

**NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO PRIVADO: UMA  
ABORDAGEM SISTÊMICO-AUTOPOIÉTICA DA EVOLUÇÃO DA  
AUTONOMIA DA VONTADE CONTRATUAL**

***NEOCONSTITUTIONALISM AND PRIVATE LAW: A SYSTEMIC-  
AUTOPOIETIC APPROACH OF THE EVOLUTION OF THE  
AUTONOMY OF THE WILL ON CONTRACTS***

**MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER**

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, São Leopoldo/RS, Brasil). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI, Ijuí/RS, Brasil)

**LUCIANO VAZ FERREIRA**

Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), nos Cursos Graduação em Relações Internacionais e Comércio Exterior. Professor Colaborador do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG).

**CARLA FROENER FERREIRA**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário LaSalle (UniLaSalle). Advogada.

**RESUMO**

Este artigo aborda as mudanças na interpretação jurídica da autonomia da vontade contratual. O problema que o norteou foi: como compreender, a partir de uma perspectiva jurídica sociológica (e evolutiva), o neoconstitucionalismo, o qual pode ser

---

aqui definido, de antemão, principalmente como a influência (ou, até mesmo, a definição) dos princípios constitucionais sobre o Direito Civil – e o que essa influência acarreta para a autonomia da vontade contratual? Como hipótese, apresenta-se que o Direito é um sistema comunicativo, social, autopoietico, sendo, por isso, cognitivamente aberto, mas estruturalmente fechado. Sua cognitividade aberta permite sua irritação interna a partir da observação do entorno social, numa compreensão reflexiva das comunicações em sociedade. A constitucionalização da autonomia da vontade contratual é, portanto, reflexo interno responsivo à complexificação do entorno, aprendida pelo sistema do Direito. Seu desenvolvimento se dá em três etapas: 1) observação da constitucionalização do Direito Privado a partir da teoria dos Sistemas Autopoieticos, fazendo-o a partir do estudo da complexificação interna do sistema do Direito em resposta reflexiva ao aumento da complexidade do entorno; 2) abordagem da formação e evolução do conceito jurídico de autonomia da vontade; 3) estudo do neoconstitucionalismo no Direito brasileiro e, em especial, a sua influência sobre a autonomia da vontade contratual. É utilizada a metodologia sistêmico-construtivista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia da Vontade; Contrato; Neoconstitucionalismo; Evolução; Teoria dos Sistemas Autopoieticos.

### **ABSTRACT**

This article approaches the changes in the juridical interpretation of contractual autonomy of will. The problem that has guided it was: how to understand, from a sociological (and evolving) legal perspective, the neoconstitutionalism, which can be defined herein, in advance, especially as the influence (or even defining) of the constitutional principles on civil law – and what does this influence lead to the autonomy of the contract will? As a hypothesis, it shows that Law is a communicative, social, autopoietic system, and therefore, cognitively open, but structurally closed. Its open cognition allows its internal irritation from the observation of the social environment, in a reflexive understanding of communications in society. Either if it is a reflection of changes in laws, or a self-perceived inner necessity from the observation

---

of the environment, the modification of an order is not isolated, being constituted as responsive evolution to historical movements occurred in society. The constitutionalization of the contractual autonomy of will is therefore a responsive internal reflection to the complexity of the environment, which is learned by the Law system. Its development takes place in three stages: 1) observation of constitutionalization of Private Law from the theory of autopoietic systems, making it from the study of the internal complexity of the law system in a reflexive response to the increasing complexity of the environment; 2) approach to the formation and development of the legal concept of autonomy of will; 3) study of the neoconstitutionalism in Brazilian Law and, in particular, its influence on the contractual autonomy of will. The systemic-constructivist methodology is used.

**KEYWORDS:** Autonomy of Will; Contract; Neoconstitutionalism; Evolution; Autopoietic Systems Theory.

## **INTRODUÇÃO**

Como compreender, a partir de uma perspectiva jurídica sociológica (e evolutiva), o neoconstitucionalismo, o qual pode ser aqui definido, de antemão, principalmente (para os propósitos deste trabalho) como a influência (ou, até mesmo, a definição) dos princípios constitucionais sobre o Direito Civil? E o que essa influência acarreta para a autonomia da vontade contratual? Eis o problema que este artigo pretende abordar.

Como hipótese principal, apresenta-se que o Direito constitui-se, enquanto sistema social, como autopoietico – sendo, nesta senda, cognitivamente aberto, mas estruturalmente fechado. É a sua cognitividade aberta, engendradora do aprendizado sistêmico, que permite que possa, internamente, se irritar a partir da observação do entorno social, numa compreensão reflexiva das comunicações em sociedade. Seja como reflexo das mudanças das leis, seja como necessidade interna autopercebida a partir da observação do entorno social (onde estão a Política, a Economia, a Ciência, etc.), a modificação de um ordenamento jurídico não é isolada, constituindo-se como

evolução responsiva em relação aos movimentos históricos significativos ocorridos na sociedade.

Ainda, em complemento à hipótese anterior, tem-se que a constitucionalização da autonomia da vontade contratual é, portanto, um reflexo interno em resposta à complexificação do entorno social, aprendida pelo sistema do Direito. O período posterior à Segunda Guerra Mundial um interregno em que se observou, a partir de vários âmbitos sociais, a necessidade de não mais se deixar apenas à livre iniciativa dos entes privados a disciplina dos contratos. Assim, o Estado passa a assumir, em textos constitucionais, a tarefa de normatizar também as comunicações jurídicas em questões privadas – dado que a igualdade ensejada pela liberdade tão apregoada pelo Liberalismo significou um velamento para as diferenças políticas e econômicas também em questões cíveis.

Com o presente artigo, propõe-se a uma abordagem sob esse prisma. O Direito Civil, na aurora da Modernidade, na *Civil Law*, encontra suas raízes na necessidade de gerência de assuntos exclusivamente privados. Suas mudanças, contudo, foram radicais ao longo dos séculos, justificando-se a necessidade de uma análise do ponto de vista histórico, de modo a estudar a evolução dos institutos que compõem esse ramo do Direito, para então compreender sua constitucionalização (ou seja, a influência que sofre de uma normatividade até há pouco tida como exclusivamente publicista) e a influência sofrida pelo neoconstitucionalismo.

O desenvolvimento do artigo estrutura-se em duas três partes. Seu primeiro capítulo propõe uma observação da constitucionalização do Direito Privado a partir da teoria dos Sistemas Autopoiéticos, fazendo-o a partir do estudo da complexificação interna do sistema do Direito em resposta reflexiva ao aumento da complexidade do entorno (onde se encontram os sistemas da Política e da Economia, os quais serão os mais importantes para a análise que se segue).

Já no segundo capítulo, será feita uma abordagem da formação e evolução do conceito de autonomia da vontade. Primeiramente, expõe-se o desenvolvimento do instituto dos contratos desde o direito romano, quando foi fortemente influenciado pela questão religiosa, e, em seguida, trata-se do apogeu da autonomia da vontade com a Revolução Francesa e o Liberalismo. Após, analisam-se os fenômenos que limitaram a autonomia da vontade, ou seja, o advento do Estado Social e a sua

intervenção com o dirigismo contratual.

O terceiro capítulo, por sua vez, é dedicado ao estudo do neoconstitucionalismo no direito brasileiro e, em especial, a sua influência sobre a autonomia da vontade contratual. Inicialmente, expõe-se o contexto em que surge a teoria do neoconstitucionalismo e as transformações sociais que teriam refletido no Direito, fazendo com que neste resultasse como uma espécie de movimento. Por fim, analisa-se de que forma o neoconstitucionalismo conduziu à constitucionalização do direito civil, refletindo-se na Constituição Federal de 1988 e na limitação da autonomia da vontade no âmbito dos contratos.

É utilizada, para os propósitos deste trabalho, a metodologia sistêmico-construtivista, a qual parte da ideia inicial de que a sociedade, após a Modernidade, é diferenciada funcionalmente, e formada por comunicação (dos mais variados tipos). A complexidade desse tipo de sociedade engendra a emergência de sistemas comunicativos de funções, códigos e programas – e isso impossibilita o estabelecimento de uma normatividade e de uma descrição omniabarcadora dessa própria sociedade. Assim, cada sistema comunicativo (sendo que Direito, Política, Economia, Ciência e Religião representam bons exemplos seus) observa o entorno (constituído pelos demais sistemas), sendo aberto à sua cognição – porém, sua organização é enclausurada – o que faz com que cada sistema, por sua vez, reorganize a observação que constrói do entorno a partir da sua própria autopoiese (entendida, principalmente, como autorreferência, autoconstituição e autoprodução de sentido).

O Direito seria, nesta senda, um (sub)sistema social (comunicativo, portanto) autopoietico, cujo símbolo circulante é a validade. Ele opera a partir de um código binário descritível como “conforme o direito/contrário ao direito”. O seu programa, por sua vez, é o conjunto de todas as decisões anteriormente comunicadas (judiciais, doutrinárias, interpretações de leis, etc.). E toda essa organização, com tal estrutura, ocorre para cumprir a função principal do Direito no sociedade – estabilizar expectativas normativas. Por fim, o método de abordagem deste trabalho é o monográfico, centrado na sua temática específica e delimitado à América Latina. Sua técnica de pesquisa, nesse compasso, é bibliográfica.

---

## **2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO**

Um sistema autopoietico deve ser entendido como sendo fechados em sua organização, mas abertos cognitivamente (LUHMANN, 1998, p. 396-398). Sendo um sistema comunicativo, tem suas operações estruturadas por um código linguístico binário (sim/não) que, ao operar acerca de uma possibilidade, exclui a sua antagônica. Com isso, tem-se que “as operações próprias do sistema se [tornam] recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema” (LUHMANN, 2010, p. 103). Dito de outra maneira: um sistema comunicativo autopoietico (tal como o Direito) é capaz de observar tudo no seu entorno e, acerca dele, tirar conclusões (operar), afirmando aquilo com o que se identifica, e negando aquilo que com ele está em desconformidade; contudo, essas conclusões só fazem sentido para o sistema quando embasado nos seus próprios parâmetros internos.

O estabelecimento de parâmetros internos (código, programa, sentido, função) permitem ao Direito o estabelecimento de processos adequados para a sua transformação interna (em outras palavras, o Direito possui regras secundárias – de mudança, de julgamento e de reconhecimento), que representam sua capacidade de irritação (LUHMANN, 2005, p. 270). O próprio sistema estabeleceu, em seu programa, normas que permitem sua mudança estável – e sua forma escrita, registrada e oficial, impedem o esquecimento, forçando o sistema à autorreferência. Em outras palavras: quando se verifica a ocorrência de um fato correspondente à regra de mudança, ou seja, se um processo de substituição de normas antigas por outras novas cumpriu com as normas que estabelecem o procedimento correto para tal (e.g. parlamento competente para tal, na forma estabelecida pela Constituição, verificados e decididos por juízo competente para tal), tem-se a capacidade do sistema de se irritar.

Verifica-se, assim, que a promulgação de um novo Código Civil em 2002, contendo normas que versam acerca da autonomia da vontade contratual no sentido da boa-fé tanto no estabelecimento de contratos quanto na sua execução ao longo do tempo, em uma relação mais ou menos duradoura, é reflexo de uma ordem constitucional que, em 1988, estabeleceu como um dos fundamentos do Estado, a dignidade da pessoa humana – a qual pode ser entendida como sendo algo

---

diretamente relacionado, entre outras coisas, à transcendência, ao reconhecimento da qualidade do outro com o qual se está contratando (não podendo este ser meio para a satisfação de um fim egoístico, somente).

Porém, não basta simplesmente a mudança legislativa: juízes competentes devem aceitar a teoria legalista em seus julgamentos, de modo redundante, repetidamente, ao longo de períodos mais ou menos longo. Isso porque a mudança do Direito não depende de um ato do Legislativo (que pertence ao sistema da Política, que se encontra no entorno do sistema jurídico), mas sim, de comunicações do próprio sistema (de modo autorreferente, portanto). Assim, quando se analisa a evolução do sistema, deve-se compreender o processo sociológico mediante o qual um sistema evolui.

Uma evolução, ao ser observada a partir de uma perspectiva de segunda ordem (ou seja, quando não apenas a partir de parâmetros do próprio sistema), pressupõe a consideração de um processo de três etapas: variação, seleção e estabilização. Havendo uma semântica pré-determinada no sistema (ou seja, se há todo um conjunto de significações nas operações anteriores, acumuladas sob a forma de programa) que permita que algo seja diversa do que já havia anteriormente, pode-se afirmar que houve variação (LUHMANN, 2007, p. 371). Assim, a partir do momento em que decisores passam a aceitar, em suas decisões, que há considerações constitucionais a serem respeitadas acerca de relações privadas, tais decisões passam a representar uma variação interna no programa do sistema.

Não basta, contudo, haver a variação: há de se verificar, também, uma seleção – uma redundância em se decidir conforme de modo variado. Ou seja: vários julgadores, tribunais e graus de jurisdição devem passar a aceitar a variação e a julgar conforme ela. E a estabilização, por fim, ocorre quando esse modo de julgar é confirmado pela aceitação generalizada, por um período de tempo mais ou menos longo, de tal modo de decidir.

Além da mudança legislativa (aceita pelo Direito) e jurisprudencial, deve-se apontar para o papel da teorização jurídica (doutrina, dogmática, etc.) na evolução do sistema. As teorias surgidas da práxis aceita ou da docência jurídica, em conjunto com textos jurídicos vigentes, é o modo pelo qual o Direito se apresenta como resultado interpretativo (LUHMANN, 2005, p. 63). É na descrição da atividade interpretativa que

---

o Direito perdura no tempo, bem como, um dos modos pelos quais evolui. Esta auto-observação permite ao Direito tanto manter a sua identidade, quanto de produzir variação e seleção (além de poder fixar a estabilização). Ou seja: assim que os teóricos observam mudanças na interpretação, divulgam seus resultados, que poderão influenciar pedidos e julgados futuros na práxis; de outra banda, o apontamento da necessidade de mudanças na interpretação pode produzir variações no sistema.

A abertura cognitiva do sistema permite a este irritar-se – porém, esse aprendizado é autorreferencial (LUHMANN, 1998, p. 119). Em outros termos: ao observar mudanças no entorno, o sistema pode entender tais mudanças como algo já existente em seu programa (e.g. o contrato eletrônico não deixou de ser contrato, conforme o sistema, pelo fato de não ser descrito em um instrumento em papel), ou observar a necessidade de alterar algo em sua própria estrutura programática para que a decidibilidade futura do sistema apresente alguma congruência para com as mudanças que observou do entorno evoluído. E é aqui que reside o ponto fulcral da presente descrição sociológica: a absorção das margens de contingência que o entorno comunicou – *in casu*, quando observadores do entorno social passam a ver a necessidade do Direito não apenas como técnica para a resolução de litígios, mas também, como *modo de intervenção na sociedade* – passa-se a ter de alterar o modo de normatizar o mundo.

Com isso pretende-se afirmar: o Direito Privado, que desde as grandes Codificações modernas (mormente o *Code Civil* napoleônico) era ordenado, no que tange aos contratos, pelo princípio da autonomia quase absoluta da vontade das partes (*pacta sunt servanda*, não intervencionismo), passa a ser também embasado em limitações sociais e humanas da autonomia da vontade, derivadas do texto constitucional, tradicionalmente publicista: assim, boa-fé objetiva, função social dos contratos, proibidade nas práticas contratuais, possibilidades de intervencionismo estatal-judicial. Mas não apenas em razão da mudança legislativa, operada pelo sistema da Política: a interpretação e a argumentação *jurídica* se irritam, ao observarem as necessidades sociais de maior intervencionismo estatal na economia (a fim de se manter a paridade de armas no jogo econômico mediante o reconhecimento de hipossuficiências) e na política (o reconhecimento das forças de

---

alguns entes na elaboração de normas aplicáveis). Contudo, tais são modos *jurídicos* de conceber o que a política e a economia necessitam.

É interessante também analisar a importância dos acoplamentos estruturais que tanto a constituição quanto os contratos e a propriedade representam (LUHMANN, 2005). Entendendo-se que cada sistema possui seu próprio programa, o qual acumula decisões tomadas a partir da operação do seu código binário com a cognição daquilo que seu entorno lhe apresenta a decidir, uma determinada comunicação social pode ser comunicada, portanto, por vários sistemas, a partir da lógica de cada um. Nesta senda, a constituição seria observável tanto pela Política quando pelo Direito, representando, para cada um desses sistemas, algo um pouco diferente. Ora, enquanto para a Política a constituição tem o sentido de um conjunto de regras e instituições que estabelecem o modo legítimo de exercício de poder (limitando o poder, inclusive), bem como um guia para a comunicação política, para o Direito a Carta estabelece um conjunto de normas que devem ser levadas em consideração pelo jurista ao tomar uma decisão jurídica.

Já a propriedade, assim denominada pelo sistema do Direito, é aquilo que o capital vem a significar na Economia. O conjunto de bens tangíveis ou intangíveis que representam o conjunto de ativos de uma pessoa (natural ou moral) é visualizado pela Economia de modo um pouco diverso daquele que o Direito o faz, já que cada um dos sistemas possui programas e códigos diversos. Já o contrato que, no Direito vem a ser o acordo de vontades bi ou multilateral, na Economia significará uma operação econômica, na qual, entre outras coisas, algo economicamente apreciado (bens, serviços, etc.) passará do domínio de um parte o de outro.

Dentro do conjunto de movimentações históricas que se verão a seguir, propriedade e contrato são ressignificadas politicamente com a Modernidade: vão aos poucos deixando de serem considerados acessíveis apenas aos nobres (no caso da propriedade), tornando-se acessível a todo aquele que obtiver capital suficiente para obtê-la. Já o contrato (e a necessidade de que sejam cumpridos, sendo cada um dos contratantes considerado juridicamente igual aos demais, guardado sob o mesmo Estatuto) tem a necessidade jurídico-política de ser cumprido (*pacta sunt servanda*) em razão tanto das necessidades da nova classe que assume o poder, quanto da imposição do seu modo de comunicar.

---

Quando se compreende que fatos sociais considerados politicamente inaceitáveis (como as grandes desigualdades econômicas, a explosão da miséria nos meios urbanos, a hipossuficiência dos consumidores face às grandes empresas, a destruição ambiental resultante de uma economia industrializada despreocupada com a sustentabilidade, etc.), as cartas políticas vão se transformando para não apenas regularem as relações Estado-indivíduo de modo absenteísta e individualista, mas também de modo proativo (social) e transindividual. E essas mudanças de paradigmas politicamente orquestradas também se refletem nas teorizações (e práticas) jurídicas.

Dada essa primeira abordagem sociojurídica do que vem a significar a mudança de paradigma contratual na normatividade aplicável à autonomia da vontade – influência constitucional, mormente – passa-se a argumentar acerca da formação do conceito de autonomia da vontade na história moderna.

### **3 A FORMAÇÃO DO CONCEITO DE AUTONOMIA DA VONTADE: DA REVOLUÇÃO FRANCESA AO DIRIGISMO CONTRATUAL**

Conforme visto anteriormente, enquanto sistema social comunicativo autopoietico (autoconstruído, portanto), o Direito é capaz de se irritar, em razão de comunicações oriundas do entorno jurídico, as quais assumem caracteres históricos, políticos, econômicos, dentre outros, assim evoluindo. Como enfatiza Wolkmer (2015, p. 23-24), não se pode analisar um sistema jurídico, uma sociedade ou uma cultura sem a constatação dos fatores inerentes à historicidade, de forma a identificar a que tipo de organização social está vinculado e que relações estruturais de poder e interesses materiais reproduz. O Direito Privado, como não poderia deixar de ser, faz parte desta dinâmica, tendo a formação de seus institutos, como a autonomia privada contratual, evoluído significativamente pelas comunicações jurídicas de caráter público.

Um conceito-chave que faz parte do direito privado é a noção de “contrato”, do latim *contractus*, que significa a convergência de vontades (“unir”), ligada à criação de uma obrigação (“contrair”). Cláudia Lima Marques (2005, p. 50) apresenta o contrato como sendo “negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades

---

dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações das partes contraentes”. A observação da realidade social (comunicações do entorno) que impôs a necessidade de criação da ficção jurídica do contrato, e é por meio dela que o instituto transforma-se. Neste contexto, o contrato não pode ser visto como abstrato e universal, pois seu significado e conteúdo modificam-se profundamente, aos sabores das mudanças sociais (LÔBO, 1995, p. 40).

No direito romano, origem da tradição jurídica de que o Brasil faz parte (DAVID, 2002), como não havia clara divisão entre Direito e Religião, o ato de contratar era exercido de acordo com uma cerimônia religiosa, composta de procedimentos e fórmulas rígidas (FUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 36-45). Assim, apesar de já existir a propriedade privada e a possibilidade de sua comercialização, o poder de contratar era limitado aos cidadãos livres que ocupavam certo *status* social, e que eram capazes de executar os ritos sacramentais (PEREIRA, 2012, p. 07). Posteriormente, a configuração da sociedade estamental e feudal do Medievo (de diferenciação estratificada) impediu um possível avanço no desenvolvimento da liberdade contratual, uma vez que a propriedade privada vinculava-se exclusivamente à elite senhorial. O instrumento do contrato era inexistente entre os menos favorecidos, servos que trabalhavam nas terras de seus senhores, pois a circulação da propriedade privada ocorria em uma dinâmica de nobreza e hereditariedade.

As concepções de liberdade contratual e autonomia da vontade só tomaram forma a partir do advento do capitalismo e do liberalismo. A crise do feudalismo permitiu o desenvolvimento de um novo sistema econômico, o capitalismo, baseado na acumulação de riquezas, no qual a burguesia, composta por pequenos comerciantes e artesãos, passou a exercer papel de destaque (GROSSI, 1996, p. 64). Contudo, a monopolização dos meios de produção não era o suficiente para o acesso ao poder por esta nova classe. Neste cenário, a Revolução Francesa, empreendida pela burguesia, inaugura um novo paradigma político e jurídico. Os direitos individuais, que são ligados à noção de liberdade e individualidade, adquirem caráter universal (BOBBIO, 1992, p. 74). A liberdade, direito importante do cidadão e que serve de proteção contra as arbitrariedades do Estado, é expressada principalmente na capacidade de ser proprietário e negociar, seus bens ou sua força de trabalho. Nas

---

palavras de Prata (1982, p. 09), o negócio jurídico torna-se a afirmação da liberdade da pessoa. Neste cenário, o contrato passou a ser a pedra angular do direito e a vontade livre como elemento principal e fonte de legitimação para o nascimento dos direitos e obrigações (MARQUES, 2005, p. 51).

A partir do momento em que todos passam a serem considerados homens livres, igualmente passam a gozar da autonomia de sua vontade, exercendo o pleno direito de contratar como desejado (desde que não houvesse ofensa à lei). Não interessava a situação econômica e social dos contraentes, uma vez que se pressupunha a existência de igualdade e uma liberdade no momento de contrair a obrigação (MARQUES, 2005, p. 54). Como a vontade individual passa a ser o centro do ordenamento jurídico, o Estado deixa de ser absoluto, abstendo-se de ingerir nos assuntos privados e na vontade do indivíduo, na forma de uma liberdade negativa (PRATA, 1982, p. 20). A função estatal será conceder essa igualdade formal a todos, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e zelar para que os contratantes possam exercer a prerrogativa da autonomia da vontade de forma plena, sem interferências (MARQUES, 2005, p. 52). Assim, concretizavam-se os planos da burguesia, que necessitava da livre circulação de renda para o sucesso do capitalismo. Nos ideais da Revolução Francesa, do contrato não poderia surgir injustiça alguma, pois as obrigações teriam sido assumidas livremente (ARAÚJO, 2006, p. 280). A autonomia da vontade é tida como o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos contratantes, entendendo que, tratando-se de relações de direito privado, são eles próprios os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los (AMARAL, 2000, p. 371).

Nasce, aqui, o “dogma da liberdade contratual”, que se caracteriza por uma vontade livre do indivíduo, definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo sistema jurídico. Existe, então, uma liberdade de contratar ou de se abster de contratar, de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, de exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção jurídica (MARQUES, 2005, p. 54; 60).

A consagração do princípio da autonomia da vontade deu-se com a criação do Código Civil Francês de 1804, conhecido como Código Napoleônico. Fruto do movimento da codificação, este passou a ser o centro do ordenamento jurídico e

---

símbolo do liberalismo e individualismo. O modelo revolucionário privatista francês colocava a vontade em um patamar superior a lei. Ao direito cabe moldar-se conforme a vontade, devendo protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora. Nesta visão clássica, não pode o Poder Judiciário modificar a vontade individual manifestada no documento, mas sim respeitá-la, assegurando que as partes atinjam os efeitos desejados pelo seu ato (MARQUES, 2005, p. 62).

O objetivo do liberalismo de popularizar a figura do contrato, visando assim proporcionar a circulação de riquezas e o desenvolvimento do capitalismo, foi facilmente alcançado. Contudo, durante a Revolução Industrial, as desigualdades do capitalismo ficaram evidentes, quando os institutos jurídicos incorporaram as ardilosas regras do mercado. A crise da economia agrária acarretou o despovoamento dos campos, a queda da produção agrícola e a emergência de um setor social organizado que visava o lucro e o enriquecimento por meio do comércio e da indústria (WOLKMER, 2015, p. 27). Assim, o êxodo rural proporcionava grande oferta de mão de obra barata, enquanto a cidade, que recém entrava em processo de industrialização, poucas vagas tinha a oferecer. A busca pelo lucro criou jornadas de trabalho sobre-humanas, uso de crianças e condições altamente insalubres. Em 1891, o Papa Leão XIII (2015) denunciou a condição precária em que viviam os operários, “entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada”.

Os defensores do primado da autonomia da vontade não viam problema nesta situação, pois os contratos teriam sido feitos por homens livres que exteriorizaram sua vontade sem máculas. Tal igualdade formal era, no entanto, uma quimera: burguesia e proletariado não estavam na mesma condição pela disparidade de poder econômico envolvido. O início do século XX foi marcado pela intensificação das tensões sociais e a busca pela superação desse problema. Em 1917, explodiu a Revolução Russa, que propõe um modelo econômico alternativo, diverso do capitalismo, tendo a abolição da propriedade privada como base para a solução da desigualdade social.

Percebeu-se que as liberdades individuais, institucionalizadas pela Revolução Francesa, já não bastavam nesse novo contexto histórico. No entanto, a proposta comunista era radical demais para ser adotada pelos países europeus. Dessa forma, passou-se de um Estado Liberal para um Estado Social, começando a zelar não

---

apenas pelos direitos individuais, mas também pelos direitos da sociedade como um todo (BOBBIO, 1992, p. 69). A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram precursoras na materialização constitucional do ideal social.

O Estado Liberal, fruto da Revolução Francesa, se fazia reger pelo princípio da igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei, assim como a lei é considerada igual para todos, sem levar em consideração condições pessoais ou sociais. Agora, no Estado Social, a ideia de igualdade formal (de direito) encontra-se complementada pela noção de igualdade material (de fato). Atingir a nova igualdade não diz respeito a tratar igualmente os desiguais, mas os tratar desigualmente na proporção em que se desigalam, apoiando as categorias da sociedade que, por condição social ou física, são mais fracas. Estes precisam de uma atenção especial do Estado, de modo que seja possível equipará-los às categorias mais fortes. O Estado passou a ser o provedor dos direitos à saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, previdência social e segurança tomando uma postura ativa na aplicação das políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades econômicas e sociais entre a população.

Esta transformação foi fortemente sentida no âmbito contratual. A destruição ocasionada pela Primeira Guerra Mundial proporcionou uma carência no setor habitacional sem precedentes, obrigando o Estado a intervir na forma de uma regulamentação jurídica de emergência, para conter abusos (WIEACKER, 1980, p. 632). A quebra da bolsa de Nova Iorque e a reestruturação político-econômica do mundo no pós-Segunda Guerra Mundial, que exigiam uma maior intervenção do Estado, contribuíram para cultivar a ideia de equilíbrio na relação contratual, na medida em que garantir apenas a igualdade dos sujeitos passa a ser insuficiente, sendo necessária também a realização do equilíbrio entre as partes desiguais (PRATA, 1982, p. 113).

Surge, o movimento do “dirigismo contratual”, que defendida que a plena liberdade das partes contratantes não era suficiente para garantir a justiça contratual, devendo o Estado intervir nestas relações (NOVAIS, 2000, p. 43). Inicialmente, o dirigismo contratual limitava-se à fiscalização e controle de alguns negócios jurídicos, pela fixação de quotas e preços mínimos. Logo, passou abarcar atividades imprescindíveis, como transporte, água e energia elétrica (MARQUES, 2005, p. 253).

---

De acordo com Netto Lôbo (1990, p. 68), existem três formas de dirigismo contratual: o legislativo, o judicial e o administrativo. No legislativo, são impostas normas que não poderão ser afastadas pela vontade das partes, estabelecendo limitações à liberdade de conclusão do contrato, de determinar o seu conteúdo e de escolher seu tipo, bem como proibições ou obrigatoriedade de contratar.

Quando o Estado limita a liberdade de concluir o contrato, impede que as partes contratantes, de forma recíproca e livre, escolham com quem contratar, onde contratar e como contratar. Essa imposição reflete condições de exclusividade e monopólio, como no caso de contratação de bens e serviços públicos, em que os fornecedores se encontram obrigados a contratar com todos os usuários e adquirentes que necessitem desses bens e serviços, em iguais condições (LÔBO, 1990, p. 64). A restrição à determinação de conteúdo diz respeito ao estabelecimento cogente, por parte do Estado, de condições essenciais do contrato, com a redação de cláusulas inderrogáveis pela vontade das partes. Tal modalidade ocorre em relações contratuais sujeitas a flutuações da economia dirigida, como os contratos de aluguel. A proibição de contratar depende da necessidade de intervenção do Estado, como ocorre nos casos de proibição de exportação ou importação de determinados bens estrangeiros, durante certo prazo de tempo, de modo a permitir que o governo administre a economia (LÔBO, 1990, p. 70). Por fim, existe a interferência mais radical na liberdade de contratar, na forma de “contratos compulsórios” ou “necessários”, (BITTAR, 1980, p. 253). Podem ser citados como exemplos a obrigação em contratar seguro para que veículo automotor possa transitar em vias terrestres, fluviais ou aéreas (LÔBO, 1990, p. 70), bem como a ação renovatória de locação comercial.

A segunda modalidade de dirigismo contratual é realizada pelo Poder Judiciário, o qual tem construído jurisprudência no sentido de buscar um maior equilíbrio contratual entre as partes (NOVAIS, 2000, p. 47). Foi por meio da intervenção dos tribunais que se resgatou princípios gerais do direito, como o instituto da boa-fé, aplicado antes mesmo de sua positivação no Código Civil de 2002.

Por fim, o terceiro modo de dirigismo contratual é o administrativo, que ocorre quando a Administração Pública, no exercício do poder regulamentar, interfere em determinadas contratações, especialmente aqueles vinculados ao interesse público, de modo a exigir-lhes registros próprios, bem como preços tabelados e controlados.

---

Tem-se, como exemplos, os contratos de transferência de tecnologia, que tratam sobre a cessão da propriedade intelectual (LÔBO, 1990, p. 74).

Observou-se, com a argumentação do segundo capítulo, aquilo que já se afirmou no primeiro: o aumento da complexidade do entorno social (ou seja, novas formas de economia, novos processos e instituições políticas), ao ser observado pelo sistema do Direito, faz com que este gere novos modos de julgar, mas que também aponte para novas necessidades legislativas ao sistema da Política. Em outras palavras: assim como novas leis, assim que percebidas pelo Direito como tendo sido elaboradas a partir da semântica anterior já fixada pelo sistema, são por este aceita. Porém, uma via contrária pode também ser percebida: juristas podem apontar novas necessidades no Direito, em razão da observação que estes fazem do entorno e do próprio sistema do Direito, fazendo com que leis novas devam ser editadas. Contudo, já se pode afirmar, preliminarmente, que a evolução das leis, da práxis jurídica e das próprias teorias jurídicas dependeram da observação da complexidade do entorno social – mas as decisões que provocaram mudança do sistema se deram com referência aos parâmetros do próprio sistema.

#### **4 NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO CONTRATUAL NO BRASIL**

O Código Napoleônico foi utilizado como modelo para as grandes codificações do século XIX, sendo que no Brasil teve forte influência na criação do Código Civil de 1916. Neste contexto, o direito privado é alçado como parâmetro superior para a regulação da maioria das condutas sociais, incluindo o ato de contratar, fazer circular as riquezas e adquirir bens, exercido sem restrições de ordem pública. Ao direito público era vedado interferir na esfera privada, deixando que o Código Civil assumisse o papel de estatuto único e monopolizador destas relações (TEPEDINO, 2004, p. 02). Sob influência do antigo modelo francês, o direito privado brasileiro absorveu suas ideais liberais e individualistas.

Engendrou-se, assim, o “fetichismo do Código Civil para as relações de direito privado” (TEPEDINO, 2000, p. 02). Descartava-se qualquer influência dos textos constitucionais, criando-se um sistema fechado, autossuficiente, exercendo uma

---

postura segregadora em relação às outras fontes de direito, em especial a do direito constitucional. Dessa forma, dita teoria propunha uma divisão fundamental entre direito público e privado, de modo que o primeiro referia-se apenas a normas reguladoras da organização do Estado, direcionadas à administração pública, enquanto que o segundo tratava das relações privadas. Essa separação do direito civil em relação ao direito público revelou-se, em pouco tempo, extremamente prejudicial. Enquanto o direito privado encontrava-se estagnado, atrelado ao liberalismo, o direito público acompanhava as transformações políticas, refletindo-se no direito constitucional.

Neste contexto é que se desenvolve o “neoconstitucionalismo”. Barroso (2009, p. 52) o identifica como um movimento fruto das transformações do direito constitucional contemporâneo. De acordo com o autor, é possível analisar estas transformações sob três aspectos: histórico, filosófico e teórico.

No mundo, o marco histórico do novo direito constitucional ocorreu no constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e Itália, dois países vítimas de regimes totalitários e que foram derrotados no conflito. Na Alemanha, durante o processo de redemocratização na década de 50, instaurou-se uma nova constituição (Lei Fundamental de Bonn) e um tribunal responsável por interpretá-la e garantir a sua aplicação (Tribunal Constitucional Federal Alemão). Na Itália, houve processo similar. As duas iniciativas inspiraram outras tantas, como a espanhola e a portuguesa, na década de 70 (BARROSO, 2009, p. 52).

No cenário brasileiro, o grande marco é sem dúvida a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, resultado da grande transformação social que aflorou com a abertura democrática. A Carta Magna brasileira representou o compromisso com uma nova ordem política e jurídica, sustentada pelo primado dos direitos fundamentais.

No aspecto filosófico, Barroso (2009, p. 52-53) relaciona o novo constitucionalismo ao “pós-positivismo”, corrente de pensamento que se situa na confluência de dois pensamentos jusfilosóficos opostos, o jusnaturalismo e o positivismo. O jusnaturalismo moderno tem origem no século XVI, e fundamenta-se na ideia de que existem princípios de justiça universais, inerentes à natureza racional humana. Foi com base nesta construção iluminista que as revoluções liberais

---

ocorreram, resultando na edição de documentos importantes que concretizaram a proteção aos direitos individuais, como a Constituição Norte-Americana (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) da França. No início do século XIX, um novo movimento tornou-se proeminente, o positivismo jurídico, que afastou do fenômeno jurídico os aspectos morais e passou a identificar o direito exclusivamente com a lei escrita. O apogeu deste modelo se deu justamente nos regimes totalitários nazista e fascista, que criaram sistemas jurídicos formais, hierarquizados e coerentes baseados na lei, porém capazes de servir como fundamento das piores barbáries contra a dignidade da pessoa humana. O “pós-positivismo” da segunda metade do século XX seria uma reconciliação da ética com o direito. Nas palavras de Barroso (2009, p. 54), este novo movimento condensa o que há de melhor nas duas tradições:

Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas [...]. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais.

Sob o ponto de vista teórico, Barroso (2009, p. 54-58) elenca três transformações. A primeira diz respeito ao reconhecimento da força normativa da Constituição. De acordo com Sarmiento (2009, p. 270), até a Segunda Guerra Mundial, a lei editada pelo parlamento era considerada como a fonte principal do direito. As Constituições eram vistas apenas como programas políticos que deveriam inspirar o legislador, mas não poderiam ser invocadas frente ao Poder Judiciário, em defesa de direitos (SARMENTO, 2009, p. 271). Na perspectiva do neoconstitucionalismo, o documento constitucional não é apenas uma carta política que dispõe sobre a organização do Estado, mas uma norma jurídica imperativa que deve ser aplicada.

A segunda refere-se à expansão da jurisdição constitucional. Até 1945, o modelo jurídico europeu era fundamentado na supremacia do Poder Legislativo. No novo processo de constitucionalização, com influência na experiência norte-americana, a supremacia deslocou-se para a Constituição (SARMENTO, 2009, p. 271). Neste contexto, os direitos fundamentais, impressos no texto constitucional, limitam a atuação do Poder Legislativo, blindando-se de possíveis perturbações

---

políticas. O Poder Judiciário assume a função de proteger a norma fundamental, por meio da jurisdição constitucional, consolidando a ideia de “Estado Democrático de Direito”. Preceitua Sarmiento (2009, p. 273) que a partir do novo paradigma, os magistrados foram obrigados a decidir questões de alta relevância para a sociedade, superando o modelo tradicional no qual o Judiciário era limitado a apenas reproduzir literalmente o direito positivo.

A terceira transformação relaciona-se com a nova interpretação constitucional, que inclui a utilização de princípios. As novas Constituições incorporaram elementos morais que o positivismo costumava desprezar, de modo que novas técnicas de interpretação tiveram que ser desenvolvidas para lidar com as aberturas e indeterminações semânticas (SARMENTO, 2009, p. 272).

O movimento do neoconstitucionalismo conduziu ao fenômeno da “constitucionalização do direito”. De acordo com Barroso (2009, p. 61), trata-se do efeito “expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Nas palavras do jurista, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição condicionam a validade e o sentido de todas as normas de caráter infraconstitucional, não somente na esfera pública, mas também na privada.

Uma das primeiras experiências da constitucionalização do direito privado ocorreu na Alemanha, por meio da atuação do Tribunal Federal Constitucional. Em 1958, um grupo de judeus liderados por Erich Lüth, iniciou uma campanha para boicotar um filme dirigido por Veit Harlan, antigo colaborador nazista. A produtora do filme ingressou com ação no judiciário alemão requerendo o fim do boicote, com base em um artigo genérico do Código Civil Alemão (BGB) que estabelecia a cessação de ato ilícito e reparação dos prejuízos causados. Parecia ser um caso simples que seria limitado a interesses particulares. Contudo, a Corte Constitucional Alemã, de maneira pioneira, afastou a incidência do dispositivo do Código Civil e privilegiou o direito fundamental à liberdade de expressão por parte do grupo de Lüth. O que parecia ser um caso simples, que iria ser resolvido apenas por particulares, tornou-se um marco na aplicação direta dos dispositivos constitucionais no direito privado. Outros casos emblemáticos surgiram na jurisprudência alemã, como a determinação da igualdade entre homem e mulher, que casou reflexo nos direitos dos ex-cônjuges, poder familiar

---

e nome de família, e entre filhos concebidos fora e dentro do casamento, que desencadeou mudanças no regime de filiação. Na Itália, houve experiência similar (BARROSO, 2009, p. 63-66).

No Brasil, somente após a promulgação da Constituição de 1988 é possível também identificar este processo de constitucionalização do direito privado. Tradicionalmente, no território brasileiro, o centro do ordenamento jurídico era o Código Civil de 1916, um símbolo do liberalismo, da ampla autonomia da vontade e da garantia irrestrita do poder de contratar. Não é mera coincidência que a principal norma jurídica que tratava sobre aspectos operacionais da teoria do direito, era conhecida até pouco tempo como “Lei de Introdução ao Código Civil”.<sup>1</sup>

Dessa forma, a Constituição de 1988 representa uma verdadeira revolução. De acordo com Streck (2005, p. 154; 159), em primeiro lugar, o documento constitucional conferiu à máquina estatal um papel transformador nunca antes visto, com a previsão de uma real efetivação dos aspectos sociais, em uma sociedade marcada pelo individualismo e que experimentou apenas um simulacro de conquistas sociais, inseridos apenas com objetivos autoritários. Em segundo lugar, revolucionou as teorias das fontes: a Constituição, incumbida de transformar a sociedade, não adota mais uma função secundária, tornando-se o vértice do ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, é possível dizer que a Constituição de 1988 materializa, de uma vez por todas, a justiça social no ordenamento jurídico brasileiro, marcado pela influência burguesa que durava séculos. Prevê em seu texto, que será garantido o direito à propriedade (art. 5º, XXII), desde que atenda a sua função social (art. 5º, XXIII). A propriedade é considerada como o principal aspecto do direito privado e foi regulada pela Constituição, que enfatizou seu aspecto coletivo. Tal situação confrontava diretamente com o Código Civil de 1916, que apesar de não ser mais o centro do sistema jurídico pátrio no momento pós-1988, ainda representava um assenhoramento dos ideais liberais e burgueses nas questões privadas. Neste contexto, o processo de constitucionalização do direito civil brasileiro parecia inevitável. Netto Lôbo (1999, p. 100) caracteriza tal movimento na conjuntura brasileira

---

<sup>1</sup> A lei foi renomeada em 2010 como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

---

como “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”.

Frente a um Código Civil anacrônico, que não freava a autonomia da vontade contratual frente aos interesses da sociedade, coube aos Tribunais aplicarem diretamente às normas constitucionais (KLEE, 2008, p. 91). Especificamente no direito contratual, o processo de constitucionalização do direito privado brasileiro atingiu seu ápice com a criação de dois importantes documentos legislativos, fortemente influenciados pelo contexto constitucional: o Código do Consumidor e o Código Civil de 2002.

O estabelecimento de um sistema normativo voltado à defesa do consumidor só é possível graças ao estímulo dado pelo poder constituinte de 1988. O artigo 5º, inciso XXXII, que dispõe que “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, é de grande importância, uma vez que alça a proteção e defesa do consumidor a uma condição de superioridade. Também é digno de nota o fato de que a ordem econômica brasileira, prevista no art. 170, inciso V, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, possui como princípios a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do consumidor. Por fim, menciona-se o fato de que o poder constituinte determinou, nos atos das disposições transitórias da Constituição (nº 48), a criação de um Código de Defesa do Consumidor, que veio a ser materializado na Lei nº 8.078/1990.

De acordo com Novais (2000, p. 39), a previsão do direito do consumidor pelo texto constitucional representou a consecução de uma verdadeira liberdade substancial e do equilíbrio e justiça no âmbito do direito contratual, até então palco de inúmeros abusos. Sua inclusão no âmbito constitucional da ordem pública brasileira também é relevante. A propriedade privada e a livre iniciativa, mencionadas na Constituição brasileira, são princípios claramente de inspirações liberais. Nesta circunstância, a inclusão da função social da propriedade e defesa do consumidor cria um interessante contraponto. O fato de que o ordenamento constitucional vigente, fruto de uma dinâmica neoconstitucionalista, compromete-se com a defesa do consumidor, uma parte considerada em posição de inferioridade, é um marco para o

---

direito contratual brasileiro, pois contraria diretamente sua tradição jurídica anacrônica baseada na liberdade contratual irrestrita.

A mera garantia da igualdade formal dos contratantes, fruto de um direito privado individualista, torna-se insustentável no ambiente do neoconstitucionalismo. Para efetivação do ímpeto transformador da Constituição de 1988, que previa a redução das desigualdades sociais, era necessária a efetivação de uma igualdade material: não mais apenas uma igualdade de condições no momento de contratar, mas uma paridade real entre as partes até o fim do contrato. De acordo com Netto Lôbo (1999, p. 102), “o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para a outra”.

Influenciado por este contexto neoconstitucionalista, o Código de Defesa do Consumidor prevê uma série de mecanismos de dirigismo contratual que buscam o equilíbrio dos negócios jurídicos, em prol da proteção da parte em desvantagem, o consumidor. Como exemplos de dirigismo contratual legislativo, observa-se a obrigatoriedade na interpretação das cláusulas contratuais em favor do consumidor (art. 47), a proibição das cláusulas abusivas (art. 51, 52 e 53), a necessidade do consumidor ser informado previamente do conteúdo do contrato sob pena de nulidade (art. 46), o tamanho mínimo para letra para contratos de adesão (art. 54, § 3º), entre outros. No que diz respeito ao dirigismo contratual judicial, menciona-se a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário das cláusulas contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas (art. 6º, V) e a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Quanto ao dirigismo contratual administrativo, é possível observar a existência de sanções administrativas para os fornecedores que violam sistematicamente os preceitos do código (art. 55 a 60).

A influência do direito constitucional no direito privado não foi apenas na formulação do Código de Defesa do Consumidor, mas também na edição do novo Código Civil. Os reflexos advindos da nova interpretação contratual fizeram-se notar no referido documento. Consoante o artigo 421 da lei citada, “a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Não mais se considera apenas a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, pois o contrato passou a ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação

---

dos interesses da coletividade (ARAUJO, 2006, p. 288), exigindo a observância do princípio da função social do contrato.

Pode-se observar, pois, com o neoconstitucionalismo pós-positivista, tendências evolutivas em processo de estabilização normativa no Brasil. Em primeiro lugar, pelo fato de que tendências ocorridas no entorno sócio-político e econômico (dentre outros modos de comunicar) passaram a ser observadas pelo Direito, e reparametrizadas internamente, neste, como necessidade de mudanças programáticas – o que é patente, por exemplo, na compreensão de que o Direito Privado não pode prescindir de considerações publicísticas constitucionais aplicadas não apenas às relações entre Estado e indivíduos ou pessoas morais, mas também, nas relações interindividuais, ou entre entes coletivos e indivíduos, ou ainda, entre pessoas morais.

## **CONCLUSÃO**

Os elementos do contrato, elemento estrutural chave do Direito Privado, passaram por relevantes alterações ao longo dos séculos. Com o advento da Revolução Francesa, o ato de contratar passou a ser vinculado ao exercício da liberdade individual, baseado em uma autonomia da vontade a ser exteriorizada de forma plena. Sob a égide do Estado Social interventor e mantenedor do bem estar da população, esta liberdade passou a ser limitada. Aqui, a divisão entre direito público e privado deixa de ser estanque, permitindo que o dinamismo do direito constitucional influencie, de maneira positiva, todos os aspectos do regulamento privado.

Neste cenário é que se desenvolve a teoria do neoconstitucionalismo, tendo a Constituição Federal de 1988 como o grande marco para uma nova interpretação do direito brasileiro. Com seu ímpeto reformador, rompeu as barreiras que impediam a influência do direito público no direito privado, permitindo a absorção de todas as conquistas sociais. A influência da Constituição na legislação infraconstitucional privatista, como por exemplo na criação do Código de Defesa do Consumidor, trouxe o coroamento da liberdade material contratual, por meio de uma autonomia da vontade limitada, exercida de acordo com o interesse coletivo.

---

Por isso a importância do direito enquanto fenômeno dinâmico: quando se percebeu que a plena autonomia da vontade criava uma grande desvantagem sobre uma das partes buscou-se, por meio do dirigismo contratual, o equilíbrio na relação. Assim, como forma de evitar o excesso nos contratos, necessitou-se reafirmar o papel de transformador da sociedade que incube ao direito desempenhar, inserido, agora, em um paradigma (neo)constitucional.

Mas é imprescindível informar, por último, que as mudanças observadas no Direito, no que tange à compreensão do que seja autonomia da vontade (e de como compreendê-la juridicamente) significaram uma tradução da cognição do entorno para parâmetros próprios do sistema do Direito, aumentando-se a complexidade interna deste em resposta reflexiva ao aumento da complexidade daquele. Porém, tal mudança se dá de modo autorreferente, autoconstituída – portanto, autopoietica.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **O Contrato e sua Função Institucional**. Studia Iuridica – Colloquia, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, v. 48, n. 6, p. 369-377, 1999/2000.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 279-292, jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, p. 51-91, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o direito contratual. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 66, p. 239-256, abr./jun. 1980.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUSTEL DE COULANGES, Numa. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

GROSSI, Paolo. **El Orden Jurídico Medieval**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

---

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 870, p. 81-104, abr. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Contrato e Mudança Social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995.

\_\_\_\_\_. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 52, ano 14, p. 64-78, abr./jun. 1990.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate, com colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. 2ª edição. Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sisitemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociales**: lineamientos para uma teoria general. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente**. In TEPEDINO, Gustavo (Org). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 17-54, 2000.

PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica “Rerum Novarum” do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários**. Disponível em <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em 14 set. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2012.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: QUARESMA, Regina (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-302, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades da superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário de Pós-Graduação em Direito da Unisinos - 2004*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In TEPEDINO, Gustavo (Org). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-16, 2000.

\_\_\_\_\_. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In TEPEDINO Gustavo (Org). *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-22, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.