ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DA VONTADE NO DIREITO PRIVADO: PERSPECTIVA HISTÓRICA, POLÍTICA, ECONÔMICA, JURÍDICA E FILOSÓFICA

THE PRINCIPLE OF THE SOVEREIGNTY OF WILL IN PRIVATE LAW: HISTORICAL, POLITICAL, ECONOMIC, LEGAL AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVE

Fábio Antônio Correia Filgueira*

RESUMO: O artigo retrata o conteúdo do princípio da autonomia da vontade. De início, reconhece a historicidade do Direito, ao reputá-lo uma construção paulatina no seio da sociedade e tradutor das transformações promovidas nas relações sociais. No momento seguinte, analisam-se as fontes conceituais da autonomia, da vontade e da locução autonomia da vontade. Feito isso, o exame recai no ambiente político, econômico, jurídico e filosófico do Estado Liberal, no qual se desenvolveu o voluntarismo, oportunidade em que fica registrada a escassa contribuição de Kant à temática, pois a sua filosofia era dominada pela ética pura, distante de qualquer influência do mundo então construído pelos teóricos do liberalismo. Na conclusão do ensaio, enfoca-se o reflexo da autonomia da vontade no movimento de codificação iniciado no século XVIII e consolidado no XIX.
Palavras-chave: Autonomia da vontade. Fundamento político-econômico. Fundamento jurídico-filosófico.

ABSTRACT: The article pictures the content of the principle of freedom of choice. At first, it recognizes the historicity of law, by believing it is a gradual construction in society and translator of the changes promoted in social relations. After that, we analyze the sources of conceptual autonomy, of will and of the term freedom of choice. Then, the analysis lies in the political, economic, legal and philosophical field of the liberal state, which developed the voluntary system and when was registered the little contribution of Kant to the theme, because his philosophy was dominated by pure ethics, far from any influence in the world by then constructed by theorists of the liberalism. At the conclusion of the essay, we focus on the reflex of freedom of choice in the encoding movement started in the eighteenth century and consolidated in the nineteenth century.
Keywords: Freedom of choice. Political and economic grounds. Legal-philosophical foundation.

* Mestre em Direito pela UFPE. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil. *Email*: fabiofilgueira@tjrn.jus.br

1 INTRODUÇÃO: A HISTORICIDADE DO DIREITO

Não é pretensão deste ensaio estudar a concepção de princípio jurídico. Mas se deve anotar que este resulta das vicissitudes históricas. Tem o selo do episódio empírico. Sua construção não é feita *a priori* na mente de um sábio, em seu momento de iluminação, e divulgada em seguida; na verdade, é estabelecida *a posteriori,* sob a inspiração das condicionantes socioeconômicas. O processo criador é lento, vai impregnando o espírito dos juristas e do Direito até chegar à acepção final, muitas vezes após séculos de maturação, como, aliás, ocorre com o princípio da autonomia da vontade[1], que será o objeto de discussão do presente trabalho.

Este sinaliza para a criação de um estado de coisas em que a vontade livre adquire lugar fundamental na construção das regras jurídicas legisladas e das que regem as relações privadas, expressas pelo ato jurídico. Em síntese, significa que o querer autônomo do indivíduo, elemento do seu mundo psicofísico, é fator primordial na geração de direito. Supervalorizado, o sujeito é posto no centro no mundo jurígeno.

Refuta-se, então, a idéia de que o direito procede de critério superior de justiça ou metafísico[2]. Desse modo, é duvidosa a existência dessa concepção nas sociedades greco-romana e medieval, nas quais se encarava a lei como fruto de uma ordem natural-racional, a que estava subordinada a vontade do príncipe legislador. Tendo esta uma serventia secundária, por depender da razão, é infundado sustentar que tais civilizações conheceram o princípio da autonomia da vontade, tal como ficou concebido a partir no século XIX.[3]

De início, diga-se que o princípio da autonomia da vontade fora gerado no ambiente social dos séculos XVIII e XIX, em que o grito em favor

1 É o que defende Michel Villey. Le rôle de la volonté dans lê droit. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, 1957, p.90. Igual é a opinião de Francisco Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, out./dez. 1988, p.13, ao proferir: "O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de vária natureza, nomeadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para a sua configuração histórica, até se consubstanciarem no princípio fundamental da ordem jurídica privada. A compreensão de sua natureza e função exige, assim, o conhecimento prévio das condições históricas e culturais em que surgiu e se desenvolve".

2 Paul Roubier. Le rôle de la volonté dans la création des droits et de devoirs. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, p.1,1957.

3 Michel Villey, Op. cit., p. 88-89.

das liberdades civil e econômica, proclamado pela ascendente burguesia, asfixiada por incontáveis restrições impostas pelos senhores feudais, ecoou de forma avassaladora, a desaguar na Revolução Francesa, catalisada pelo lema liberdade, igualdade e fraternidade.

Logo que chega ao poder, a classe vencedora incumbe-se de estruturar o aparelho jurídico estatal de acordo com os seus ideais libertários, de todo opostos aos vínculos pessoais do regime decaído. No Direito Público, o Estado nasce da vontade geral do povo, tendo a missão precípua de assegurar direitos fundamentais, inatos ao homem, como a liberdade e a propriedade. No Direito Privado, reina o voluntarismo radical como espaço de liberdade para os interessados disciplinarem as próprias relações, por meio do instrumento contratual.

É no leito do incessante processo das transformações sociais que o princípio da soberania da vontade é forjado para conduzir e justificar a existência das instituições jurídicas, as quais, longe da dinâmica da historicidade, viram monumentos hirtos e indiferentes às aflições cotidianas da vida social. "Le droit suppose vie et mouvement. Dans um monde inerte, il n'y aurait pas rapports de droit"[4]. Tudo isso será investigado com mais detalhe nos itens seguintes.

2 ORIGEM CONCEITUAL DA AUTONOMIA, DA VONTADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE NA CIVILÍSTICA

A etimologia do termo autonomia provém da antiguidade helênica, e significava o direito que os romanos concediam a algumas cidades gregas de autogovernarem-se. A mesma noção adotara o direito alemão pré-codificado, ao designá-la como o privilégio pertencente à classe nobre ou a certas corporações de produzirem uma espécie de legislação doméstica[5]. Ainda hoje, o Direito Privado define-a como o direito de reger-se por suas próprias leis[6].

O fenômeno psicológico da vontade é a força motriz da ação. Passa

4 René Savatier. **Cours de droit civil.** Paris : Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1947, t.1, p. 25. Em tradução livre do autor: O Direito supõe vida e movimento. Num mundo inerte, não haveria relações de Direito.

5 Veronique Ranouil. **L'autonomie de la volonté***:* naissance et évoluction d'un concept. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p.22.

6 Francisco Amaral, Op. cit., p.10.

a interessar à ordem jurídica, em regra, quando é externada, em que pese a servir ao Direito Penal e, em passado não muito distante, ao esquema interpretativo, na descoberta da intenção do legislador, quando houvesse lacuna da lei; ao ato jurídico, para descortinar o querer real dos contratantes; à formação do Estado, baseada no contrato social de Rousseau; bem como à deflagração de todo direito, subjetivo ou objetivo.

Os jurisconsultos romanos tinham-na em conta. Os institutos por eles estudados, não ignorados pelos exegetas atuais, como a posse, a aquisição da propriedade e o matrimônio, pressupunham, à sua satisfação, o ato volitivo mútuo dos interessados, solenemente proferido, tendo em conseqüência têmpera normativa. O negócio particular era a forma de manifestação do Direito Privado, consubstanciado na *lex privata*, estatuída na Lei das XII Tábuas[7].

No entanto, até então, não se manipulava a fórmula conjugada autonomia da vontade, nem se teorizava a seu respeito, uma vez que o modelo jurídico romano era de extrema praticidade.

Embora não se descarte o papel do consensualismo no Direito Romano, pois, registrou-se, este delegou à vontade um lugar destacado, no reinado de Justiniano, na compreensão do jurídico, a feição expressa, fundada, principiológica e conclusiva da locução no Direito Civil, herdada dos internacionalistas, entendida como a autoridade do querer e criar o direito nas relações privadas ou emprestar-lhe fundamento, data do século XIX[8]. E a junção dos termos é atribuída a Worms, devido à publicação, em 1891, da obra *De la volonté uniratérale considerée comme source d'obligationis*, na qual assegurou a supremacia da vontade de cada um dos contratantes. Em seguida, em 1899, Gény a reproduz, com semelhante enfoque, no seu livro *Méthode d'interpretation et sources em droit prive positif*[9].

7 Ibid., p.14.

8 RANOUIL,Veronique, op.cit, p.17. É uma criação moderna também na concepção filosófica, consoante propugnam Michel Villey, op.cit., p.87, e A. Rieg. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris, Sirey, 1957, p.126. Em sentido contrário, Marco Aurélio Risolia, **Soberania e crisis del contrato**: en nuestra legislacion civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p.55, em que assevera: "No creemos, como algún autor, que el derecho antiguo haya desconocido el principio de autonomía de la voluntad y que tal principio sea una creación de la filosofía política, jurídica y económica del siglo XVIII, aunque entonces se lo haya formulado como hoy se lo conoce".

9 RANOUIL, Veronique, Op. cit., p.92.

A propósito, a exposição não justificou o porquê de a unanimidade da doutrina civilista européia, em particular a francesa, ter ficado em estado de hibernação durante tanto tempo, sem agitar com clareza o tema da autonomia da vontade, somente vindo a promovê-lo na segunda metade do século XIX. Mas isso não obsta dizer que, de forma implícita, o princípio já dominara todos os quadrantes do Direito Privado de antanho, haja vista tê-lo seguido o Código Napoleônico[10].

Dentre possíveis fatores dessa omissão, três despontam em importância[11]. Um era a idéia prevalecente, no meio dos civilistas da época, de que se cuidava de matéria pertinente à filosofia do direito, visto que estava ligada aos fundamentos deste, e não à ordem jurídica positiva, como o Código Civil. A tese é reforçada ao se deparar com o ineditismo do termo autonomia da vontade, revelado pela filosofia kantiana, no ensaio Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos[12], editado em 1785, se bem que o autor formule, nele, análise ético-metafísica, de modo a preservar distanciamento cognitivo com o posterior voluntarismo empírico conduzido pelos juristas, conforme se esclarecerá mais adiante.

O outro, muito imbricado com o anterior, deve-se à Escola Exegética, hegemônica até o findar do século XIX, a qual reduzira a ciência do direito à literal interpretação do *Code Civil.* Discuti-lo ou questioná-lo, nem se cogitava. Na esteira do espírito revolucionário emergido de 1789, em que o Judiciário se subordinara ao Legislativo, "O direito fundira-se com o estatuto, o estatuto por sua vez não era obra de professores ou magistrados, que não tinham mandato para agir em nome da nação, mas sim o legislador, o único representante do povo soberano".[13] Se nenhum artigo codificado aludia à autonomia da vontade, especular sobre ela estava defeso.[14]

10 Ibid., p.76, apenas ressalva Acollas, que, em 1866, escreveu o livro **D'autonomie de l'individu.**

11 Veronique Ranouil, op.cit., p.76 e ss.

12 É o título da tradução para o português feito pela editora Martin Claret, ed. 2004, cujo tradutor é Leopoldo Holzbach.

13 CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 207.

14 RANOUIL, Veronique, op. cit., p.77,confirma: " Pas um de grands commentateurs du Code civil qui représentent l'apogée de l'École de l'exegèse ne fait usage de l'expression d'autonomie de la volonté ou d'une expression approchante". Tradução livre do autor: Os grandes comentadores do Código Civil que representavam o apogeu da Escola da Exegese não usaram a expressão autonomia da vontade ou termo aproximado.

O terceiro encerra uma visão formalista e estática da juridicidade. O Código de 1804, em cujas entrelinhas traspassava o individualismo jurídico e, por conseguinte, o princípio da autonomia da vontade, fora construído para resistir às transformações sociais e econômicas. Consistia num legado da racionalidade, por isso definitivo, imutável e universal, às gerações futuras. Nesse ambiente de blindagem jusfilosófica, nenhuma ameaça externa, social ou econômica, vislumbrava-se, a ponto de acordar os civilistas a perscrutarem a temática da autonomia da vontade. É o retrato de um paradoxo: tornara-se categoria tão evidente que, mantê-la no limbo, era um meio, consciente ou não, de eternizá-la.

3 FUNDAMENTO POLÍTICO-ECONÔMICO

A dialética cultural do princípio da soberania da vontade tem como antecedente necessário o individualismo, modo peculiar de enxergar o universo sóciojurídico à luz da pessoa humana, nomeada o alfa e o ômega da coletividade e do Direito.

No plano econômico, representou uma reação liberal, encetada no século XVIII, contra uma gama de embaraços econômicos derivados do *Ancien Régime*[15]. Aí, a propriedade rural, única fonte de riqueza, concentrava-se nas mãos do senhor feudal, a quem o camponês arrendava uma parte para cultivá-la em modo de agricultura de subsistência, mas ficava obrigado a trabalhar, sem contrapartida, pelo menos três dias na semana, na terra específica do proprietário, o que configurava um trabalho semi-escravo[16]. O acesso a esse bem cabia à nobreza, em troca da segurança militar dada aos monarcas, e ao clero, que patrocinava o lenitivo espiritual das camadas inferiores da pirâmide social, impedindo eventuais revoltas.[17] A circulação desse bem era algo impensável.

O surgimento do comércio, um novo tipo de riqueza, agora dinâmica, arrimada no capital, portanto diferente da estática, apoiada na propriedade

15 LECLERCQ, Jacques. **Leçons de droit naturel**. Louvain: Pax, 1955. Les droits et devoirs individuels, travail, propriété, deuxieme partie, v. 4 , p.212.

16 HOUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p.6.

17 Ibid., p.14-15.

da terra, estimulou o desabrolhar das cidades e o afluxo de trabalhadores dos feudos para elas. De pronto, advieram os conflitos: os senhores feudais, donos das áreas edificadas, começaram a cobrar altas taxas dos mercadores, para que pudessem comerciar e se deslocar por entre as comunidades urbanas nascentes. Aparece a classe média comerciante e, em simultâneo, o sentimento de livrar-se dessas amarras[18].

As entidades corporativas medievais, que congregavam trabalhadores dedicados à mesma profissão, os conhecidos artesãos, fabricantes de produtos manufaturados, destinados aos negociantes, monopolizavam o mercado. O mercantilismo, por sua vez, vigorante entre 1450 e 1750, difundira a crença de que a economia dependia de forte controle estatal, para assegurar a exportação e o aumento da riqueza da nação, entorno do ouro e da acumulação de dinheiro.[19] Ambos os fenômenos constituíam causas inibidoras da expansão comercial.[20]

Entraves na liberdade de trabalho no campo, devido à vinculação pessoal do servo ao senhorio; estorvo na cidade, graças à exclusividade das corporações; obstáculos no tráfico de mercadorias em geral, atribuído ao dirigismo estatal do mercantilismo; e o gravame de ser a propriedade um privilégio de poucos. Eis o panorama incompatível com o anseio de o indivíduo, a seu talante, ampliar as atividades negociais e assenhorear-se dos bens disponíveis, em razão do que emerge, no final do século XVIII, o sentimento de liberdade, cunhado de liberalismo econômico, propagador do "Livre jogo das atividades econômicas individuais; com o mínimo de intervenção do Estado no domínio econômico, limitando-se este a garantir a liberdade de trabalho e do comércio e o benefício da propriedade dos bens".[21]

18 Ibid., p.33.

19 HOUBERMAN, Leo, op.c it., p.119 e ss., retrata bem a refutação da política colonial mercantilista, que mantinha absoluto controle sobre a atividade de comércio, tirando, assim, a sua oportunidade de crescimento, de acordo com a vontade de investimento de quem já acumulara certo capital.

20 Ibid., pp.100/1001, aduz que as corporações não serviam mais aos intermediários dinâmicos da época, pois as regras e os métodos ultrapassados delas obstavam o desenvolvimento da indústria, e, em seguida, reconhece o poderia dessas instituições ao constatar que sobreviveram até depois da Revolução Francesa, em França, e ao início do século XIX, na Inglaterra. Jacques Leclercq, op. cit., p.213, nota 2, a respeito do mercantilismo, alicerçado em Gonnard, enfatiza que se caracteriza pelo estatismo, protecionismo e uma economia dirigida ao desenvolvimento da indústria de exportação, visando ao enriquecimento nacional pelo acúmulo de ouro e capital.

21 AMARAL, Francisco, op. cit., p.13. Idêntico raciocínio apresenta Jacques Leclercq, op. cit., p.221, ao registrar : "Le

No velho regime, o senhor feudal, na ausência de um poder central forte, propiciava segurança a todos, já que as pilhagens e os desrespeitos à vida das pessoas ocorriam com freqüência. Em troca dessa demonstração de força particular, em que os fortes protegiam os fracos, estes, à falta de alternativa, cediam a sua liberdade, em todas as variantes, para recompensar aqueles. A população medieval prestigiava a segurança e relegava a liberdade, a qual se tornara uma prerrogativa das minorias dirigentes. O princípio reitor desse período era o da dependência.[22]

Um passo à frente, vem o absolutismo concentrar o poder nas mãos dos reis, que intentam estabelecer uma ordem centralizada ao derredor da polícia, da Justiça e do governo. Porém, impera um despotismo sufocante, a exemplo do de Luis XVI, em França, a perpetuar o cerceamento das liberdades individuais, as desigualdades e inúmeros privilégios, conferidos a uma nobreza parasitária[23]. A submissão dos servos apenas mudou de autoridade: do senhor feudal passou para o monarca.

O entusiasmo da burguesia, classe afligida no feudalismo, em se desvencilhar dessa carcomida modelagem social, eclode, também, no declínio do século XVIII, sob a batuta do liberalismo político, orientado a criar instituições garantidoras das liberdades individuais, em menosprezo de objetivos coletivos, única maneira de se alcançar a felicidade do homem.

O teórico individualismo extremado nasce assentado na acepção política de que a vontade autônoma da população institui a sociedade civil, o Estado, para assegurar o exercício dos direitos naturais, anteriores ao aparecimento deste, uma vez que a saída do homem do estado da natureza, como fuga para evitar a sua destruição pelo estado de guerra, leva-o a constituir um estado baseado no consenso e na harmonia.[24].

libéralisme économique commence à exercer son action sur les institutions sociales dès la fin du XVIII siècle. « Laissez faire, laissez passer «. Laisser faire : liberté de la production ; laissez passer : liberté du commerce". Tradução livre do autor: O liberalismo econômico começa a exercer sua ação sobre as instituições sociais no final do século XVIII, tendo como lemas: a liberdade de comércio e a de produção.

22 LECLERCQ, Jacques. **Leçons de droit naturel**. Louvain: Pax, 1958. L'état ou la politique, v. 2, p.27.

23 Leo Houberman, op. cit., pp.133/134, oferece admirável exemplo de desperdício e privilégio promovidos pelos governos monarcas do século XVIII: "O *Livre Rouge* era um Livro Vermelho contendo a lista de todas as pessoas a quem o governo dava pensões. Entre elas estava o nome de Ducrest, um barbeiro. Por que tinha ele direito a uma pensão de 1.700 libras anuais? Porque havia sido o cabeleireiro da filha do conde d'Artois. O fato de que essa filha tivesse morrido cedo, antes de ter cabelos para pentear, não tinha importância. Ducrest recebia sua pensão".

24 BOBBIO, Noberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait, Brasília:

As experiências das Declarações de Direitos nos Estados Unidos, em 1776, e na França, em 1789, são determinantes na consolidação do Estado-liberal-burguês no século XIX, produto do desprendimento e da razão do homem, para assegurar-lhe o gozo pleno de direitos fundamentais, dentre os quais se sobrepõem a liberdade, a igualdade e a propriedade, concebidas formalmente, porquanto sem a preocupação com as condições materiais do sujeito[25]. Nele, consubstanciam-se e realizam-se os sonhos há muito alentados da burguesia de vender, comprar, produzir e viver em sociedade com vasta independência e segurança, voltando-se as instituições políticas à defesa desses interesses ou à dos intocáveis domínios de liberdade de cada um, somente limitados pelos dos outros. Quanto menos interferir o Estado no destino e na ação dos indivíduos, mais bem-estar e justiça proporcionar-lhes-á.

4 FUNDAMENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO

O Estado Liberal assume o posto da nova ordem político-econômico-social. Para cumprir o seu projeto de oferecer liberdade a todos, tratando-os com igualdade, embora formal, compôs uma estrutura normativa sintonizada com os objetivos traçados pela burguesia dirigente. Qual seria a fonte desse ordenamento jurídico? Não poderia ser a simples tradição ou considerações vagas de justiça, tão evocadas, pela nobreza, como expediente para manter-lhe a tirania.

No feudalismo, o indivíduo era um apêndice da estrutura social hierarquizada, que o submetia a vínculos pessoais imutáveis. Nascia e morria vassalo. Se o senhor transferia o feudo, junto ia o servo que nele trabalhava. "Da mesma forma que o senhor ficaria aborrecido com a perda de um boi, pois dele necessitava para o trabalho da terra, também o aborrecia a perda de qualquer de seus servos – gado humano necessário ao trabalho na

Universidade de Brasília, 1995. p.39.

25 Lembra Paulo Bonavides. **Do estado social ao estado libera.** São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42, que "Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade, qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política".

terra"[26]. Tudo isso se explicava pelo vigor irresistível da sociedade natural.

Sobrepujá-la demandava outro paradigma, articulado pelo individualismo jurídico-filosófico: sobrevalorizar o então desprestigiado sujeito, situando-o na base da construção jurídica. Transmudou o indivíduo-coisa em objeto, fundamento e fim do ordenamento jurídico. A par do Estado, o Direito, a lei e o ato jurídico são originários de um dado concreto: a vontade, a qual pressupõe a liberdade natural, advinda da própria natureza humana, "Pero a su vez el derecho tiende a asegurar esa autoridad inicial del individuo, hasta el máximo compatible con a libertad de los demás".[27]

No entanto, na modernidade antropológica individualista, o sujeito que edifica a ordem jurídica convencional imprescindível à coexistência inaugurada pelo liberalismo, não é o de carne e osso, contingente, marcado pelas angústias cotidianas. É o sujeito abstrato, racional, formal. Como reflexo, a ordem artificial por este criada é formalística e atemporal, distante das condições materiais da vida em comum.

Com efeito, o pobre e o rico, o fraco e o forte são reputados iguais, desfrutando da mesma liberdade. A eventual coação econômica sofrida pelos desaquinhoados pertence ao mundo dos fatos, e não interessa ao jurídico, que submete os indivíduos à alienação de sua existência. "Solo así es posible pensar que el individuo que esté coartado por la pobreza, constreñido por los instintos, empujado por la necesidad, sea al mismo tiempo jurídicamente libre y formalmente sujeto abstracto al plano factual"[28]. Separa-se o econômico do jurídico e do político.

Dessarte, o desenho conceitual da autonomia da vontade, como matriz normativa, provém do movimento liberalista que veio a lume no século XVIII e estendeu-se pelo século XIX, infundindo-se nas legislações consti-

26 HOUBERMAN, Leo, Op.cit., p.8.

27 RISOLIA, Marco Aurélio, op. cit., p.48. Pronuncia-se na mesma direção Veronique Ranouil, op. cit., p.139, que, a propósito do individualismo jurídico, escreve: "Il est donc une philosophie de l'homem, une théorie du fondament du droit, et une théorie du but du droit. En effet, il attribue à l'homme des droits naturels anterieurs à ceux de la société, et dont le principal est la liberté ; il fait de la volonté de l'individu la source du droit, ce que l'on désigne par doctrine de l'autonomie de la volonté ; il assigne pour fin au droit la coexistence des volontés individuelles". Tradução livre do autor : Ela é uma filosofia do homem, uma teoria do fundamento do direito e uma teoria do fim do direito. Com efeito, ele atribui ao homem direitos naturais anteriores àqueles da sociedade, cujo principal é a liberdade; ele faz da vontade do indivíduo a fonte do direito, e isso a doutrina designa como autonomia da vontade; ele aponta como fim do direito a coexistência das vontades individuais.

28 BARCELONA, Pietro. **El individualismo proprietário**. Madrid: Trotta, 1996. p.47.

tucionais e infra da civilização ocidental. Em nome dele, fizeram-se revoluções. Sua repercussão, na contemporaneidade, ainda se nota, mas com parcimônia, o que se avaliará em outro capítulo.

5 A CONTRIBUIÇÃO DE KANT À IDÉIA DA AUTONOMIA DA VONTADE

Em Kant, a autonomia da vontade é a causa do agir de todo ser racional, determinada por uma lei moral - o imperativo categórico[29] -, que prescreve uma ação boa em si mesma, livre de qualquer impulso da sensibilidade, de fins subjetivos ou da faculdade de desejar. A filosofia kantiana prega a existência de uma vontade pura, gerada na razão, a qual identifica, independentemente de desejos ou prazeres materiais ou imateriais, a conduta necessária a se cumprir. Isto é, a vontade livre é aquela que recebe de si mesma, sob o império da liberdade, a determinação para atuar no mundo exterior[30]. E essa liberdade é *a priori* integrante do mundo inteligível, e não uma realidade material[31].

A autonomia da vontade, forjada sob os auspícios do liberalismo clássico, parte da premissa de que cada sujeito é livre para satisfazer os próprios interesses, de cuja soma se atinge o bem-estar da população. A felicidade social alcança-se somente pela adição das felicidades individuais. O valor da ação mede-se pelos resultados práticos que dela se aguardam.

29 BOBBIO, Noberto, Op. cit., p.64, explica essa categoria filosófica do pensamento de Kant, ao dizer: "Uma vez dito que as leis da conduta humana são preceitos, Kant distingue o gênero 'preceito' em duas espécies: **categóricos *e* hipotéticos. Categóricos são os que prescrevem** uma ação boa por si mesma, como por exemplo: 'Você não deve mentir", e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo categórico. Hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim, como por exemplo: 'Se você quer evitar ser condenado por falsidade, você não deve mentir', e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo hipotético".

30 Immanuel Kant. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 81, sobre o assunto, expõe o seu pensar: "Mas é impossível pensar uma razão que com a sua própria consciência recebesse de qualquer outra parte uma direção a respeito de seus juízos, pois que então o sujeito atribuiria não à sua razão, mas a um impulso, a determinação da faculdade de julgar. Ela deve considerar-se a si mesma como autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; por conseguinte, como razão prática ou como vontade de um ser racional, deve considerar-se a si mesma como livre; isto significa que a vontade desse ser não pode ser a vontade própria senão sob a idéia da liberdade, e, portanto, tal vontade é preciso atribuir, em sentido, em sentido prático, a todos seres racionais".

31 Ibid., p.79-80.

Como se vê, cuida-se de uma moral eudemonista, dado que se serve da liberdade para fim utilitarista individualizado, por meio da exploração do ambiente sensível, principalmente da apropriação e fruição dos bens ofertados pelo sistema capitalista.

A moral kantiana afasta-se desse hedonismo. Sua autonomia da vontade advém da idéia de um atuar a salvo das contingências externas ou tentações internas, em respeito à pura **voz da consciência**. Seu bem maior não é o sucesso individual pelo êxito nos negócios, e sim o crescimento pessoal em face do cumprimento do dever incondicionado, realizado sem a intenção de esperar resultado proveitoso quem o pratica[32].

Patenteia-se o contraste entre o personalismo ético do filósofo de Königsberg e a autonomia da vontade modelada no Estado Liberal. Saiu-se do território sublime da razão, onde a liberdade gravita para impulsionar a vontade pura ou desinteressada, e embrenhou-se no do econômico, no dos sentidos, no qual a liberdade concerne ao poder do sujeito jurídico, possuidor de direitos e faculdades manejáveis à persecução de objetivos egoísticos. Ter autonomia, para o liberalismo, é poder atuar no mercado, alienando e comprando bens, longe de restrições jurídicas ou ético-racionais, ou diretamente na natureza, para transfigurá-la ao arbítrio do agente[33].

Logo, é correta a assertiva de que não é visível a colaboração de Kant na ideação liberal da autonomia da vontade, cujos contornos sobressaíram no decurso dos séculos XVIII e XIX[34]. Decerto, ele inventou, na filosofia, a

32 Ibid., p.87, em que confirma a proposição com um exemplo prático: "Não há ninguém, nem mesmo o pior facínora, se está habituado a usar da razão, que não deseje, quando se lhe apresentam exemplos de retidão nas intenções, de perseverança na obediência a boas máximas, de compaixão e universal benevolência (ainda por cima unidas essas virtudes a grandes sacrifícios de interesses e bem-estar), que não deseje, digo, ter também esses bons sentimentos. Mas não pode consegui-lo em virtude de suas inclinações e apetites, desejando todavia, ao mesmo tempo, libertar-se de tais tendências que a ele mesmo o oprimem. Demonstra com isso, pois, que em pensamentos se transpõe, por uma vontade livre de impulsos da sensibilidade, a uma ordem de coisas completamente diferente da de seus apetites no campo da sensibilidade, pois daquele desejo não pode ele esperar nenhum prazer dos apetites e, portanto, nenhum estado satisfatório para qualquer de suas inclinações reais ou imaginárias (pois que então poria a perder a excelência da própria idéia que lhe arranca esse desejo), mas tão-somente um maior valor íntimo de sua pessoa. Essa pessoa melhor, acredita ele sê-lo quando se situa no ponto de vista de um membro do mundo inteligível, e que involuntariamente o impele a idéia da liberdade, isto é, da independência em relação a causas determinantes do mundo sensível".

33 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Porto: Almedina, 2003, nota 28, p. 26.

34 Ibid., pp.27/28. É igual o pensar de Veronique Ranouil, op. cit., p.22, em que declama : "L'autorité de Kant est certainement à écarter. Sans doute, sa philosophie était-elle connu des juristes allemands, en raison de l'organisation des études qu'ils avaient suivies. Mais l'expression qu'il a invitée est celle d'autonomie de la volonté,

locução com um significado moral peculiar, na crença do aperfeiçoamento espiritual do homem. Os liberais tomaram-na emprestado e alteraram-lhe o sentido em prol de suas cobiças transformadoras da realidade social. Puseram a liberdade e a vontade como agentes necessários do crescimento da riqueza externa individual.

Se não foi na esfera ética, no idealismo da liberdade pessoal, onde o discurso liberal se valeu de Kant? Apenas no seu formalismo jurídico, que considera o Direito condição *sine qua non* para a coexistência social, porque não prescreve o teor das relações intersubjetivas, senão a maneira pela qual elas se ordenam. Kant discernia a ética do Direito. Entretanto, não os apartava, mantendo-os ligados[35]. O que fez o liberalismo? Quebrou esse nexo. Descartou o fundamento ético kantiano da liberdade positiva – a vontade escolhe aquilo que a razão, indiferente a pendores, reconhece indispensável - e adotou o arrazoado formal da liberdade negativa – uma zona de atividade isenta de incursão do Estado, cuja função é protegê-la pelo seu ordenamento jurídico. A liberdade de conteúdo transfigurou-se em liberdade vazia, meramente declarativa.[36]

6 CONCLUSÃO: O APOGEU DO VOLUNTARISMO COM AS CODIFICAÇÕES DO SÉCULO XIX

O iluminismo-racionalista[37] aniquila, com suas propostas, as vigas de

dont le sens est purement éthique". Tradução livre do auto: Certamente, a influência de Kant está descartada. Sem dúvida, a sua filosofia era conhecida dos juristas alemães, em razão da organização de estudos realizada por eles. Mas a expressão que ele criou é aquela da autonomia da vontade, cujo sentido é puramente ético. Segue o mesmo caminho Michel Villey, op. cit., p.90, nota 3 : ''Kant n'a proné l'autonomie, à notre connaissance, que dans le domine de la morale. Encore l'autonomie ne consiste-t-elle à ses yeux, pour l'individu, qu'à agir selon la raison pratique (à la fois personelle et universelle) ''. Tradução livre do autor: A nosso ver, Kant preconizou a autonomia da vontade no domínio da moral. Ainda, para ele a autonomia consiste em o indivíduo agir segundo a razão prática (pessoal e universal). Contra: Francisco Amaral, Op. cit., p.15.

35 Norberto Bobbio, Op. cit., p.69 a 71.

36 Joaquim de Sousa Ribeiro, Op. cit., p.26.

37 Há uma forte ligação entre o jusracionalismo e o iluminismo, embora seja cabível uma sutil diferenciação. Isso é explicado pelo ensinamento de Franz Wieacker. **História do direito privado moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.353-354: "O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu

sustentação da organização feudal. Opõe-se a todos os níveis de desigualdades. Às políticas, que conservavam a sinecura da nobreza e do clero, tornando inacessível o ingresso, nos cargos públicos, da maioria plebéia e sua participação nas decisões de governo. Às econômicas, mercê da submissão da propriedade e dos vassalos ao suserano, em nome de quem se concentravam as riquezas. Às jurídicas, em face dos arbítrios dos monarcas, escorados na atribuição divina de poderes, da imputação de penas cruéis na punição dos culpados, e da anarquia normativa devido às inúmeras fontes de direito - impenetráveis ao grosso da população -, i. e., os costumes locais, as tradições, as opiniões dos doutores, dos juízes-legisladores, as ordenanças reais e o Direito Romano. Às teológicas, ante a relação promíscua entre a Igreja Católica e o Estado, o qual se dotava de justificativa transcendental, bem como devido à supremacia daquela com sua intolerância religiosa[38].

Quais os antídotos a esse quadro sufocante da vida social? Aplicam-se-lhe os remédios da liberdade e da igualdade. Tomem-se medidas difusivas no desenvolvimento do comércio: transferência incondicional dos bens adquiridos pelo esforço próprio e a locação desimpedida da mão-de-obra. Constitua-se o Estado laico erguido sobre as pilastras da vontade livre de todos os cidadãos. Elidam-se as indecorosas vantagens de casta, fruídas pelos nobres e clérigos, passando-se a tratá-los de maneira uniforme, em relação aos desassistidos: comerciantes, camponeses, artífices, e a todos estes se dêem oportunidades de ascensão social. Humanizem-se as penas dos condenados e isente-os de punições lancinantes: arder nas fogueiras, subir no cadafalso ou ser chicoteado. Permita-se a opção de credo. Em vez de confiar na tradição, dela escape e creia no progresso, num futuro alvissareiro. Vê-se assim que, na luta por tais idéias, "O velho mundo passou por uma renovação radical, guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem"[39].

Não é tudo, porém no patamar jurídico, o individualismo oitocentista apostou na plena capacidade de o homem erigir uma ordem artificial

e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais".

38 CAENEGEM, R. C. van, Op. cit., p.161-162.

39 CAENEGEM, R. C., Op. cit., p.163.

reguladora das relações sociais e tutora da paz, arraigada na sua irrestrita vontade racional. Outras qualidades desse novo ordenamento eram inabdicáveis: tinha de ser uniforme, compreensível às massas e a estas endereçado, compacto o suficiente para reunir um conjunto de leis inter-relacionadas, harmônicas e sistematicamente dispostas, defensoras das individualidades pessoais, dos próprios bens e da livre circulação destes, de fácil e segura aplicação, de modo que os sujeitos prevejam as suas condutas e saibam as conseqüências delas advindas. Aqui estão as respostas ao direito arcaico, envolto em explicações sobre-humanas, acompanhadas pela insegurança de fontes esparsas, interpretações variadas e de extrema subjetividade.

Qual o instrumento jurídico apto a realizar os mencionados desejos renovadores? A codificação. As primeiras aportaram, de início, em meados do século XVIII, pelas mãos dos déspotas esclarecidos, fascinados pelo discurso iluminista, que os ajudava a fortalecer os fragmentados impérios, em virtude da expectativa de sua unificação político-territorial, fornecida pela legislação comum. Em 1756, Maximiliano José III da Bavária promulga, na Alemanha, o *Codex Bavaricus civilis* . Por iniciativas de Frederico Guilherme I e Frederico II, o Grande, a Prússia publica o seu Código (*Allgemeine Landrecht),* em 1794. Depois, a imperatriz Maria Teresa e seu filho José II patronearam o Código austríaco (*Allegemeines Bürgerliches* Gesetzbuch) de 1811. Foram textos legais avançados para a época, mas, com menor intensidade no derradeiro, por ser mais atual, abrigavam incontáveis vícios impugnados pela cartilha iluminista, como: a manutenção de privilégios da nobreza e da autoridade do Direito Romano; as redações prolixas e deficientes na sistematização, porque regravam até matérias penais e eclesiásticas[40].

Contudo, é o processo revolucionário francês, e não os seus reis, que presenteia o mundo com o Código sonhado pela modernidade liberal: um conjunto orgânico de regras claras e auto-suficientes, de validade universal, revogador dos direitos consuetudinário e romano, então vigorantes. O *Code Napoléon* de 1804 aclama a vontade como sua pilastra fundamental. A começar pelo seu nascimento, atribuído à deliberação e à tenacidade do estadista-general Napoleão Bonaparte[41]. Apesar de ter sido projetado pelos constituin-

40 CAENEGEM, R. C. Van, Op.cit., p.172 e ss.

41 Tanto é correto dizê-lo que René Savatier, Op. cit., p. 43-44, enfatiza que ainda não se fez uma reforma

tes de 1791, malograram as sucessivas tentativas, para editá-lo, dos que antecederam o primeiro-cônsul, soerguido ao governo por um golpe de Estado, em 9 de novembro de 1799[42]. Por se considerar a única fonte de direitos, o Estatuto inaugura o positivismo legalista do método exegético que idolatra a lei, ato da vontade popular capaz de resolver qualquer peleja social.[43]

A autonomia da vontade, por não estar explícita no *Code Civil*, é deduzida, sem dificuldade, dos seus três livros (As pessoas; Os bens; As diferentes maneiras de aquisição da propriedade), que destilam o espírito burguês: dissolução do casamento pelo divórcio, indulgência de culto, autorização da cobrança de juros, isenção de taxas imobiliárias, muito exigidas pelos feudalistas, o intocável e sagrado direito de propriedade. No título das obrigações acordadas, encampa: a liberdade contratual, só estremada pela ordem pública e pelos bons costumes; a informalidade, na conclusão do pacto, do consentimento, cujo defeito poderia anulá-lo; a inviolabilidade das convenções - presumidamente justas -, admissível nos casos extremos de lesão ou resolução; a interpretação conforme a vontade interna, e não a declarada; a eficácia relativa dos acordos.[44]

No apagar das luzes do século XIX, em 18 de agosto de 1896, a Alemanha conhece o seu Código Civil, que é posto em vigor em 1º de janeiro de 1900. Nenhum ambiente revolucionário o gerou, a exemplo do *Code Civil,* tampouco um tirano esclarecido, como alhures o mostrou a história jurídica dos territórios fracionados da Bavária e da Prússia. Resultou de um profundo amadurecimento doutrinário, refletido na sua perfeição sistêmica e conceitual de cepa pandectista, em prejuízo da funcionalidade e popularidade, e cuja metodologia se espalhara por todos os continentes, desbancado a exclusividade do Código francês, que se inclinara pela praticidade, objetividade e simplicidade da linguagem, sorvida de uma nação ciosa em se desprender do passado de servidão.[45]

profunda no *Code Civil* porque falta um Bonaparte para conduzir os trabalhos.

42 CAENEGEM, R. C. Van, Op. cit., p.5 e ss.

43 SAVATIER, René, op. cit., p.14, acresce sobre a Escola da Exegese: "Même en cas de lacune, on exploitait au maximum, on scrutait attentivement ses virgules et ses accents, la place de chaque mot et de chaque disposition, ses sous-entendus et ses analogies". Tradução livre do autor: Mesmo em caso de lacuna, explora-se ao máximo, investiga-se atentamente suas vírgulas e seus acentos, o lugar de cada palavra e de cada disposição, seus subentendidos e suas analogias.

44 RANOUIL, Veronique, Op.cit., p.71 e ss.

45 WIEACKER, Franz, Op. cit., p. 540 e ss.

O Código Civil alemão esteve a serviço do positivismo jurídico individualista e da burguesia, nada obstante se pressentirem tímidos avanços, como a sua abertura por via das cláusulas gerais, que foram pequenas concessões à auto-responsabilidade do juiz, em mitigação da fé inabalável do iluminismo no legislador. Preservou o voluntarismo proprietário, absorvendo a liberdade contratual, a igualdade formal dos contratantes, em desprezo da sua realidade material, a irrevogabilidade do convencionado e sua eficácia interna; não incluiu a lesão enorme e repeliu expressamente a cláusula *rebus sic stantibus.*[46]

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, p.7-26, out./dez.1988.

BARCELONA, Pietro. **El individualismo proprietário**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. São Paulo: Malheiros, 1996.

HOUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LECLERCQ, Jacques. **Leçons de droit naturel**. Louvain: Pax, 1955. Les droits et devoirs individuels, travail, propriété, deuxieme partie, v. 4.

46 Ibid., pp.549 e ss.

_____. **Leçons de droit naturel**. Louvain: Pax, 1955. Les droits et devoirs individuels, travail, propriété, deuxieme partie, v.2.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 84, n. 722, p.40-45, dez.1995.

RANOUIL, Veronique. **L'autonomie de la volonté***:* naissance et évolution d'un concept. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Porto: Almedina, 2003.

RISOLIA, Marco Aurélio. **Soberania y crisis del contrato**: en nuestra legislacion civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

ROUBIER, Paul. Le rôle de la volonté dans la création des droits et de devoirs. In: **Archives de philosophie du droit**, p.1-40, Paris, Sirey, 1957.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os pensadores, v.1).

SAVATIER, René. **Cours de droit civil**. Paris: Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1947, t.1.

VAN CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILLEY, Michel. Le rôle de la volonté dans lê droit. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris: Sirey, 1957. p.87- 98,

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.