direito colocado a serviço dos convívios interindividuais” (SALDANHA, 2000, p. 188). Nesse ambiente, o direito privado avançou seus domínios, tornando-se mais complexo. Não se pode perder de vista que esta sistematização de leis surge também como oposição ao direito de costumes e a grande influência dos cânones religiosos que ainda residiam fortes naquelas sociedades. Assim, a lei passou a ser o centro e razão do direito e elemento único a regular, de forma racional, as relações. Nesse sentido, o modelo da lei como fonte marca profundamente o período.

Em meio ao domínio privatista do período, o direito público ficou reduzido ao constitucionalismo, ainda pouco discutido cientificamente, e ao direito penal. Não à toa se pode fazer uma redução do período numa predominância do modelo privado sobre o público

que, ao propor como primazia a liberdade, oferecia ao final um modelo de preservação das riquezas em que quem tinha recursos exigia do estado a proteção de seu patrimônio e a segurança de seus contratos fazendo opor a lei civil contra qualquer ameaça a esse modelo. Já quem não tinha recursos, a esse era dada a lei penal.

Todavia, com o avanço da noção de direito como norma fez crescer uma teoria constitucionalista baseada na necessidade do exame dos textos constitucionais, agora já entendido como textos legais. Com o surgimento das primeiras ideias positivistas, esse constitucionalismo evoluiu para se transformar em direito do Estado orgânico. Mesmo assim, permanecia a divisão dura de direito privado com o direito político das constituições. Estas não eram entendidas como o todo do ordenamento.

Com Kelsen, já no início do século XX, o direito passa a ser visto como sistema. O que Kelsen fez foi tentar “subordinar os temas da teoria do Estado ao prisma jurídico” (SALDANHA, 2000, p. 198). Reduzindo-se as questões de Estado a questões de direito e o direito a uma estrutura normativa, Kelsen sublimou as questões políticas contidas no embate formador do texto constitucional a meros problemas jurídicos-formais. Se de um lado a solução kelseniana dava resposta para questões políticas, por outro elevava a figura da constituição em posição de superioridade ao direito civil, dentro do modelo de sistema jurídico ou de ordenamento, por ele desenhado.

Ocorre que em meio ao liberalismo e a exacerbação da concentração de riquezas advindas da revolução industrial, eclodiram as revoltas operárias e se fez emergir o pensamento igualitário em oposição à primazia liberal. E isso ocorreu de forma violenta e ameaçadora. Enquanto Kelsen rabiscava sua Teoria do Estado e do Direito, a Europa era devastada pela Primeira Guerra e o czarismo ruía na Rússia bolchevique. O impacto da tomada do poder pelos ideais igualitários sacudiu o pensamento privatista com a afronta da necessária discussão das questões políticas na regulação das relações.

Assim, o surgimento da Constituição de Weimar, que assentava o reconhecimento de direitos personalíssimos e abrandava a posição de primazia que o ideário liberal sustentava no ocidente foi determinante para uma nova visão das coisas de Estado e primeiro passo para uma consolidação mais profunda desse sistema kelseniano. Não por coincidência, foi o próprio Kelsen o redator do texto constitucional alemão da época.

Mesmo com o forte conteúdo sistêmico e sua posição de superioridade sobre os demais ramos do direito, como fonte irradiadora da norma, a constituição de Kelsen não conseguiu transpor para o plano jurídico as confrontações políticas do conteúdo constitucional. Em outras palavras, mesmo com seu notável avanço no âmbito da teoria

constitucional, pecou por não ser instrumento representativo do conjunto da população. E, dessa forma, não conseguiu sobreviver por muito tempo ante uma sociedade convulsionada com o aperto econômico superveniente à primeira guerra.

O avanço do comunismo no ideário alemão e o recrudescimento do pensamento liberal criaram espaço para um novo conceito nacionalista, bem captado pelos nazistas que souberam construir um modelo de poder de Estado sobre o individual. Sujeitando o sentimento igualitário a uma supremacia estatizante, o modelo promoveu crescimento econômico ante uma realidade de devastação do entre guerras e a memória recente da hiperinflação. A apropriação do Estado, então, pela burocracia militarizada e conversão da norma em hermenêutica de todo o direito suprimiu todo o avanço que a constituição de Weimer havia demonstrado ser possível.

Paralelo ao que ocorria na Alemanha, o mundo ocidental também se ressentia do avanço das ideias comunistas e vivia suas próprias experiências totalizantes. Na Espanha, Portugal e Itália a centralização de poder em Estados mais fortes – e sem meias palavras, despóticos – foram as respostas encontradas para a contingência desse pensamento igualitário que se resumia ao projeto de revolução mundial comunista nos moldes de outra ditadura, agora do proletariado.

O golpe mais duro no liberalismo vem de dentro. Depois da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque e a grande depressão que a sucedeu obrigou do Estado uma nova abordagem, agora intervencionista, para restabelecimento da economia. Agora, o privatismo não intervencionista do ideário liberal cede à necessidade de retomada econômica e aviva a chama da necessidade de uma nova discussão dessa relação público-privada. Assim, a partir do fim da Segunda Guerra, o constitucionalismo amadurece para reconhecer que o conteúdo normativo das constituições é produto de uma disputa política e esse conteúdo político deve incidir sobre o restante do sistema de normas.

É aí que o direito público ganha relevância e passa a haver uma interpenetração do direito privado a teoria constitucional. “Na verdade, o problema passa pelo das relações da filosofia jurídica e ciência do direito (do público e do privado)” (SALDANHA, 2000, p. 202).

6 CONCLUSÃO

O assentamento da primazia do ideal de liberdade sobre os demais estabeleceu o postulado da Pacta Sunt Servanda como regra de ouro das relações civis por todo o período civilista do direito, esteado no princípio da autonomia da vontade que, na definição de Duguit é o poder do homem de “criar por um ato de vontade uma situação de direito”, ou “o poder de

querer juridicamente que esse direito seja socialmente protegido⁶”. Em resumo, a faculdade de transformar uma vontade em direito e obrigar o Estado a dar-lhe proteção.

Essa primazia já não se sustenta mais ante a ascensão do pensamento social e a necessidade da compreensão do desequilíbrio que as desigualdades provocadas pelo modelo liberal geraram no tecido social. Ocorre que a imposição do pensamento igualitário se deu de forma violenta. O exemplo da revolução Bolchevique trouxe a necessidade de um abrandamento da doutrina liberal e o reconhecimento de direitos sociais e mitigação dessa supremacia do ideal de liberdade.

Nesse escopo surge o pensamento da função social dos contratos a nortear as relações sociais. Agora, não mais cabe ao indivíduo impor sua vontade como direito e exigir do Estado sua garantia. Compete a ele, agora, o dever de usar seus bens para um fim social. Duguit explica que

El individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza (DUGUIT, 2006, p. 178).

Sob esse aspecto, o postulado da *Pacta Sunt Servanda* cedeu sua primazia para a Função Social da Propriedade e dos contratos. É, sobretudo, o reconhecimento da ascensão do ideal de igualdade a um posto mais próximo do ideal de liberdade a equilibrar as relações sociais. Importa, ainda, reforçar que a mitigação do postulado da autonomia da vontade não a suprime. A autonomia permanece sendo o elemento constitutivo da dignidade humana, seu núcleo duro, e orientador das relações em sociedade. Ocorre que ela não é ilimitada e tampouco soberana. Há que ser compreendida sob o reconhecimento de vida social complexa em que não só a vontade individual pode prevalecer, mas que há o corpo social que tem de ser protegido.

⁶ *La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer juridicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido. A la autonomía de la voluntad se refiere lógicamente la cuestión del sujeto de derecho, y por lo mismo el problema de la personalidad colectiva: cuestiones de una importancia capital y con relación a las cuales se realiza una evolución absolutamente análoga a la que he descrito hasta ahora: una evolución en sentido realista y socialista (1) (DUGUIT, 2006, p. 60-70).*

Finalmente, vale lembrar que mesmo com a ascensão do ideal da igualdade ainda não conseguimos evoluir para a satisfação daquele desejo de sociedade nascido das cores da bandeira revolucionária francesa. O ideal de fraternidade continua dormente e ausente do debate sobre o equilíbrio de uma sociedade ideal. E, indo além, os ideais que não surgiram na bandeira sequer entram no debate. O que nos deixa muito longe ainda da tarefa intelectual que precisa ser trilhada para a consolidação de uma sociedade mais justa, menos desigual e que permita convivência harmônica e pacificada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; NERY DA SILVA, R. L. (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2013.
- DE MARCHI, N. M. G. C.; RAVAGNANI, M. R. S. S. *Amour: Recortes Sobre a Autonomia da Vontade*. In: VIEIRA, T. R.; CARDIN, V. S. G.; GOMES, L. G. C. **Bioética e Cinema**. Maringá: Mariluz, 2017.
- DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales de Derecho Privado Desde el Código de Napoleón**. Pamplona (Navarra): Analeta, 2006.
- FABRO, R. E.; XAVIER BAEZ, N. L. Os limites da autonomia da vontade na disposição do corpo: estudo do leading case canibal de rotemburg, p. 234. **4998100811**, [S.l.], p. 231-242, feb. 2014. ISSN 2318-5791. Available at: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4010>>. Date accessed: 18 Dec. 2016.
- JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do direito: uma função social do direito. In: JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro (Orgs). **A Constitucionalização do direito: seus reflexos e o acesso à justiça**. Birigui, SP: Boreal, 2015.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.
- PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas atuais de bioética**. 11 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014.
- RAVAGNANI, M.R.S.S. **A Imagem e o Direito**. Curitiba: Prismas, 2017.
- ROTHENBOURG, W. C. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro-São Paulo, 2000.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 1999