



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

**OTAVIO AUGUSTO REIS SANTOS**

**O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE APLICADO À  
ANULABILIDADE NEGOCIAL**

---

LONDRINA  
2024

**OTAVIO AUGUSTO REIS SANTOS**

**O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE APLICADO À  
ANULABILIDADE NEGOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

LONDRINA  
2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

SANTOS, OTAVIO AUGUSTO REIS

O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE APLICADO À ANULABILIDADE NEGOCIAL / OTÁVIO AUGUSTO REIS SANTOS. - Londrina, 2024.

100 f.

Orientador: MARCOS ANTONIO STRIQUER SOARES. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Liberdade; 2. Anulabilidade; 3. Negócios Jurídicos; 4. Republicanismo; 5. Liberalismo - Tese. I. SOARES, MARCOS ANTONIO STRIQUER. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

**OTAVIO AUGUSTO REIS SANTOS**

**O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE APLICADO À  
ANULABILIDADE NEGOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer  
Soares  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Carolina Feliz Sarraf Ferri  
Universidade Federal do Paraná

---

Londrina, 17 de outubro de 2024

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais,  
Mauro e Rosana.

## **AGRADECIMENTOS**

Esperança e resiliência. Essa seria, em poucas palavras, a descrição da realização deste trabalho. Depois de mais de vinte tentativas de ingressar em um mestrado, quatro delas só na Universidade Estadual de Londrina, fui finalmente aceito, após seis anos de formado. A confiança das primeiras tentativas já estava abalada. De fato, por muito pouco não deixo de me apresentar na entrevista de admissão para poder assistir a um show de Alceu Valença, de quem sou grande fã e o qual ainda não tive oportunidade de ver pessoalmente. Seria só mais uma reprovação, pensei. Felizmente, Alceu pode esperar.

Agradeço aos meus pais, por todo o apoio e por acreditarem em meus projetos.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Marcos Antônio Striquer Soares, por ter concedido essa oportunidade.

Agradeço aos professores Dr<sup>a</sup>. Carolina Feliz Sarraf Ferri e Dr. Elve Miguel Cenci pelas valiosas contribuições nas bancas de qualificação e defesa deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos, Germano e Viviane, as primeiras amizades que fiz em Londrina, ainda na sala de espera para a entrevista de admissão no mestrado, pela companhia, risadas e descontrações já nas primeiras semanas vivendo em uma nova cidade. À eles se juntaram Taynah, Clarice e tantos outros amigos, de dentro e fora da Universidade, cuja lembrança guardarei com carinho.

Agradeço ao meu amigo e colega de orientação, Raul, por ter gentilmente me guiado nos primeiros contatos com o tema de pesquisa, me indicando livros e esclarecendo dúvidas.

Agradeço à Gislaine, quem eu pude conhecer durante o mestrado e decidir partilhar a vida.

Resiliência e esperança também se relacionam com o objeto deste estudo. O Republicanismo, em sua busca pela liberdade e defesa da democracia, mostrou a este estudante que a confiança no tempo e no processo é fundamental para que qualquer evolução tenha efeito.

A esperança tem duas filhas lindas: a indignação e a coragem. A indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las. (Santo Agostinho)

A nossa maior glória não reside no fato de nunca cairmos, mas sim em sempre nos levantarmos depois de cada queda. (Oliver Goldsmith)

## RESUMO

SANTOS, Otavio Augusto Reis. **O Modelo Brasileiro de Liberdade Aplicado à Anulabilidade Negocial**. 2024. 100 p. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2024.

Se concentrará no tratamento dado à anulabilidade negocial pelo Direito Brasileiro, relacionando a temática à teoria da liberdade. Como problema de pesquisa, buscará responder se a autonomia negocial, na atual conjuntura constitucional brasileira, se alinharia aos ideais liberais ou republicanos de liberdade. Como hipótese, sustenta-se que, diante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 – que instituíram princípios como os da boa-fé, função social dos contratos e dignidade da pessoa humana –, ambos os conceitos de liberdade podem ser aceitos, no entanto, em atenção à necessária segurança jurídica nas relações privadas, seria necessário eleger um modelo único, qual seja: a liberdade republicana. Isso porque, já não é possível que se privilegie a autonomia da vontade nos moldes propostos pelo liberalismo do século XIX, o que causaria a dominação de uns sobre outros e uma falsa sensação de liberdade. Terá por modelo teórico-conceitual, no campo dos negócios jurídicos, a doutrina construída por Pontes de Miranda em relação aos planos de existência, validade e eficácia – posteriormente desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello. Por sua vez, no que diz respeito aos fundamentos da liberdade, se baseará nos paradigmas desenvolvidos por Quentin Skinner e Philip Pettit, a partir de estudos de Benjamin Constant e Isaiah Berlin – especificamente em suas categorias de liberdade positiva (republicana), negativa (liberal) e não-dominação. Adotará abordagem dedutiva, lançando mão do procedimento bibliográfico; modalidade crítico-reconstrutiva. Como resultado, espera concluir que a ponderação entre o individual e o coletivo devem nortear a aplicação do Direito na busca pelo desenvolvimento socioeconômico. Com isso, o Direito Negocial se adequará aos valores constitucionais, especialmente em relação à proteção dos direitos fundamentais, sem, contudo, se afastar da defesa à livre iniciativa. A discussão tem relevância econômica, política e social.

**Palavras-chave:** Liberdade; Anulabilidade; Negócios Jurídicos; Republicanismo; Liberalismo.

## ABSTRACT

SANTOS, Otavio Augusto Reis. **The Brazilian Model of Freedom Applied to Negotiable Annulment**. 2024. 100 p. Dissertation of the Postgraduate Program in Business Law – Center for Applied Social Studies, State University of Londrina, Londrina, 2024.

It will focus on the treatment given to the nullity of negotiations by Brazilian Law, relating the topic to the theory of freedom. As a research problem, we will seek to answer whether the autonomy of negotiations, in the current Brazilian constitutional context, would be aligned with the liberal or republican ideals of freedom. As it may be, it is argued that, in view of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002 – which established principles such as good faith, the social function of contracts and the dignity of the human person –, both concepts of freedom can be accepted. However, in view of the need for legal certainty in private relations, it would be necessary to elect a single model, namely: republican freedom. This is because it is no longer possible to privilege the autonomy of the will in the molds proposed by 19th century liberalism, which would cause the domination of some over others and a false sense of freedom. It will use as its theoretical-conceptual model, in the field of legal transactions, the doctrine constructed by Pontes de Miranda in relation to the planes of existence, validity and effectiveness – later developed by Marcos Bernardes de Mello. In turn, with regard to the foundations of freedom, it will be based on the paradigms developed by Quentin Skinner and Philip Pettit, based on the studies of Benjamin Constant and Isaiah Berlin – specifically in their categories of positive (republican), negative (liberal) and non-domination freedom. It will adopt a deductive approach, using the bibliographic procedure; critical-reconstructive modality. As a result, it hopes to conclude that the weighing of the individual and the collective should guide the application of the Law in the search for socioeconomic development. With this, Negotiation Law will adapt to constitutional values, especially in relation to the protection of fundamental rights, without, however, moving away from the defense of free initiative. The discussion has economic, political and social relevance.

**Keywords:** Freedom; Annulment; Legal Transactions; Republicanism; Liberalism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA ANULABILIDADE NEGOCIAL</b> .....	12
2.1 TAXONOMIA JURÍDICA.....	16
2.2 NEGÓCIOS ANULÁVEIS .....	24
2.3 MODELO CIVILISTA BRASILEIRO.....	34
<b>3 CONCEITO DE LIBERDADE PARA LIBERAIS E REPUBLICANOS</b> .....	37
3.1 VISÕES DE LIBERDADE .....	37
3.2 LIBERALISMO .....	42
3.2.1 A Conquista dos Direitos Fundamentais .....	42
3.3 O RESGATE DO REPUBLICANISMO .....	48
3.3.1 O Papel da Escola de Cambridge e a Nova História das Ideias .....	48
3.3.2 As Raízes Republicanas do Renascimento .....	50
3.3.3 Republicanismo: Características e Oposições .....	54
3.4 SISTEMATIZAÇÕES DO CONCEITO DE LIBERDADE .....	58
3.5 LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO .....	63
<b>4 O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE</b> .....	70
4.1 REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	70
4.1.1 Escorço Histórico .....	74
4.1.2 Panorama Contemporâneo .....	78
4.2 LIBERDADE NEGOCIAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	80
4.2.1 Teoria das Anulabilidades Frente ao Panorama Constitucional.....	89
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	94
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	96

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se debruça sobre dois pares de ideias opostas cujos reflexos estão fortemente conectados. De um lado, a contraposição entre os conceitos liberal e republicano de liberdade; de outro, a permissão, ou não, da contratação de negócios anuláveis no direito brasileiro. Explica-se: ainda que regulamentados pela legislação civil, os negócios passíveis de anulabilidades, como o caso daquele que vende seu imóvel sem a anuência do cônjuge, encontram-se em uma zona cinzenta quanto a sua permissibilidade estatal. Deste modo, como se verá, alguns Estados Federativos se negam a apor sua chancela sobre estes atos, enquanto outros não, divergência essa que gera insegurança jurídica. Defende-se neste trabalho que a solução para a questão se encontra no conceito de liberdade utilizado pelo Estado Brasileiro no âmbito negocial. Isso porque, conforme a visão adotada, ambas as possibilidades podem ser defendidas. Por fim, o trabalho conclui pela adoção de uma visão republicana de liberdade e a proibição da lavratura de atos anuláveis com a concordância estatal.

O trabalho se inicia com a apresentação da teoria dos negócios jurídicos, focando-se no âmbito das anulabilidades e no impasse quanto a sua permissibilidade pelos Estados, apresentando as soluções divergentes sobre o caso. Para tanto, utiliza-se de trabalhos seminais sobre o tema, como o de Francisco Pontes de Miranda.

Após apresentar o problema inicial, o estudo passa, com a finalidade de elucidar a questão, a investigar as diferentes teorias sobre a liberdade, cujos efeitos refletem sobre a própria liberdade negocial debatida no âmbito das anulabilidades. São contrapostas as teorias liberal e republicana sobre a liberdade, além do arcabouço investigativo acerca do tema.

No último capítulo, com o intuito de unir os debates, apresenta-se o panorama no qual a Constituição Federativa do Brasil foi concebida. Demonstra-se que o momento democrático de 1988 possibilitou uma dualidade quanto ao conceito de liberdade, misturando aspectos liberais e republicanos. Essa ambiguidade, no entanto, entra em conflito no campo das anulabilidades, uma vez que é causadora do dilema aqui debatido.

## 2 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA ANULABILIDADE NEGOCIAL

A doutrina contemporânea diverge quanto ao fato de os antigos romanos terem, ou não, conhecimento do conceito de negócio jurídico. Majoritariamente, acredita-se que não, isso levando em consideração o caráter eminentemente pragmático dos jurisconsultos romanos, mais voltados à resolução de problemas práticos do que às abstrações teóricas. Por outro lado, parcela dos estudiosos defende que esse conceito era sim conhecido, tendo em vista que, apesar de não previsto explicitamente em suas fontes, os juristas romanos agruparam logicamente as várias formas da manifestação da vontade, prevendo inclusive institutos intimamente conectados à noção de negócio jurídico, como o dolo, a representação, a condição e a violência negocial. “Tanto assim que se considera legítima, quando se estuda o negócio jurídico, no direito romano, a integração do pensamento jurídico romano com a doutrina posterior, bizantina, medieval e moderna”<sup>1</sup> – profundamente influenciadas pelos textos romanos.

Já neste tempo, alguns conceitos afetos às contemporâneas limitações à liberdade privada eram aplicados pela jurisprudência romana. Era o caso, por exemplo, da função social da propriedade privada, legitimadora da usucapião de bens imóveis abandonados por seus legítimos proprietários. A doutrina reconhecia que aquele que tornou produtiva a terra, ainda que sem o título adequado, estaria desempenhando um benefício maior à sociedade do que aquele que se distancia de seus bens. Dessa forma, “o Direito Romano a princípio admitira a aquisição por usucapião até de dois anos (Lei das XII Tábuas) e mais tarde exigia 10 e 20 anos (Codificação Justinianeia do século VI). Alguns sistemas jurídicos [...] elevam a trinta para os imóveis”<sup>2</sup>.

Percebe-se que, desde muito antes das insurgências sociais do século XIX e seus posteriores desdobramentos, a autonomia individual já era limitada em nome da coletividade, como no longínquo ano de 451 a.C., quando as XII Tábuas foram estatuídas após longas lutas e reivindicações plebeias por igualdade social em Roma em sua passagem da Monarquia para a República. Possivelmente inspiradas

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 23.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 4: Direitos Reais. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 137.

pelas, ainda mais antigas, Leis de Sólon praticadas nas Colônias Gregas de então, as Tábuas foram resultado de uma mudança de regime político e de sua incongruência com as leis vigentes à época, cuja lógica monárquica perpetuava as diferenças de classe. Essa, cerca de dois mil anos depois, também foi a inspiração das codificações da Idade Moderna, ainda que a preocupação com a liberdade, neste momento, tenha surtido desdobramentos diversos.

Também a boa-fé negocial é um instituto de raiz romanística. A noção de fides, para os romanos, possuía diversos sentidos, remontando à confiança, amparo, lealdade e, especificamente, colaboração e auxílio mútuo (nas relações entre iguais) e proteção (nas relações entre desiguais)<sup>3</sup>. Representava cláusula de tutela nas atividades negociais e um princípio de integração dos deveres contratuais. Tem especial relevância, em uma perspectiva moderna, a concepção da fides na relação assimétrica entre patrícios (cidadãos livres) e seus clientes (cliens, ou aquele desprovido de liberdade, servos), em que havia o dever de proteção por parte do patrão nas tratativas com seu empregado – algo semelhante às contemporâneas limitações ao poder de contratar no âmbito trabalhista.

Por sua vez, ao negociarem entre iguais, a ideia de fides obrigava que os patrícios romanos agissem sob determinados parâmetros, “de modo que a fides como dever de auxílio operava, em ambas, como lealdade mútua ou mútua colaboração, consistindo, por vezes, em cumprir com o máximo de forças os deveres de que se estava incumbido”<sup>4</sup>. A manutenção da palavra dada representava uma das mais altas virtudes cívicas, geradora de respeito social e boa reputação. Garantia, portanto, o estado de confiança na sociedade.

Modernamente, credita-se à Hugo Grócio, um dos pais do jusnaturalismo e do Direito Internacional, estudando a força vinculativa da declaração da vontade, a criação do conceito de negócio jurídico, o que posteriormente seria aperfeiçoado e sistematizado pelos pandectistas alemães no século XIX sob influência do positivismo científico, cujas pretensões, avessas aos valores extrajurídicos como a religião e a moral, afastaram-nos das primeiras impressões do jusnaturalismo de Grócio. “Foi num ambiente científico dessa natureza que os pandectistas, reelaborando os textos do direito romano justinianeu, levando ao extremo o

---

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 39.

processo de generalização e de abstração, construíram a figura do negócio jurídico”<sup>5</sup>. Figura essa, ressaltada-se, influenciada pela ideologia de então.

Ocorre que, antes disso, as ideias do Renascimento e Iluminismo já haviam enviesado a concepção dos juristas para um alargamento do conceito de liberdade privada e autonomia da vontade segundo os esforços burgueses em seu rompimento com o clero e a monarquia. Nesse ambiente, o liberalismo, em sua busca pela superação do antigo regime, fez da liberdade o valor máximo em matéria de Direito Privado.

O ápice deste movimento, ao lado da Revolução e Independência Americanas, foi a Revolução Francesa, cujo desdobramento mais pertinente à temática deste estudo é a edição, em 1804, do Código Civil Francês, o *Code Napoleon*, que apesar de inspirado em experiências anteriores de codificação – como as codificações bávara e russa feitas no século anterior – foi o primeiro a alçar a liberdade aos patamares que posteriormente foram reproduzidos por diversas outras nações desenvolvidas. “A liberdade contratual, assim, veio a tornar-se uma filha querida dos juristas da revolução aludida, que, de logo, a promoveram a princípio, pois que acreditavam que a liberdade era o melhor meio de organizar a coletividade, [...] antítese ao feudalismo”<sup>6</sup>.

Considerava-se o Código Civil como a Constituição do direito privado. “O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir”<sup>7</sup>. A dimensão tomada pelo Código – com superioridade sobre qualquer outro diploma – e a crença, quase religiosa, no individualismo, marcaram profundamente este período.

No entanto, já em fins do século XIX, na Europa, e destacadamente a partir do final do século XX, no Brasil, esta visão começa a entrar em declínio em decorrência da instabilidade e insegurança social que se originou na economia. A concentração excessiva de renda e as péssimas condições de vida e trabalho experimentadas pela maior parte da população fizeram eclodir movimentos sociais

---

<sup>4</sup> Ibid. p. 41.

<sup>5</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 25.

<sup>6</sup> FALCÃO, Alcino Pinto. **Um Caso de Ajustamento do Direito Privado ao Regime Político Liberdade Contratual**. In. Revista dos Tribunais RT 406/351 ago.,1969.

reivindicando do Estado um maior intervencionismo econômico, a fim de garantir melhores oportunidades para todos. Isso foi ainda mais intensificado pela chegada da Primeira Guerra Mundial, cujos efeitos limitaram a oferta de produtos<sup>8</sup>. Esse fato, aliado ao rápido advento de uma nova grande guerra duas décadas depois, com ainda maiores agressões aos Direitos Humanos, fez com que os Estados não tivessem alternativas a não ser repensar o liberalismo.

Sobre o tema, Teresa Negreiros<sup>9</sup>, sem descuidar da autonomia da vontade e sua indissociabilidade do âmbito privado, ainda que mitigada por novos valores, observa que:

Reconhece-se, pois, a necessidade de rever o âmbito da autonomia privada no campo das relações jurídicas patrimoniais. Neste sentido, fala-se em "limites" à soberania da vontade individual, "restrições" à liberdade contratual, ampliação do conceito de ordem pública, regimes "especiais" ou "excepcionais" de tutela da parte fraca em certas relações contratuais..., supondo-se que, afora intervenções pontuais, o significado e a função do direito civil permanecem indissociavelmente ligados à proteção de interesses privados, cujo conteúdo compete aos próprios indivíduos determinar, melhores juízes que são de seu próprio bem-estar.

Nesse contexto, em um movimento de afirmação das Constituições, os Códigos deixam de ter preponderância e passam a se submeter a princípios superiores em nome da coletividade. O movimento que, após a Segunda Guerra Mundial, ficou conhecido como Neoconstitucionalismo veio acompanhado de valores como a dignidade da pessoa humana, a função social e, principalmente, a promoção dos Direitos Fundamentais sob o manto da democracia. Dessa forma, o Código Civil abandona seu antigo "papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade"<sup>10</sup>.

A limitação da atividade econômica, a organização familiar e a função social da propriedade e dos contratos, antes matérias tipicamente reguladas pela legislação civil, passam também a fazer parte do regramento constitucional, para o qual se submetem hierarquicamente. "Por outras palavras, a releitura, à luz da

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil**. In.: RDE Revista de Direito do Estado Ano 1 n° 2: 37-53 abr/jun, 2006, p. 36.

<sup>8</sup> Ibid. p. 39.

<sup>9</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

Constituição, da dogmática civil, com base na sua funcionalização à promoção dos valores existenciais, leva a que o critério da utilidade dos bens seja também considerado em função dos interesses existenciais”<sup>11</sup>.

## 2.1 TAXIONOMIA JURÍDICA

No Brasil, se deve a Pontes de Miranda, inspirado pela doutrina alemã, o estudo analítico dos negócios jurídicos, no que foi seguido por muitos outros autores de renome e que se valeram de suas sistematizações. “Pontes de Miranda desenvolveu, seguindo uma lógica impecável, uma sistematização do fenômeno jurídico que não encontra paralelo na doutrina jurídica mundial. Elaborou, portanto, uma nova e singular teoria jurídica, lastreada em conceitos inéditos.”<sup>12</sup> Se deve a ele a chamada Escala Ponteana, batizada em seu nome, que classifica os negócios jurídicos pelos planos da existência, validade e eficácia.

Mas antes de adentrar aos negócios jurídicos, Pontes de Miranda inicia sua análise pelo próprio fato jurídico em sentido lato, passando pelos atos jurídicos em sentido estrito e chegando finalmente aos negócios. Essa sistematização, inédita até então, tem, além de rigor teórico, grande apreço pragmático, auxiliando desde então gerações de juristas a compreenderem o fenômeno jurídico. “Deve-se, porém, a Pontes de Miranda, a melhor conceituação do fato jurídico, porque, analisando os seus elementos estruturais essenciais, fixou-lhe o contorno de modo preciso e definitivo.”<sup>13</sup> Pontes de Miranda demonstra que este é o suporte fático sobre o qual incide a norma jurídica, diferenciando-se de um mero fato natural.

Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos, a precisão classificatória, segundo a rigorosa aplicação do critério de individualizá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir

---

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil. In.: RDE Revista de Direito do Estado Ano 1 nº 2: 37-53 abr/jun, 2006, p. 41.

<sup>11</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 516.

<sup>12</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 373.

<sup>13</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 150.

dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) a conformidade ou não conformidade do fato jurídico com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica. Esse critério, que tem indiscutível caráter científico, uma vez que se funda em dado invariável do fato jurídico (o elemento cerne do suporte fático hipotético), conduz a que se possa classificar qualquer de suas espécies com um grau de certeza praticamente absoluto.<sup>14</sup>

A queda de uma árvore na mata sem que ninguém a veja, não pode ser considerada um fato jurídico. Se esta árvore causa danos a alguém, no entanto, a situação seria contrária. Para Emílio Betti, o que diferencia os fatos jurídicos é que estes são “aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas.”<sup>15</sup> Por sua vez, os fatos jurídicos podem ser divididos entre fatos jurídicos em sentido estrito (fatos naturais) e atos jurídicos. Estes últimos, os atos jurídicos, são os fatos jurídicos voluntários, ou seja, aqueles advindos da vontade de um sujeito.

Os atos jurídicos podem ser lícitos ou ilícitos, na medida em que a ação emanada da vontade humana se ajusta ou não ao ordenamento. “Essencialmente ilícito é o fato doloso ou culposos que causa um dano injusto. Nem todos os fatos não conformes ao ordenamento são ilícitos, porque nem todo o ordenamento é composto de normas imperativas, de princípios de ordem pública e de bom costume.”<sup>16</sup> Isso porque, algumas normas são dispositivas, podendo ser derogadas pelos sujeitos sem que estes estejam infringindo a lei. Nesta categoria se incluiriam, por exemplo, as normas relativas aos atos anuláveis. Ainda que não conforme com a lei, estes não poderiam ser considerados propriamente ilegais.

A este respeito, Pontes de Miranda ensina que:

Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa, ou houve o ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dele. Se não houve ato humano, não se pode pensar em “ato” ilícito. A noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se esse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos. Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito;

---

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 156.

<sup>15</sup> BETTI, Emílio. **Teoria do Negócio Jurídico**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 33.

<sup>16</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 92.

com ele, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano. Ato-fato jurídico ilícito. Pode dar-se que o ato se dê, mas o direito só lhe aprecie o fato: isto é, o ato entra no mundo jurídico como fato, e não como ato. O ato praticado em estado de necessidade é ato-fato; não, porém, ato-fato ilícito (não é contrário a direito). Os atos dos loucos e outros absolutamente incapazes, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos (cf. Código suíço das Obrigações, art. 54; Código Civil alemão, § 829). A condenação pelo mau uso da propriedade é ato-fato ilícito.<sup>17</sup>

Assim, não basta que o ato tenha advindo de um ser humano, mas que tenha advindo de sua vontade livre e esclarecida. Se, preenchidos estes requisitos, o ato ainda for contrário a norma cogente, estar-se-á diante de ato ilegal e sujeito à reparação.

Indo adiante dentro da classificação do fenômeno jurídico, o ato pode ser considerado um negócio quando existe um acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos, existindo ainda os negócios de declaração unilateral de vontade, mas que ainda assim ligam dois ou mais participantes. “O conceito do negócio como ato pelo qual o indivíduo regula os seus interesses nas relações com os outros é, também, o único que permite estabelecer um critério diferencial satisfatório entre ele e os outros atos lícitos de diferente natureza.”<sup>18</sup> Essa, portanto, – a inter-relação entre direitos de sujeitos distintos – é a característica que distingue atos jurídicos lícitos em sentido estrito dos negócios jurídicos.

A doutrina dá conta de que o termo “negócio jurídico” foi cunhado ainda no século XIX pelos pandectistas alemães, consolidando uma expressão que vinha sendo usada pelos jusnaturalistas desde o século XVIII. Essa gestação destacava a liberdade de escolha e autorregulamentação desta espécie de ato jurídico. Evidencia-se, pois, sua inspiração liberal, “cuja característica mais notável consistia na preservação da liberdade individual, a mais ampla possível, diante do Estado. Por isso, concebeu-se o negócio jurídico como instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites.”<sup>19</sup> A este tempo, a associação do negócio jurídico com a autonomia da vontade era tão forte, que posteriormente, sob a doutrina de Hans Kelsen, passou-

---

<sup>17</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Bens, Fatos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 317.

<sup>18</sup> BETTI, Emílio. **Teoria do Negócio Jurídico**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 118.

<sup>19</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 204.

se a sustentar que o negócio jurídico criava verdadeiras leis entre as partes, algo que ainda hoje ressoa.

Ainda sobre o esclarecimento do emitente do ato negocial, salienta-se que este precisa estar ajustado a certas condições a que a lei atribui os requisitos para produção de efeitos jurídicos. Desse modo, o negócio jurídico “não é um simples fato, no qual a norma jurídica leva em consideração a existência de vontade (um ato); ele é mais do que isso; ele é uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias”.<sup>20</sup> Isso faz com que o negócio jurídico não seja uma simples declaração de palavras, mas sim uma manifestação de vontade qualificada.

Criticando a visão que identifica o negócio jurídico com a relação entre sujeitos, parte da doutrina chama atenção para o papel das situações subjetivas como as verdadeiras ancoras do negócio, ainda que com substituição ou multiplicidade de sujeitos. “Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos.”<sup>21</sup> São variados os exemplos práticos, entre eles, a situação entre *de cuius* e herdeiro que é também credor do defunto; também a do devedor (emitente) de título de crédito que recebe, por endosso, a titularidade do título, confundindo-se, em ambos os casos a figura de credor e devedor. A rigor, isso mostra que o negócio jurídico não se dá propriamente entre sujeitos, que podem ser a mesma pessoa, mas sim entre situações subjetivas.

Atualmente, a regulamentação dos negócios jurídicos se distingue daquela empregada no passado. A evolução social fez com que o Estado passasse a influenciar com mais vigor essas relações intersubjetivas. “Fica patente que a teoria do negócio jurídico, tendo sido formulada no século XIX, não pode permanecer atual quando os padrões jurídicos sofreram tantas e tamanhas modificações à força da influência das mutações experimentadas pelos arquétipos sociais.”<sup>22</sup> No entanto,

---

<sup>20</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 114.

<sup>22</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 206.

ainda assim se fazem úteis os conceitos e sistematizações criadas em mais de dois séculos de estudos civilísticos.

Isso é verificado, mais uma vez, pelos ensinamentos de Pontes de Miranda ao comentar o assunto:

Todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações ou exceções. Essa projeção eficaz do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, — parecendo-se com a projeção eficaz das leis no tempo. Porém sem que se possa tirar dessa aparência qualquer assimilação, menos ainda identificação. O que os interessados no negócio jurídico estabelecem não é mais do que eficácia do negócio jurídico; não é, sequer, vontade que permanece, nem se há de confundir à vontade, que traçou a conduta futura e o futuro do próprio negócio jurídico, com a eficácia do negócio jurídico que aponta essa conduta e faz preestabelecido o futuro do negócio jurídico. Por vezes, é preciso que o conteúdo e o futuro da eficácia do negócio jurídico sejam previstos claramente; daí a técnica legislativa adotar a) regras jurídicas dispositivas, regras jurídicas "preenchantes", que tomem o lugar das manifestações de vontade que deveriam ter sido feitas num ou noutro sentido e não no foram, e b) regras jurídicas interpretativas, que sirvam, na dúvida, para se entender o que foi que quiseram os manifestantes obscuros. Regras jurídicas somente para os casos em que se não haja adotado alguma declaração, ou manifestação, — as regras jurídicas dispositivas nada sofrem com ficarem sem incidência. Elas-mesmas se marcaram êsses limites. São normas para se encher vazio de declaração ou de manifestação de vontade. As regras jurídicas interpretativas nada dispõem: resolvem dúvida, que o próprio manifestante deixou.<sup>23</sup>

Neste ponto, a doutrina de Pontes de Miranda apresenta os planos da existência, validade e eficácia pelo qual ficou conhecida, auxiliando sobremaneira o estudo dos negócios jurídicos na medida em que facilita a visualização de seus elementos, no que é essencial para o presente trabalho. Essa doutrina foi desenvolvida com base no acervo jurídico ocidental, desde os romanos até os autores alemães dos séculos XVII à XIX, sem, contudo, se resumir a uma mera tradução.<sup>24</sup> Fez isso não de uma forma abstrata e sem utilidade prática, mas sim voltada ao mundo da experiência.

Nesta teoria, o negócio jurídico pode ser analisado em seus elementos, requisitos e fatores. Sobre o assunto, Antônio Junqueira de Azevedo ensina que “elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe, que, por outro lado,

<sup>23</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Negócios Jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62.

<sup>24</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 372.

requisitos são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte.”<sup>25</sup> Dessa forma, prossegue o autor, o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.

O plano da existência pode ser considerado a âncora de todo o modelo. Para que o ato seja válido e eficaz, ele precisa ao menos existir. Isso faz com que o plano da existência seja composto pelos elementos constitutivos, ou essenciais, do negócio jurídico. Em uma compra e venda, por exemplo, os elementos de existência do negócio seriam a coisa que se vende e compra, o preço ajustado e o consentimento entre as partes. “No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência.”<sup>26</sup> Se não há suporte fático, o fato não entra no mundo da existência, não havendo o próprio fato jurídico.

Como exemplo de ato inexistente, tem-se a situação do casamento realizado por autoridade incompetente, como um delegado de polícia. Seu suporte fático não se realiza, não havendo que se discutir se o mesmo é nulo ou ineficaz, nem mesmo buscar sua desconstituição judicial, uma vez que não chegou nem mesmo a ser constituído. Tendo em vista a não existência do negócio jurídico, o mesmo não pode ser qualificado, levando a conclusão de que a existência é premissa para todas as demais situações jurídicas dos planos posteriores.

Neste ponto, é preciso um esclarecimento. O plano da existência abrange todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, nulos ou anuláveis, eficazes e ineficazes. Por sua vez, podem ser analisados quanto à validade apenas os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, sendo estes os únicos passivos de invalidade. Já quanto à eficácia, podem ser analisados todos os atos jurídicos *lato sensu*, entre eles os negócios jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, atos anuláveis e ilícitos, bem como os nulos a qual a lei admite algum efeito jurídico.

---

<sup>25</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

<sup>26</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 140.

Todos estes possuem algum tipo de eficácia. “É evidente que se pode falar de uma ineficácia em sentido amplo, que abranja todas as situações em que o fato jurídico não produza efeito, inclusive durante a pendência de condições suspensivas. Nesse sentido estariam compreendidas a nulidade e a ineficácia em sentido estrito”.<sup>27</sup> No entanto, este tratamento indistinto pode levar a equívocos, como ambiguidades, confundindo-se, por exemplo, a inexistência com a ineficácia, atrapalhando uma análise científica do fato. Existir, ser válido e ser eficaz são situações muito distintas e com consequências igualmente diversas.

Sobre a distinção, Pontes de Miranda é categórico:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos. Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.<sup>28</sup>

Ao analisarmos, por conseguinte, a validade dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, qualificamos a perfeição destes com o direito posto. “Plano da validade, assim, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de défice nos elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos que influem na sua perfeição, implicando serem válidos ou inválidos.”<sup>29</sup> Uma vez que se encontra existente, podemos investigar se os elementos do ato ou negócio jurídico se adequa ao disposto no regramento legal. O plano da validade será analisado mais extensamente no próximo tópico, uma vez que compõe parte essencial deste trabalho.

---

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 145.

<sup>28</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Validade, Nulidade, Anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

<sup>29</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 34.

Já a eficácia do ato jurídico representa a capacidade que este ato possui de produzir efeitos. Este é o terceiro e último plano a ser analisado pelo jurista. “Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.”<sup>30</sup> A situação normal é a do ato válido e eficaz. No entanto, estes planos não podem ser confundidos. Existe a situação de atos válidos e ineficazes, como o caso da doação sujeita a condição suspensiva. Bem como a dos atos nulos e eficazes, quando a lei assim dispuser.

Por sua vez, a ineficácia jurídica pode ser entendida como a inaptidão, temporária ou não, de um fato jurídico produzir os efeitos que lhe são esperados. Em sentido lato, pode ser compreendida como toda situação em que o ato não produz seus efeitos, até mesmo nos casos de nulidade e anulabilidade, como já criticado pela doutrina diante de possíveis ambiguidade. Já em seu sentido estrito, a expressão é utilizada para os atos que ainda não surtiram seus efeitos, como nos testamentos antes do falecimento do testador ou nos negócios sob condição suspensiva, além dos atos que já produziram os efeitos esperados. Como dito, costuma-se confundir ineficácia com inexistência e invalidade dos atos jurídicos, o que não prevalece. Dizer que a ineficácia é consequência da inexistência, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, “importa reprovável redundância, porque o que não existe já por si não pode produzir efeito. Por outro lado, dizer que ato inexistente é ineficaz implica incontornável contrassenso, precisamente porque o que não existe não pode ser qualificado.”<sup>31</sup> O exemplo também vale para o plano da validade, que, como visto, nem sempre coincide com o da eficácia.

Pontes de Miranda já se preocupava com a confusão entre os termos quando da edição de seu tratado civilístico. “A confusão entre nulidade e ineficácia agravou-se no direito comum. Chegou-se a definir o nulo pelo ineficaz (nulo igual ao que não tem efeitos) e chamou-se de nulos a muitos casos de ineficácia sem nulidade.”<sup>32</sup> O autor aponta, entretanto, que o conceito de eficácia não é unitário, possuindo várias

---

<sup>30</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

<sup>31</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 69.

<sup>32</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Validade, Nulidade, Anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88.

acepções, inclusive na doutrina estrangeira. Mas, diante das inconveniências da ambiguidade, prefere-se optar pela estreita delimitação dos termos e conceitos jurídicos.

Demonstrando a divergência doutrinária, Maurício Bunazar apresenta uma outra leitura:

A ineficácia é uma característica de dado ato – ou, no caso da inexistência, da aparência de ato – jurídico preceptivo; é, portanto, um “sintoma” que impõe ao intérprete a análise de sua causa. As categorias jurídicas da inexistência e da invalidade são próximas, a ponto de terem levado, e ainda levarem, muitos autores a identificá-las ou, pelo menos, a negarem utilidade na diferenciação. O que ambas têm em comum é a situação jurídica de ineficácia, a qual é consequência insofismável da inexistência e consequência potencial da invalidade. A ineficácia é a situação jurídica que se caracteriza em razão de um ato jurídico preceptivo não produzir, ou não produzir de algum modo, seus efeitos típicos. [...] Sendo a invalidade uma das hipóteses de supressão retroativa da eficácia de ato jurídico preceptivo, é necessário buscar uma sistematização a mais coerente possível do fenômeno da ineficacização ou deseficacização, como preferem alguns. Por ineficacização, quer-se significar o fenômeno de supressão retroativa da eficácia de dado ato preceptivo, excluindo-se do sentido da expressão o fenômeno da simples cessação da eficácia, por exemplo, por meio do distrato ou da rescisão unilateral.<sup>33</sup>

Essa conexão com os efeitos jurídicos das invalidades leva ao tema do próximo tópico, em que se esmiuçar as invalidades negociais e seus reflexos práticos para então se poder analisar a extensão da liberdade em contratar quando presentes essas situações.

## 2.2 NEGÓCIOS ANULÁVEIS

Até aqui exploramos a evolução do conceito de negócios jurídicos e a sistematização criada pela doutrina para o estudo de seus elementos. Este trabalho inicial foi desenvolvido para que se melhor visualize o cerne do estudo, que busca esmiuçar especificamente a situação jurídica dos negócios anuláveis e o grau de liberdade envolvido em sua regulamentação. O plano da validade, portanto, é parte essencial neste esforço.

---

<sup>33</sup> BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 135.

Validade pode apresentar diversos sentidos, identificando-se com o plano lógico do dever-ser, no qual se insere o Direito, em oposição ao plano da causalidade física. Também podendo se referir à conformidade do Direito com seus próprios fundamentos. Já no âmbito sociológico, validade pode dizer respeito à aceitação e aplicação da norma pela comunidade, ainda que variem as interpretações da extensão desse tipo de validade conforme a corrente de pensamento de cada autor. Por fim, validade pode se referir à conformidade da própria norma ao seu sistema legal. Nessa última acepção, fala-se em legalidade ou ilegalidade, constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Apesar de todas essas acepções para a palavra validade, outras expressões podem melhor se referir aos sentidos supra apresentados, livrando o intérprete do risco da ambiguidade. Desse modo, prefere-se utilizar as expressões: legitimidade do direito; efetividade do direito; ou vigência do direito conforme a acepção que pretende o locutor. “Em rigor, para evitar a evidente ambiguidade terminológica que resulta do emprego do vocábulo validade, parece-nos que valência deve ser a palavra adequada para expressar, genericamente, esses aspectos do fenômeno jurídico.”<sup>34</sup> A palavra validade, portanto, deve ser utilizada para se referir unicamente à perfeição dos atos jurídicos frente ao direito positivo em análise, ou a dimensão dogmática do direito.

O plano da validade é entendido, assim, como aquele em que se analisa o papel da vontade na formação dos atos e negócios jurídicos. “O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio.”<sup>35</sup> Ao autorizar as partes a declararem suas vontades para a produção de certos efeitos, o ordenamento jurídico exige certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros. O cumprimento, ou não, de tais exigências é o que torna o ato ou negócio válido ou inválido diante do ordenamento.

Emílio Betti esclarece que:

Qualifica-se, propriamente, de inválido, ou seja, desprovido (em definitivo) de valor preceptivo, o negócio a que falte, ou em que esteja viciado, algum

---

<sup>34</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 34.

<sup>35</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

dos elementos essenciais, ou em que não exista um dos pressupostos necessários, constitutivos do tipo de negócio a que ele pertence. A invalidade é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo, que provém da lógica correlação estabelecida entre requisitos e efeitos, no mecanismo da norma jurídica, e é, ao mesmo tempo, sanção do ônus imposto à autonomia privada de escolher meios idôneos para atingir os seus escopos de regulamentação dos interesses. Qualifica-se, pelo contrário, como simplesmente ineficaz, o negócio em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fatos a ele extrínseca. Invalidade e ineficácia, assim caracterizadas, representam, portanto, a solução que o direito é chamado a dar a dois problemas de tratamento essencialmente diferentes. A invalidade é o tratamento que corresponde a uma carência intrínseca do negócio, no seu conteúdo preceptivo; a ineficácia, pelo contrário, apresenta-se como a resposta mais adequada a um impedimento do caráter extrínseco, que incida sobre o projetado regulamento de interesses, na sua realização prática.<sup>36</sup>

Dentro dessas carências intrínsecas dos negócios jurídicos, diferenciam-se as que correspondem a nulidades ou a anulabilidades, conforme o interesse tutelado e as consequências daí advindas. Enquanto as nulidades se voltam as questões de ordem pública, não podendo ser derogadas, as anulabilidades tutelam interesses privados daqueles atingidos pelo negócio, podendo ser afastadas caso haja desinteresse dos afetados em desconstituir o negócio.

Ambos os defeitos só são possíveis após sua entrada no plano da existência. “O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico), não há distingui-los.”<sup>37</sup> A distinção, portanto, se faz no plano da validade. Para a distinção, leva-se em consideração a maior ou menor gravidade do defeito. Muitas vezes, o peso que se dá à cada situação pelo Direito, enquadrando-as em uma ou outra classificação, advém de causas históricas e influências de sistemas jurídicos diferentes (germânico, canônico etc.), cujos reflexos perduram modernamente por força da tradição.

Diante das muitas diferenciações entres os atos nulos e anuláveis, pode-se afirmar que “a única diferença fundamental entre elas é que o ato jurídico preceptivo nulo é tendencialmente instável, enquanto o ato jurídico preceptivo anulável é sempre estabilizável. Todas as demais distinções apontadas pela doutrina são

---

<sup>36</sup> BETTI, Emílio. **Teoria do Negócio Jurídico**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 655.

corolários mais ou menos exatos dessa diferença estrutural”.<sup>38</sup> Essa afirmação evita as críticas que possam se tecer sobre a variabilidade de condições que cercam uma ou outra categoria. Diante das opções históricas e da tradição jurídica acima apontadas, nem sempre se pode afirmar com precisão o que difere cada uma das opções legislativas. Apesar disso, como de destacará abaixo, existe farta doutrina a respeito das características de cada uma.

Ambos os casos, de nulidade a anulabilidade, refletem a opção legislativa acerca do princípio da conservação dos negócios jurídicos. “No plano da validade, a própria divisão dos requisitos em mais ou menos graves, acarretando, ou nulidade, ou anulabilidade, é decorrência do princípio da conservação, já que, graças a essa divisão, abre-se a possibilidade de confirmação dos atos anuláveis.”<sup>39</sup> Quando opta por classificar um negócio como nulo, o legislador, em excessiva severidade, retira do mundo jurídico uma transação que poderia ser útil social ou economicamente, uma vez que considera a proteção de determinado interesse mais importante do que esses outros valores. Importante mencionar, no entanto, que nem sempre a nulidade de uma cláusula acarreta a nulidade do negócio inteiro.

Criticando a adoção dos termos nulidade absoluta e relativa para significar, respectivamente, nulidade e anulabilidade, Pontes de Miranda tece os seguintes comentários:

A nulidade, diz-se, é absoluta; nulidade relativa é a anulabilidade. Devemos evitar os dois adjetivos "absoluta" e "relativa"; porque, empregando-os em diferentes sentidos e baralhando a esses, a cada momento, os juristas e juizes cometem erros sem conta. O sentido adequado de relatividade e de absolutidade é o referente aos limites subjetivos da eficácia: relativa é a eficácia só atinente a um, ou a alguns; absoluta, a eficácia erga omnes. Ora, já esse sentido não pode ser o que serviria a se distinguirem o nulo e o anulável. Absoluta, no plano da validade, seria a invalidade alegável por um, que fôsse, de todos os interessados; e relativa, a que só pudesse ser alegada por alguém, ou algumas pessoas apontadas na lei. É esse o critério dos arts. 146 e 152. As confusões, a que acima aludimos, levam a falar-se de invalidade relativa, quando se aliena a coisa empenhada, hipotecada, anticrética, ou o título caucionado, ou a coisa alheia, espécies em que apenas se trata de ineficácia. São confusões derivadas da insuficiência de

---

<sup>37</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Validade, Nulidade, Anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

<sup>38</sup> BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 159.

<sup>39</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68.

cultura lógico-matemática dos juristas e da sua formação retórico-oratória, óbice ao rigor de terminologia e à reflexão percuciente. <sup>40</sup>

Com a precisão que lhe é peculiar, Pontes de Miranda ensina que os termos relativo e absoluto são expressões da lógica e matemática que, se aplicados ao assunto em questão, não poderiam significar o que se pretende com a anulabilidade e nulidade dos negócios jurídicos. Quando muito, como demonstra o autor, poderiam ser mais bem utilizados no plano da eficácia, denotando o número de sujeitos aptos à suscitação do óbice. No entanto, por contínuo uso destas expressões pela doutrina, consagrou-se o emprego indistinto do termo relativo para significar anulabilidade e absoluto para nulidade.

A nulidade é o defeito intransponível no plano da validade. Caio Mário ensina que, diferente do direito francês, em que o prejuízo é a causa ensejadora da nulidade, dando voz ao bordão “não há nulidade sem dano”, no direito brasileiro o que enseja a nulidade é o respeito à ordem pública. “Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo, recusando o princípio que o velho direito francês enunciava: *pas de nullité sans grief*. Inspirou-se, ao revés, no princípio do respeito à ordem pública.”<sup>41</sup> Baseia-se o legislador pátrio unicamente na infração de normas cogentes, razão pela qual legitima qualquer interessado, em nome próprio, ou ao representante do Ministério Público, em defesa de toda a sociedade, à arguir a nulidade.

Pelo mesmo motivo, uma vez vindo à tona alguma nulidade no decorrer do processo, pode o juiz a reconhecer de ofício, ainda que ouvidas previamente as partes por força dos princípios processuais. Também é a defesa da ordem pública que torna a nulidade imprescritível, não convalescendo pelo decurso do tempo. Por não produzir efeitos, o reconhecimento da nulidade faz a situação jurídica voltar ao status inicial, admitindo-se modulação em algumas situações nas quais o legislador percebe haver riscos de prejuízos ainda maiores. Esse é o caso, por exemplo, dos atos inconstitucionais – nulos, portanto –, uma vez que não produzem efeitos. Havendo risco de dano, pode o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da sentença.

---

<sup>40</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Validade, Nulidade, Anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 508.

De forma geral, no direito brasileiro, por meio dos artigos 166 e 167 do Código Civil de 2002, consideram-se nulos os negócios jurídicos quando: I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV — não revestir a forma prescrita em lei; V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII — a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção; VIII — seja viciado por simulação nocente. Além destes, o Código de Defesa do consumidor ainda determina que são nulas as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé e a equidade nas relações de consumo.

Acerca da nulidade e suas características, Orlando Gomes faz as seguintes considerações:

Nulidade é a sanção por meio da qual a lei priva de eficácia o contrato que se celebra contra preceito perfeito – *leges perfectae* – e, notadamente, os que disciplinam os pressupostos e requisitos do negócio jurídico. O ordenamento jurídico recusa proteção ao contrato cujos elementos não correspondem aos que a lei exige para valer. A pena de nulidade é cominada explicitamente, ou subentendida. Na primeira hipótese, diz-se que a nulidade é textual; na outra, virtual ou implícita. [De acordo com o art. 166, inciso VII, do Código Civil, o ato cuja prática a lei proíbe sem cominar sanção é considerado nulo]. Pode a nulidade ser total ou parcial, conforme atinja todo o contrato ou apenas uma ou algumas de suas cláusulas. Se total, a invalidade do contrato é completa. Se parcial, depende de sua extensão; contaminando as outras cláusulas, acarreta a nulidade total; mas se a cláusula nula pode ser isolada, a invalidade ocorrerá quanto a essa disposição, valendo, portanto, as outras. A nulidade é imediata, absoluta, insanável e perpétua. Opera de pleno direito. Pode ser argüida por qualquer interessado. O contrato não pode ser confirmado, nem convalesce pelo decurso de tempo, mas a imprescritibilidade da ação não impede a inutilização da sentença de nulidade se o bem já foi adquirido por usucapião ou se está prescrita a ação de repetição.<sup>42</sup>

Como veremos adiante, a anulabilidade possui nuances que a tornam um tanto mais complexa que a nulidade, refletindo nos propósitos deste estudo. Diferente do negócio nulo, em que não há a possibilidade de permanência do mundo jurídico, nos negócios anuláveis, existe a opção, conferida pelo legislador, para que os interessados mantenham a validade das disposições. Essa abertura confere autonomia aos envolvidos, mas não deixa de ensejar certa insegurança jurídica, o que é tratado de formas variadas pelos tribunais.

---

<sup>42</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 154.

O ato anulável permanece surtindo efeitos enquanto não desconstituído. Diferentemente do ato nulo, “o ato jurídico anulável gera, desde logo, toda a sua eficácia jurídica, perdurando até que seja desconstituído por sentença, ou tornando-se definitiva se decorrido o prazo decadencial sem que a ação de anulação seja proposta, ou por outro meio judicial seja a anulabilidade arguida.”<sup>43</sup> É uma eficácia que pode ser considerada provisória, podendo se converter em definitiva. Uma vez desconstituído o ato, desconstituem-se também os efeitos que produziu, com efeitos *ex tunc*. Devem as partes ser restituídas ao estado anterior ao ato, ou então indenizadas pelo equivalente.

A anulabilidade não visa o interesse público, mas a mera conveniência das partes, protegendo interesses privados. Ela decorre de uma incapacidade relativa do agente ou de algum defeito na declaração da vontade. Apesar disso, nenhuma dessas condições é intransponível, podendo convaler, segundo Caio Mário<sup>44</sup>, por três razões: o decurso do tempo, em prazo decadencial variável; a confirmação, de forma inequívoca pelos interessados; e o suprimento da autorização para a prática do ato, quando necessário.

O decurso do tempo para a anulação é de dois anos, quando a lei não tenha expressamente estipulado um prazo, que é de quatro anos nos casos em que o fez. Este começa a ser contado a partir da prática do ato, ou, no caso da coação, no momento em que esta cessar. Ao incapaz, o prazo só começa a correr após cessada a incapacidade.

No segundo motivo, a confirmação do ato pelos interessados, esta pode se dar de forma tácita ou expressa. Qualquer seja o modo, a confirmação precisa ser definitiva e inequívoca, de forma a não ser possível o ataque ao ato em momento posterior. Quando a confirmação expressa, não é preciso tecer maiores comentários, bastando a intenção declarada de convalidar o ato. Já para a confirmação tácita, esta seria possível com o início do cumprimento da obrigação pela parte ciente dos vícios que inquinariam o negócio.

Por fim, realizado um negócio sem autorização legal, no caso de um relativamente incapaz, por exemplo, o suprimento posterior desta autorização coloca

---

<sup>43</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 249.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 513.

fim na possibilidade da anulação do ato, tornando-o seguro e definitivo. Uma vez que a anulabilidade é instituída em proveito dos interessados, “em se tratando de pessoa relativamente incapaz, não se deve jamais compreender com o propósito de prejudicá-la. Partindo de que a autorização prévia ou simultânea é suficiente para a perfeição jurídica do ato negocial, vindo a posteriori tem a força de afastar o motivo de anulabilidade.”<sup>45</sup>

Os casos de anulabilidade previstos pela legislação são aqueles decorrentes de um vício na declaração da vontade: resultantes de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo ou fraude contra credores; o decorrente da incapacidade relativa do agente; e a falta de assentimento resguardativo de terceiro quando a lei assim dispuser. Nesta última categoria, incluem-se as pessoas casadas, que não podem, sem o assentimento do outro cônjuge: vender bens, nem onerar de ônus reais os bens imóveis; prestar fiança ou aval; fazer doação que não seja meramente remuneratória (Código Civil, art. 1.647, I, III, IV), exceto quando for de separação absoluta o regime de bens do casamento. Do mesmo modo, é vedado ao ascendente vender a descendente sem a anuência dos demais descendentes e do cônjuge do alienante, salvo, em relação a esse, se o regime de bens for o da separação obrigatória (Código Civil, art. 496 e parágrafo único).

Com relação aos cônjuges, merece análise a diferenciação entre os termos consentimento e assentimento. Em relação aos bens comuns do casal, ambos os cônjuges devem consentir com a venda, uma vez que um não pode dispor da parte do outro sem a sua autorização, caso em que haveria ineficácia do negócio em relação à parte deste. Já para os bens particulares, não se fala em consentimento, mas sim assentimento do outro cônjuge, já que o bem não lhe pertence. “No consentimento há vontade em comum, enquanto no assentimento existe adesão, anuência, aprovação, autorização.”<sup>46</sup>

As consequências da anulabilidade são aquelas já apontadas anteriormente. Caio Mário aduz que:

O negócio jurídico anulável tem eficácia plena, e produz os resultados queridos, condicionados ao não exercício do direito à invocação de sua ineficácia. A razão está em que, ao contrário da nulidade, que é de

---

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 514.

<sup>46</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 155.

interesse público, e deve ser pronunciada mesmo *ex officio*, quando o juiz a encontrar provada, ao conhecer do negócio ou de seus efeitos, a anulabilidade, por ser de interesse privado, não pode ser pronunciada senão a pedido da pessoa atingida, e a sentença produz efeitos não retroativos (*ex nunc*), respeitando as consequências geradas anteriormente.<sup>47</sup>

Desse modo, apenas aquele a quem a proteção da anulabilidade é dirigida pode fazer com que esta seja aplicada. Caso não seja do interesse deste sujeito fazer valer a anulação, o negócio permanece surtindo seus efeitos normais, vindo a alcançar a segurança jurídica plena após o decurso do prazo ou renúncia pelo interessado. Isso levanta a questão da permissibilidade da prática de atos jurídicos sujeitos à anulabilidade, uma vez que, havendo concordância dos interessados, não haveria impedimento legal para tanto.

Apesar disso, em nome da segurança jurídica, alguns tribunais impedem essa prática, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da jurisprudência de seu Conselho Superior da Magistratura (CSMSP - Apelação Cível: 1000050-19.2019.8.26.0236 / CSMSP - Apelação Cível: 1033886-29.2017.8.26.0114), de observância obrigatória por todos os registros de imóveis do referido Estado Federativo. Por outro lado, existem Estados que proíbem expressamente seus notários de recusar a lavratura de tais atos, como no caso de Pernambuco, que assim dispõe em seu Código de Normas Extrajudiciais: “O notário não pode recusar a sua intervenção com fundamento na anulabilidade ou ineficácia do ato, devendo, contudo, advertir os interessados da existência do vício e consignar no instrumento a advertência feita” (Código de Normas, art. 221, §2º). Gera-se, dessa forma, a insegurança aqui debatida.

Com relação aos vícios do consentimento, não restam dúvidas de que nenhum profissional ético pode compactuar com a lavratura do negócio. Caso um tabelião ou advogado saiba da existência de dolo ou coação, por exemplo, inquinando um negócio, este deve imediatamente tomar as medidas necessárias para o esclarecimento das partes. O caso do assentimento, no entanto, é mais complexo, assunto no qual este trabalho pretende se debruçar. Poderiam ser livremente pactuados negócios em que tal assentimento não se faz presente? Um relativamente incapaz poderia travar um negócio sem a assistência de seu curador?

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – v. I. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 516.

Uma pessoa casada poderia vender bem particular sem o assentimento de seu cônjuge?

A doutrina sobre o assunto não é unânime, o que gera aplicações distintas pelos tribunais. Isso causa reflexos na atuação dos tabeliães de notas e registradores, que se vêem em uma encruzilhada quando solicitados a praticar atos que envolvam negócios anuláveis. Parcela dos juristas acredita que estes profissionais, incumbidos de zelar pela segurança jurídica e profilaxia jurídica – evitando conflitos futuros –, devem se abster de tais práticas. Por outro lado, tendo em vista que a legislação não exclui essa possibilidade, regulando apenas seus reflexos, demais vozes sustentam que os profissionais não devem se recusar a atuar nestes casos.

Esse desacordo doutrinário tem impacto sobre a prática jurídica, causando discrepância na atuação dos tribunais. Um exemplo disso é a jurisprudência do Estado de São Paulo, que proíbe tabeliães de notas de lavrarem escrituras públicas cujo objeto seja negócio jurídico anulável. Por outro lado, o Tribunal do Estado de Pernambuco, em suas normativas, proíbe expressamente que os tabeliães que se encontrem sob sua fiscalização se neguem a atender estes pedidos. Não se defende, é claro, que se permita a realização de um negócio gravado pelos vícios de consentimento, como a coação ou o dolo, mas sim que não se impossibilite a lavratura de atos cuja causa de anulabilidade seja a ausência de consentimento, já que, por opção legal, não foram proibidos. À esta anulabilidade, no entanto, deve ser dada ampla publicidade. Em primeiro lugar, os contratantes devem estar cientes do fato, sendo alertados de suas consequências. Tanto a escritura quanto seu posterior registros devem fazer constar tal advertência, não deixando espaço para dúvidas presentes e futuras.

Ainda assim, a questão é tormentosa. A aplicação distinta pelos Estados faz aumentar a insegurança jurídica, que já é inata aos dispositivos legais que tratam dos negócios anuláveis. Esse dilema é um caso claro da aplicação da liberdade pelo Direito brasileiro, escancarando os impasses do modelo adotado pela legislação. No próximo tópico essa relação será aprofundada, adentrando ao problema tratado neste estudo.

### 2.3 MODELO CIVILISTA BRASILEIRO

Deparando-se com o impasse gerado pela permissibilidade dos negócios anuláveis no direito brasileiro, encaramos um problema mais profundo, relacionado à concepção de liberdade aceita por este sistema. Como se verá adiante, a liberdade pode ser conceituada de várias maneiras, com cada uma delas tendo desdobramentos distintos. A legislação brasileira, no entanto, fruto de uma Constituição pluralista, abarca e alberga, em várias searas, ideias e concepções variadas e muitas vezes conflitantes. Essa realidade é mais saliente no campo dos princípios fundamentais, em que extensa doutrina já foi escrita sobre o conflito aparente de normas e o sopesamento de direitos. No campo da liberdade, de maneira semelhante, os impactos do pluralismo também podem ser observados, tema em que se dedica este estudo.

A multiplicidade de acepções sobre os mais variados conceitos é fruto do louvável pluralismo político que imperou na promulgação da Constituição Federal de 1988. A este respeito, Ingo Sarlet ensina que:

O pluralismo político, ainda que consagrado de modo autônomo no elenco dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, V, da CF), guarda intrínseca relação com o princípio democrático, ainda que com este não se confunda, pois o pluralismo é aspecto essencial, mas não exclusivo, da democracia no Estado Democrático de Direito contemporâneo. O pluralismo político (que é também econômico e cultural) permite e assegura a livre (mas respeitosa e regulada) convivência e interação entre convicções, ideais e projetos de vida individuais e compartilhados por grupos mais ou menos representativos de segmentos da sociedade, de tal sorte que o pluralismo político simultaneamente significa uma abertura para posições políticas distintas e a possibilidade efetiva de participação política por parte de todos os integrantes do corpo da cidadania, inclusive mediante a formação e/ou participação em partidos políticos. Especialmente na sociedade complexa atual, caracterizada por uma crescente diferenciação entre os múltiplos subsistemas, inclusive no sentido de uma autonomização das diversas esferas normativas (dentre as quais o Direito), o pluralismo deve ser compreendido como um pluralismo razoável tal como proposto por John Rawls, caracterizado pela convivência de formas de vida e visões de mundo não fundamentalistas e numa ambiência marcada pela tolerância e abertura que acabam por determinar a própria concepção do Estado Democrático de Direito.<sup>48</sup>

Não restam dúvidas quanto à necessidade do pluralismo para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Longe de ser um entrave para a

construção de uma sociedade mais justa, este compõe uma ferramenta para que todos tenham espaço de fala. Os conflitos que venham a ser gerados pelo embate entre concepções devem ser encarados como oportunidades de debate e evolução. O constitucionalismo democrático “ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.”<sup>49</sup> Neste ponto, a celeuma causada pelas concepções de liberdade aceitas pela legislação merece ser analisadas a partir deste ponto de vista.

A doutrina já se dedicou a solucionar os casos em que os princípios constitucionais, advindos de preocupações diversas e igualmente legítimas, entram em conflito. Robert Alexy sustenta que, diferentemente do conflito entre regras, em que existem critérios legais bem estabelecidos para a solução, tornando o impasse simplesmente aparente, no caso dos princípios, a colisão deve ser resolvida pelo sopesamento, de maneira que um destes deverá ceder. Verifica-se que os princípios têm “precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes”<sup>50</sup>. Deste modo, os princípios com o maior peso têm precedência, variando em cada caso. Essa técnica é amplamente utilizada pelos tribunais constitucionais em diversas nações. Ocorre que, diante do modelo adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, não só no âmbito constitucional encontramos esses conflitos. Também na legislação civil, em decorrência de seus princípios e cláusulas gerais, deparam-se constantemente com este tipo de impasse.

A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno proveniente do movimento que ficou conhecido como neo-constitucionalismo a partir de meados do século XX e que, no Brasil, pôde ser sentido a partir da Constituição Federal de 1988. Com esta, “o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 366.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 583.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

ser celebrado. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição.”<sup>51</sup> Esse movimento foi impulsionado pelo pós-guerras, quando se viu desmoronar o modelo positivista até então vigente nas codificações, que, sob influência do Código Civil Napoleônico, ao tentar preservar individualidade, muitas vezes colocavam a lei acima do indivíduo. Isso porque, a excessiva proteção à propriedade e a autonomia das partes acabava aniquilando os sujeitos em desvantagem.

Se antes se afirmava que o Código Civil era a Constituição do Direito Privado, agora não se discute mais a supremacia da verdadeira Constituição frente a todos os ramos do Direito. No próximo capítulo, por meio de uma análise dos conceitos liberal e republicano de liberdade, buscaremos compreender como a escolha entre uma ou outra visão pode afetar a solução eleita para o dilema dos negócios anuláveis no Direito Brasileiro.

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 459.

### 3 CONCEITO DE LIBERDADE PARA LIBERAIS E REPUBLICANOS

#### 3.1 VISÕES DE LIBERDADE<sup>52</sup>

Enquanto em Roma e Grécia antigas a liberdade se confundia com o exercício da cidadania, a partir do Renascimento o instituto passou a tomar contornos diferentes, o que culminou no liberalismo pós-revolução francesa, quando a autonomia do homem foi alçada a patamares que favoreceram o individualismo. “Não surpreende, portanto, que o liberalismo seja um “herdeiro” do republicanismo,

---

<sup>52</sup> Immanuel Kant, para quem “a constituição civil de todo Estado deve ser republicana”, tece os seguintes comentários sobre a liberdade: “Liberdade jurídica (por conseguinte externa) não pode ser definida, como geralmente se costuma fazer, como a autorização [Befugniss] de se fazer tudo o que se quiser, desde que simplesmente não se faça injustiça a alguém. O que, pois, significa autorização? A possibilidade de uma ação na medida em que não se faz por ela nada de injusto a alguém. Portanto a definição soaria assim: liberdade é a possibilidade de ações por meio das quais não se faz nada de injusto a alguém. Mas não fazer nada de injusto a alguém (podendo também fazer o que se quiser), desde que simplesmente não se faça nada de injusto a alguém é, conseqüentemente, uma tautologia vazia. – De outro modo minha liberdade externa (jurídica) deve se definir da seguinte maneira: é a autorização para não obedecer a nenhuma lei externa senão àquelas para as quais tenha dado o meu consentimento. – A igualdade externa (jurídica) em um Estado é então justamente aquela relação dos cidadãos segundo a qual ninguém pode obrigar [verbinden] juridicamente o outro a algo sem que se submeta ao mesmo tempo à lei pela qual pode ser também reciprocamente obrigado da mesma maneira. (Do princípio de dependência jurídica não é necessária nenhuma definição, uma vez que este já se encontra no conceito de uma constituição do Estado.) A validade desses direitos inatos e inalienáveis, pertencentes necessariamente à humanidade, é confirmada e realçada [erhoben] pelo princípio das relações jurídicas dos seres humanos mesmos para com seres superiores (se o ser humano os pensa), ao representar justamente a si mesmo, segundo os mesmos princípios, como cidadão de um mundo suprassensível. – Pois, no que diz respeito à minha liberdade, não tenho nenhuma obrigação, mesmo em relação às leis divinas conhecidas por mim pela simples razão, a não ser na medida em que eu mesmo tenha sido capaz de dar-lhes meu consentimento (pois é mediante as leis da liberdade de minha própria razão que faço primeiramente para mim um conceito da vontade divina). Em relação ao ser mais sublime do mundo que eu poderia pensar além de Deus (um grande Eão\*), no que diz respeito ao princípio de igualdade, não há nenhuma razão para que, se cumpro meu dever em meu posto assim como o Eão no dele, eu simplesmente deva ter o dever de obedecer, enquanto aquele o direito de mandar. – A razão pela qual esse princípio da igualdade (assim como o da liberdade) não convém à relação com Deus, é porque Deus é o único Ser no qual cessa o conceito de dever. Mas, no que diz respeito ao direito de igualdade de todos os cidadãos como súditos, a resposta da questão sobre a admissibilidade da nobreza hereditária depende se a posição (de um súdito diante do outro) concedida pelo Estado deve preceder o mérito ou se este deve preceder àquela. Ora, é evidente que se a posição está ligada ao nascimento, é totalmente incerto se o mérito (habilidade e fidelidade de ofício) também seguirá; por conseguinte é precisamente tanto como se ela (ser o detentor do poder) fosse concedida ao beneficiário sem qualquer mérito, o que a vontade universal do povo nunca aprovará em um contrato originário (que, afinal, é o princípio de todos os direitos). Pois um homem da nobreza não é, imediatamente por isso, um homem nobre. – No que diz respeito à nobreza de ofício (como se poderia chamar a posição de uma magistratura superior e que deve se adquirir por méritos), então aí a posição não se fixa como propriedade à pessoa, mas como posto, e a igualdade não é violada dessa forma, uma vez que, se ela renuncia ao seu cargo, deixa a posição e retorna ao povo.

\*No gnosticismo, corrente filosófico-religiosa do primeiro século que se ocupava com a busca de um saber salvífico, o Eão é cada uma das entidades emanadas de Deus, em pares, que preenchem o

[...], mas que se mostrou ineficiente para responder com a mesma profundidade, porque eivado de pressupostos individualistas e mercadológicos, sustentados em uma lei da natureza ou direito natural”<sup>53</sup>.

Após a hegemonia dessa visão de liberdade por aproximadamente duzentos anos, sua forma de compreender o mundo já demonstrava sinais de fadiga a partir da metade do século XIX. É nesse contexto que, na segunda metade do século XX, surge na Universidade de Cambridge uma nova escola de pensamento baseada no resgate de ideais republicanos adaptados à um mundo pós-moderno<sup>54</sup>. “Movida pelos pilares da liberdade como não dominação, da constituição mista e da democracia contestatória, a tradição republicana disputou espaço com tradições outras, sobretudo o liberalismo e o utilitarismo, insistindo em se inserir na herança da antiga Urbe”<sup>55</sup>.

O conceito de liberdade sofreu variações com o passar dos séculos<sup>56</sup>, passando por acepções positivas – liberdade “para”, ou o poder de definir seu destino – e negativas – liberdade “de”, ou ausência de contenções externas<sup>57</sup>. “Criticando a noção negativa de liberdade, alguns republicanos enfatizam a participação política como algo intrinsecamente valioso, defendendo uma ideia robusta de liberdade positiva, enquanto outros sustentam que a concepção republicana de liberdade difere de ambas”<sup>58</sup>.

O ressurgimento do interesse pelo pensamento republicano (*republican revival*) sobretudo em sua vertente romana, o que passou a ser chamado de *roman turn* (guinada romana, em tradução livre) pela ciência política contemporânea, foi introduzida pelo trabalho de dois autores britânicos: Quentin Skinner e Philip Pettit. O primeiro, centrado na história das ideias, buscou demonstrar a influência do

---

espaço entre a divindade e a matéria.” KANT, Immanuel. **À paz perpétua: um projeto**. Tradução e Notas de Bruno Cunha. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

<sup>53</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 45.

<sup>54</sup> SILVA, Ricardo. **Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit**. *Lua Nova*, São Paulo, 74: 151-194, 2008, p. 153.

<sup>55</sup> AGUIAR, Márlío; LOSSO, Tiago Bahia. **Em termos romanos**: Res publica, história e constituição na historiografia do pensamento político e na historiografia institucional contemporâneas. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 23.

<sup>56</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. In: *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

<sup>57</sup> BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) *Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 16.

pensamento romano sobre os autores do Renascimento. O segundo, já no campo da ciência política, valeu-se dos estudos históricos de seu colega para explorar o conceito de liberdade como não-dominação. A partir de então, “o interesse por Roma se tornou o produto do esforço de diferentes analistas contemporâneos que, de início – recuperando autores que teriam sido influenciados por Políbio, Cícero, Lívio, e Ulpiano –, acabaram abrindo caminho para uma inédita reavaliação dos escritos romanos”<sup>59</sup>.

A discussão contemporânea acerca da liberdade foi sistematizada por Isaiah Berlin em sua distinção entre liberdade positiva e negativa – generalizando a distinção já traçada por Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos (Antiguidade) e dos modernos (Idade Moderna)<sup>60</sup>.

A liberdade negativa, privilegiada pelos modernos, seria a ausência de contenções externas sobre a vontade. Nessa concepção, livre seria quem pode fazer o que deseja, falar o que pensa, ir aonde bem entender ou associar-se com quem desejar, além de outras liberdades tradicionais – liberdade como não interferência. Já a liberdade positiva, tal qual concebida pelos antigos, vai além. Seria o poder de participar na autodeterminação coletiva e não se sujeitar a dominação de outrem<sup>61</sup>.

É possível que exista dominação sem interferência, como o senhor que não interfere nas decisões de seu escravo, ainda que possa. “Não importa o quão permissivo o senhor seja; o fato de depender de sua graça e favor, o fato de viver sob seu domínio, implica uma ausência de liberdade. A diferença entre os ideais surge no fato de que é possível haver dominação sem interferência e interferência sem dominação”<sup>62</sup>. Dessa forma, é possível que exista interferência sem dominação, como na obrigatoriedade do pagamento de um tributo dentro de um Estado democrático:

---

<sup>58</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 23, tradução nossa.

<sup>59</sup> AGUIAR, Márlío; LOSSO, Tiago Bahia. **Em termos romanos**: Res publica, história e constituição na historiografia do pensamento político e na historiografia institucional contemporâneas. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 70.

<sup>60</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 117.

<sup>61</sup> RAMOS, Cesar Augusto. **O Modelo Liberal e Republicano de Liberdade**: uma escolha disjuntiva? *Trans/Form/Ação*, Marília, v.34, n.1, p.43-66, 2011, p. 44.

Posso sofrer interferências sem ser dominado por alguém: ou seja, sem me relacionar com alguém em termos de escravo e senhor. Considere a forma como um estado de direito interfere ao exigir que eu pague imposto de renda. Certamente estou sujeito à coerção para pagar esse imposto, mas não estou sujeito, pelo menos não necessariamente sujeito, a nada que se assemelhe à vontade arbitrária de um senhor todo-poderoso. Dado que existe uma regra de direito, aqueles que cobram impostos só poderão fazê-lo por título processual e necessidade, e qualquer imposto que eles cobrarem os afetará ao mesmo tempo em que me afeta: ainda que interfiram em minha vida, então eles não são capazes de interferir à vontade ou impunemente, eles não me dominam como um mestre sobre um escravo o faria<sup>63</sup>.

Para os liberais, deveríamos renunciar a uma parcela de nossa liberdade em troca de assegurar uma liberdade ainda maior<sup>64</sup>. “Essa forma de conceber a liberdade levou Hobbes a considerar que a lei sempre envolve uma invasão da liberdade das pessoas, por mais benigna que seja a longo prazo. Observou que a liberdade no sentido da não coerção é sempre invadida pelas leis impostas pelo Estado”<sup>65</sup>. Já para os republicanos, a própria lei cria a liberdade, não haveria renúncias nesse modelo. Para estes, a cidadania é sinônimo de liberdade plena.

A escola neorrepública de pensamento político surge na segunda metade do século passado e logo se torna “um dos desenvolvimentos mais importantes da teoria política contemporânea. Os defensores do republicanismo argumentam que ele pode informar e enriquecer a teoria e a prática política democrática”<sup>66</sup>. Essa é uma resposta aos problemas enfrentados pelos Estados Democráticos nas últimas décadas.

Após Philip Pettit dar projeção à temática, o republicanismo foi debatido sob variadas perspectivas. Se inicialmente o mencionado autor apresentava esta tradição por uma ótica anglófona – enfatizando autores e eventos ingleses, americanos e italianos –, posteriormente outros estudiosos trouxeram outros exemplos desta tradição, por vezes em traços divergentes. Isso levou a se falar em republicanismos, de maneira plural, variando conforme as circunstâncias de seu

---

<sup>62</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 120, tradução nossa.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 120, tradução nossa.

<sup>64</sup> SKINNER, Quentin. **Liberdade Antes do Liberalismo**. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 21.

<sup>65</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 125, tradução nossa.

<sup>66</sup> ZHAO, Xinzhi. **A Ciceronian Defense of Democratic Participation**. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 103, tradução nossa.

surgimento. Ao lado do republicanismo ítalo-atlântico, menciona-se o republicanismo francês (mais próximo dos ideais da Revolução), o neo-ateniense, neo-romano, entre outros. Dessa forma, “a marca dessas manifestações reside na irredutível defesa do autogoverno em franca oposição ao autoritarismo interno ou ao domínio externo, sob o signo da liberdade, da cidadania e participação, do império da lei e do controle dos poderes”<sup>67</sup>.

Ainda que o republicanismo não negue o capitalismo ou se oponha a este sistema, sua relação com o mesmo é de crítica. A desigualdade social, inerente ao capitalismo, favoreceria a desigualdade política e enfraqueceria a fraternidade e coesão social. Desse modo, algumas correntes republicanas acabam por se aproximar do socialismo. No entanto, muitos autores buscam compatibilizar o republicanismo com o sistema capitalista por meio de críticas aos abusos econômicos.<sup>68</sup>

De fato, as teorias republicana e liberal não precisam ser disjuntivas. Na dicotomia entre liberdade positiva e negativa, o republicanismo, ao explorar a liberdade como não-dominação (liberdade positiva), não nega a importância da liberdade negativa (não interferência). “Isso significa dizer que nem o conceito liberal, nem o republicano, se considerados na unilateralidade das suas posições, são suficientes para dar conta da rica e complexa significação da categoria política da liberdade para uma sociedade democrática moderna”<sup>69</sup>.

Percebe-se, portanto, que existem variadas correntes neorrepublicanas, com perspectivas distintas. O que une todas elas, contudo, é a crítica ao liberalismo

---

<sup>67</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 60.

<sup>68</sup> Após traçar as diferenças do que se entende pelos sistemas liberal e republicano de democracia, Jurgen Habermas faz os seguintes comentários: “Por ora, é o que basta dizer sobre a comparação entre os dois modelos de democracia que hoje dominam a discussão entre os assim chamados comunitaristas e os “liberais”, sobretudo nos Estados Unidos. O modelo republicano tem vantagens e desvantagens. Vejo como vantagem o fato de ele se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão-somente a um “*deus*” [uma negociação] entre interesses particulares opostos. Como desvantagem, entendo o fato de ele ser bastante idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Pois a política não se constitui apenas — e nem sequer em primeira linha — de questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. O erro reside em uma condução estritamente ética dos discursos políticos.” HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 282.

<sup>69</sup> RAMOS, Cesar Augusto. **O Modelo Liberal e Republicano de Liberdade**: uma escolha disjuntiva? Trans/Form/Ação, Marília, v.34, n.1, p.43-66, 2011, p. 57.

político, bem como três vieses: a crítica da visão liberal de liberdade; a defesa de uma democracia forte; e a valorização da virtude cívica.

Nessa linha de pensamento, as crises pelas quais o Estado Democrático de Direito tem passado, mormente as apontadas no tópico anterior, iniciaram-se com a dominação possibilitada pelo liberalismo a partir da Idade Moderna, que, se por um lado resgatou a democracia, por outro não logrou implementá-la adequadamente.

## 3.2 LIBERALISMO

### 3.2.1 A Conquista dos Direitos Fundamentais

Os termos “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos” em muitos casos são utilizados como sinônimos, por vezes substituídos por expressões como: “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” – apesar dessas expressões serem atualmente desencorajadas pela doutrina.<sup>70</sup>

Para o filósofo John Locke, a finalidade de o homem ter renunciado à sua liberdade natural seria a própria preservação:

“Se no estado de natureza o homem é tão livre como se afirmou, perguntar-me-ão se é senhor absoluto da sua própria pessoa e dos seus bens, igual ao mais insigne, e súbdito de ninguém, então por que razão renunciará à sua liberdade? Por que razão cederá o seu império e se submeterá ao domínio e ao controlo de outro poder qualquer? A resposta a estas questões é óbvia. No estado de natureza o homem possui, de facto, um tal direito, contudo, o seu exercício é extremamente incerto, uma vez que está constantemente exposto à invasão dos outros. Todos são reis, tanto quanto ele, e cada homem é o seu igual. [...] Ora, a verdade é que, na sua maioria, os homens não são exactamente cumpridores escrupulosos da equidade e da justiça, daí que o usufruto da propriedade de que dispõem num tal estado de natureza seja bastante perigoso e sem garantia. É isto que os leva a abandonar aquela condição que, apesar de marcada pela liberdade, está repleta de medos e de perigos contínuos. E não é sem razão que um homem procura e deseja unir-se a outros em sociedade, quer estes já se encontrem assim organizados, quer estejam resolvidos a unirem-se com vista à preservação mútua das suas vidas, das suas liberdades e dos seus

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 28.

bens, a que me tenho vindo a referir com o nome genérico de propriedade.”<sup>71</sup>

A rigor, os conceitos de “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos” devem ser diferenciados. Enquanto a expressão “Diretos Fundamentais” estaria associada a determinada ordem constitucional que sustentaria esse “fundamento”, os “Direitos Humanos” seriam aqueles positivados no âmbito internacional, desvinculados de qualquer Constituição em específico e com pretensão universal. Todo Direito Fundamental é um Direito Humano, no sentido de que é destinado à um ser humano, mas a recíproca nem sempre é verdadeira. Essa é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>72</sup>, que prossegue com relação ao Direito Natural:

“Não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados. Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). [...] A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.”

Essa “pré-história” dos Direitos Humanos e Fundamentais – da qual Locke teve importante participação –, como visto, terminou com o início de sua positivação. Isso ocorreu por meio de certos diplomas legais, pelos quais o poder foi limitado e determinados direitos foram gradualmente sendo reconhecidos e defendidos pelos Estados soberanos. Foi o caso da Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776; e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A esse

<sup>71</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 143.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

respeito, André de Carvalho Ramos<sup>73</sup> destaca a importância do filósofo inglês ainda no século XVII:

A contribuição de John Locke é essencial, pois defendeu o direito dos indivíduos mesmo contra o Estado, um dos pilares do contemporâneo regime dos direitos humanos. Para Locke, em sua obra Segundo tratado sobre o governo civil (1689), o objetivo do governo em uma sociedade humana é salvaguardar os direitos naturais do homem, existentes desde o estado da natureza. Os homens, então, decidem livremente deixar o estado da natureza justamente para que o Estado preserve os seus direitos existentes. Diferentemente de Hobbes, não é necessário que o governo seja autocrático. Pelo contrário, para Locke, o grande e principal objetivo das sociedades políticas sob a tutela de um determinado governo é a preservação dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Logo, o governo não pode ser arbitrário e seu poder deve ser limitado pela supremacia do bem público. Nesse sentido, os governados teriam o direito de se insurgir contra o governante que deixasse de proteger esses direitos. [...] Em síntese, Locke é um expoente do liberalismo emergente, tendo suas ideias influenciado o movimento de implantação do Estado Constitucional (com separação das funções do poder e direitos dos indivíduos) em vários países. As ideias de Locke reverberaram especialmente no século XVIII, com a consolidação da burguesia em vários países europeus. O Estado Absolutista, que havia comandado as grandes navegações e o auge do capitalismo comercial, era, naquele momento, um entrave para o desenvolvimento futuro do capitalismo europeu, que ansiava por segurança jurídica e limites à ação autocrática (e com isso imprevisível) do poder.

Nota-se que, mesmo antes das citadas declarações, já existiam outros instrumentos legais que regulamentaram algumas das regras que hoje são tidas como Direitos Fundamentais. É o caso das Cartas editadas na Idade Média, como a Magna Carta, de 1215 e a Bula de Ouro da Hungria, de 1222. Ocorre que esses diplomas eram destinados a defender os interesses de grupos privilegiados, como barões e comerciantes, faltando-lhes a universalidade prevista nos documentos da Idade Moderna<sup>74</sup>.

O movimento histórico fez surgir o que se convencionou chamar de “gerações” – ou “dimensões” – dos Direitos Fundamentais. São elas: primeira (liberdades negativas, o dever de abstenção estatal) no século XVIII; segunda (liberdades positivas, o dever de prestação estatal) no século XIX; terceira (difusos e coletivos, relativos à fraternidade e solidariedade) no século XX; e, mais recentemente, os de quarta e quinta dimensões<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

<sup>74</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 50.

A expressão “dimensões” é preferível sobre o termo “gerações” para que se evite a ideia de superação dos direitos reconhecidos anteriormente com a advento dos mais modernos. Isso porque, todas essas garantias coexistem e se complementam, não havendo relação de substituição. No entanto, mesmo o termo dimensões possui algumas limitações, é o que ensina George Marmelstein:

Continua-se incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. [...] É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis e interdependentes, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para a fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. [...] A luta pela efetivação dos direitos fundamentais deve englobar todos esses direitos, com a mesma ênfase, e não apenas os de determinada “geração”, como se essa efetivação devesse ocorrer de forma progressiva e gradativa de uma geração para outra.<sup>76</sup>

Apresentada essa discussão terminológica, adotaremos aqui, para fins didáticos, ressalvados os alertas doutrinários supramencionados, a expressão “geração”, utilizada pela primeira vez pelo jurista tcheco Karel Vasak, em 1979<sup>77</sup>.

A primeira geração de direitos fundamentais é descrita como “negativa”, pois constituem uma limitação ao poder estatal. Compreende o direito à vida, à propriedade, à igualdade perante a lei, e à liberdade – esta última desdobrada na liberdade expressão, associação, reunião e no próprio direito à participação política. Nesse aspecto, têm profunda influência do Jusnaturalismo e do pensamento de John Locke, para quem o principal fim dos homens se unirem em sociedade e se organizarem sob um governo é preservação de sua propriedade<sup>78</sup>. Esse discurso é um reflexo claro dos ideais burgueses e liberais que culminaram nas revoluções que

<sup>76</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56.

<sup>77</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 57.

<sup>78</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

possibilitaram a inclusão desses direitos em declarações, como aquelas provenientes das Revoluções Francesa e Americana.

O modelo de igualdade propagada por essas revoluções não se mostrou suficiente para que todos os cidadãos usufríssem de boas condições de vida. De fato, a ideologia liberal permitiu que aqueles com acúmulo de poder econômico explorassem de maneira predatória as parcelas mais frágeis da população. Durante o século XIX, descontentamentos com padrões desumanos de trabalho (que incluíam jornadas extenuante, baixos salários e até mesmo mão de obra infantil) levaram a convulsões sociais que desaguaram em novas revoluções e a conquista de uma segunda geração de direitos. Constituem liberdades “positivas”, pois impõem prestações ao Estado, que então deverá prover a todas condições de saúde, alimentação, moradia, trabalho digno, cultura e educação. Essa é a lição de Filipe Augusto dos Santos Nascimento<sup>79</sup>:

Com efeito, a segunda geração de direitos é composta pelos direitos econômicos e sociais, tais como o direito à moradia, à educação, à alimentação, à saúde, à assistência social, ao trabalho etc., correspondendo ao advento do Estado Social nos séculos XIX e XX. Desse modo, conforme a teoria das gerações, enquanto a primeira geração assegura direitos aos indivíduos através da limitação da atuação estatal, os direitos de segunda geração são destinados a coletividades ou a toda a sociedade, mesmo que possam ser utilizados de forma individual. Dessarte, tornou-se comum afirmar que os direitos de segunda geração exigem uma atuação efetiva do Estado para que possam ser concretizados. Dessa maneira, os direitos sociais passaram a ser identificados como direitos prestacionais, pois sua efetividade estaria condicionada a ações estatais. Tal ideia teve como consequência a noção de que esses direitos implicam em custos para o Estado, criando uma barreira fática e orçamentária a sua efetivação. O empecilho de ordem material foi justificado doutrinariamente com a afirmação de que os direitos sociais seriam normas de caráter programático, o que, na prática, significou, durante longo período de tempo, a inoponibilidade de tais normas ao Estado, fragilizando sensivelmente a força normativa dos direitos sociais. Nos últimos anos, no entanto, vem ocorrendo um esforço doutrinário e jurisprudencial para recuperar o desgastado sentido de programaticidade, tentando reconhecer a normatividade dos direitos sociais.

Os direitos que, no século XX, ficaram conhecidos como de terceira geração, ou de fraternidade, são direcionados com ainda mais ênfase à coletividade. As atrocidades experimentadas naquele século, com duas Guerras Mundiais, genocídios em várias partes do globo e o desenvolvimento de armas de destruição

---

<sup>79</sup> NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Curso de Direitos Fundamentais**. Leme, SP: Mizuno, 2022, p. 37.

em massa, fizeram com que a humanidade voltasse a atenção para sua própria existência enquanto coletividade. Nesse movimento, direitos como à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio-ambiente equilibrado foram colocados em pauta<sup>80</sup>.

Atualmente, defendem-se a existência de direitos de quarta, quinta e até posteriores gerações. O avanço tecnológico em áreas como comunicações e biotecnologia resultou em grandes impactos à humanidade. Discute-se sobre o direito ao acesso à internet, bem como a proteção de dados pessoais no ambiente digital. Também a manipulação genética é objeto de estudo, especialmente no tocante ao genoma humano<sup>81</sup>. Mesmo que alguns autores os considerem apenas desdobramentos de seus antecessores, a dimensão de sua influência nas presentes e futuras sociedades justificam seu tratamento destacado.

É importante notar que todos esses direitos, em suas variadas gerações, possuem uma raiz em comum. Pensadores como John Locke e seus colegas iluministas, quando defenderam a conformação do poder às necessidades básicas e inerentes ao ser humano, como a vida, a liberdade e a propriedade, criaram os alicerces para que o arcabouço dos Direitos Fundamentais fosse posteriormente construído<sup>82</sup>.

Celso Lafer sustenta que

Existe uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo. Com efeito, a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes.

[...]

Para Locke, no seu Segundo Tratado sobre o Governo, que é obra de maturidade, a lei da natureza é a razão, e esta ensina que todos são iguais e independentes, ninguém devendo "harm another in his life, health, liberty or possessions". Para ele o estado de natureza não se identifica, como em Hobbes, com o estado de guerra, caracterizando-se por aquela situação em que os homens vivem "together according to reason, without a common superior on Earth with authority to judge between them". Esta situação é precária, pois nela todos são juízes e executores da lei da natureza, e como

---

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 49.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 277.

<sup>82</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

os homens são “partial to themselves, passion and revenge is very apt to carry them too far”. Daí a necessidade do Estado. O Estado, para Locke, não deve anular a condição natural do homem, mas sim conservá-la e preservá-la, pois a concessão de poderes à sociedade, na passagem do estado de natureza para o da instauração do governo, faz-se com a intenção de cada qual, melhor “preserve himself, his liberty and property (for no rational creature can be supposed to change his condition with an intention to the worse)”. O fim da lei, qualquer que ela seja – a lei natural ou lei do Estado – “is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom”. Consequentemente, as leis do Estado só podem substantivamente ser a positivação, a estabilização e a garantia das leis naturais, nas quais se fundamentam os direitos do indivíduo.”<sup>83</sup>

Essa contribuição, no entanto, deve ser vista como fruto de seu tempo, quando as aspirações burguesas se chocavam com o poder monárquico então vigente. Neste momento, os ideais liberais e a sacralização da propriedade foram necessários para o avanço da humanidade. Contudo, a história demonstrou que essa ênfase deveria ser mitigada por questões sociais, o que não retira sua permanente importância.

### 3.3 O RESGATE DO REPUBLICANISMO

#### 3.3.1 O papel da Escola de Cambridge e a Nova História das Ideias

O resgate do Republicanismo, ou *republican revival*, nasce de um movimento mais amplo dentro do estudo da História das Ideias, especificamente na História do Pensamento Político. “A história do pensamento político faz parte da história das ideias [...], frequentemente estudada sob um ângulo filosófico ou jurídico, para o qual os conceitos emitidos têm uma existência própria que transcende o humano”<sup>84</sup>. A abordagem histórica, frisa-se, apega-se mais aos eventos, ainda que muitas vezes permeados por causas humanas, no que se difere da Ciência Política propriamente dita.

Neste campo da pesquisa histórica, em que se busca traçar a origem e evolução dos conceitos, tendências e pensamentos sobre um determinado tema,

---

<sup>83</sup> LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 189.

desenvolveu-se a partir de meados do século XX, destacadamente na Universidade de Cambridge, um movimento de valorização dos contextos históricos em que cada ideia ou argumento político-filosófico surgiu ou foi desenvolvido. Este movimento, ou abordagem científica, ficou conhecido como Contextualismo Histórico e marcou aquela que viria a ser chamada Escola de Cambridge, contribuindo com a formação de uma *Nova História das Ideias*, em oposição à *história clássica das ideias*, até então centrada na leitura comentada de obras filosóficas. “Seus proponentes acreditam que o estudo histórico do pensamento político não pode se limitar a ser uma “ciência dos textos”; a história também deve estar aberta à análise dos “contextos” em que as ideias tomam forma”<sup>85</sup>. Nessa perspectiva, os pesquisadores passaram a se apoiar em recortes históricos antes olvidados – como a história cultural, a história da ciência, a história política e social, bem como nas próprias ciências sociais – para descrever a complexidade das condições de produção e difusão das ideias políticas no tempo em que formuladas.

Lançando as bases da mencionada abordagem, Quentin Skinner, um dos expoentes do movimento, em artigo seminal, critica a visão, até então dominante, de uma suposta perenidade das questões políticas, como se os pensadores tivessem discutido sempre as mesmas ideias em todas as eras. Também ataca o reducionismo dos textos clássicos ao seu próprio conteúdo, lidos de maneira desconexa das circunstâncias em que produzidos, como seu particular momento histórico ou textos colaterais e não tão conhecidos com que poderiam estar dialogando. “O essencial ao se estudar um texto é compreender o que seu autor, considerando o tempo em que escreveu e para quem escreveu, estava tentando comunicar. Isso implica na necessidade de se recuperar essa complexa intenção do autor”<sup>86</sup>. Nesse compasso, afastou-se do reinante idealismo na história do pensamento político sem, contudo, se limitar à um materialismo estrito tal qual o presente na ideologia marxista, cuja abordagem reduzia as discussões aos aspectos puramente econômicos e classistas.

Márlío Aguiar e Tiago Bahia Losso pontuam que:

---

<sup>84</sup> BLONDY, Alain. **Nouvelle Histoire des Idées: du Sacré au Politique**. Paris: Perrin, 2016, p. 11, *tradução nossa*.

<sup>85</sup> NAY, Oliver. **Histoire des Idées Politiques: 2500 ans de débats et controverses en Occident**. Malakoff: Armand Colin, 2021, p. 14, *tradução nossa*.

<sup>86</sup> SKINNER, Quentin. **Meaning and Understanding in the History of Ideas**. In. *History and Theory*, Vol. 8, No. 1 (1969), pp. 3-53, p. 49, *tradução nossa*.

De forma geral, os historiadores de Cambridge sugerem ser necessária a recuperação dos contextos em que escritos sobre a política são articulados. Acessar o contexto social e, especialmente, o contexto intelectual que determinada peça foi composta é o caminho mais adequado para compreender seu significado. No caso de Skinner, advoga-se pela recuperação das intenções autorais por meio da interpretação de peças literárias, exigindo que o historiador do pensamento se pergunte o que determinado autor *estava fazendo ao escrever*.<sup>87</sup>

Após a disseminação desse aparato metodológico no âmbito acadêmico internacional, uma prolífica produção intelectual sucedeu os primeiros textos que abordaram o tema. Os mais variados conceitos em Ciência Política foram repensados sob novo ponto de vista, fazendo com que viessem à lume relações ainda não identificadas.

### 3.3.2 As Raízes Republicanas do Renascimento

Entre os trabalhos feitos sob a perspectiva da Escola de Cambridge, destacam-se, pelo impacto na comunidade acadêmica e projeção inicial de sua nova abordagem, *O Momento Maquiavélico*, de J. G. A. Pocock, publicado em 1975 e *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, de Quentin Skinner e lançado em 1978. Em suas investigações históricas, essas obras traçaram as raízes da teoria política na Idade Moderna ao pensamento de Nicolau Maquiavel, que, por sua vez, teria se baseado em influências republicanas da Antiguidade.

“É certo que a preocupação inicial de [...] Pocock, um primeiro Skinner e os trabalhos dos anos 1990 de Pettit não remetia prioritariamente a uma definição de republicanismo, mas alguma definição de republicanismo foi-lhes retirada pela sequência dos estudos no campo.”<sup>88</sup> De fato, estes trabalhos iniciais se concentraram em demonstrar a correlação entre os acontecimentos políticos da Idade Moderna, entre eles a Guerra Civil Inglesa e a Revolução Americana, e o humanismo cívico da Renascença, reconhecendo estes eventos como

---

<sup>87</sup> AGUIAR, Márlío; LOSSO, Tiago Bahia. **Em termos romanos**: Res publica, história e constituição na historiografia do pensamento político e na historiografia institucional contemporâneas. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 72.

<sup>88</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 36.

manifestações tardias de tal movimento, cujas bases se fixaram no republicanismo antigo.

John Pocock argumenta que “após o advento do humanismo cívico, foi possível ao indivíduo sentir que apenas como cidadão, como animal político envolvido num *vivere civile* com os seus semelhantes, poderia ele cumprir a sua natureza, alcançar a virtude e encontrar o seu mundo racional.”<sup>89</sup> Por intermédio de estudiosos como Francesco Guicciardini e Nicolau Maquiavel, o civismo de então pode encontrar fundamento teórico em autores antigos, ajudando a compor o nascimento das florescentes repúblicas modernas.

De forma semelhante, Quentin Skinner, demonstra que

A solução proposta pelos primeiros humanistas do século XIV assumiu a forma de reviver o ideal de uma cidadania armada e independente – o ideal recomendado por Aristóteles no Livro III da *Política*. Eles sustentaram que Florença deveria ser defendida e também governada por homens que estivessem prontos a oferecer não apenas as suas competências políticas, mas, se necessário, as suas vidas, a fim de manter a República e a sua liberdade. Encontramos estes valores sendo expressos por Salutati já na década de 1360, mas a declaração mais completa do ideal deve-se a Leonardo Bruni, que constantemente recorreu a ele ao longo dos seus trabalhos políticos. Ele insiste, no final do sua *Eulogia de Florença*, que cada cidadão deve estar preparado para portar armas para a preservação da liberdade.<sup>90</sup>

Segundo John Pocock, o *Momento Maquiaveliano*, nome sugerido por seu colega Skinner enquanto ambos debatiam os resultados iniciais de sua pesquisa, seria caracterizado pelo estágio em que uma república enfrenta o problema de sua própria estabilidade, abalada por fatores internos, como corrupção e concentração de poder, e externos, como ameaças estrangeiras. Estes problemas já haviam sido enfrentados por gregos e romanos, de quem Maquiavel extraiu as fontes de seus trabalhos. O nome remete à um “momento conceitual em que a república era vista confrontando a sua própria finitude temporal, como uma tentativa de permanecer moral e politicamente estável numa corrente de acontecimentos irracionais e essencialmente destrutivos.”<sup>91</sup> Falava-se, portanto, da relação entre

---

<sup>89</sup> POCOCK, J. G. A. **The Machiavellian Moment**: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 114, *tradução nossa*.

<sup>90</sup> SKINNER, Quentin. **The foundations of modern political thought**. Vol. 1. The Renaissance. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 76, *tradução nossa*.

<sup>91</sup> POCOCK, J. G. A. **The Machiavellian Moment**: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. VIII, *tradução nossa*.

“virtude”, “fortuna” e corrupção; conceitos desenvolvidos e estudados pelos pensadores florentinos.

Tal *Momento* foi experimentado por Florença, no tempo de Maquiavel, e posteriormente pela curta República da Inglaterra, instaurada após a Guerra Civil Inglesa, e pelos Estados Unidos Americanos após sua independência. Em cada um destes momentos históricos, pensadores dialogaram e desenvolveram as ideias de seus predecessores, dando continuidade à tradição republicana herdada dos antigos. Outras manifestações também podem ser observadas em diversos locais e épocas, em diferentes acontecimentos históricos por toda a modernidade: na América Latina em seus processos de independência; Polônia; Suíça; na Unificação Alemã, entre outros exemplos.

A marca dessas manifestações reside na irredutível defesa do autogoverno em franca oposição ao autoritarismo interno ou ao domínio externo, sob o signo da liberdade, da cidadania e participação, do império da lei e do controle dos poderes. [...] O uso de Maquiavel na Inglaterra é um dos exemplos mais característicos e estudados. Marchamont Nedham, James Harrington, Algernon Sidney, Henry Neville, principais expoentes do republicanismo inglês, mobilizam o secretário de Florença em franca relação com seus programas e teorias republicanas. O mesmo ocorre com a revolução americana, que ainda acumula o emprego dos personagens ingleses. Aliás, o Seiscentos inglês é importantíssimo ainda hoje, por exemplo, para a concepção de liberdade do republicanismo neorromano. Rousseau, Mably, Condorcet e Sieyès são constantemente lembrados durante o século XIX francês e continental como um todo, além dos movimentos de independência latino-americanos.<sup>92</sup>

Inspirado pelo trabalho de seu colega, Quentin Skinner também estudou a tradição republicana de pensamento político, voltando-se para o conceito de liberdade empregado por tais autores. Em sua pesquisa, o autor chegou à uma definição de liberdade que se afasta daquelas previamente elaboradas por outros pensadores, presente sobretudo nos conceitos de Benjamin Constant – liberdade dos antigos e dos modernos – e Isaiah Berlin – que contrapôs liberdade positiva e negativa. Estes pensamentos haviam dominado a discussão a respeito da liberdade desde ao menos o século XIX, sendo endossados no século XX e vindo a

---

<sup>92</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 61.

ser utilizados pelo próprio Pocock em sua obra de reconstrução do pensamento republicano.<sup>93</sup>

Contra-pondo-se, portanto, a estes autores e se baseando na tradição romana de pensamento republicano, Skinner defende um outro conceito de liberdade, entendida como a não-dominação. Este também é um conceito negativo de liberdade, mas diferente daquele presente no liberalismo político, uma vez que destaca com mais proeminência a importância da participação política.

Se você deseja manter sua liberdade, deve assegurar-se de que vive sob um sistema político no qual não há elemento de poder discricionário, e, portanto, nenhuma possibilidade de que seus direitos civis possam ser dependentes da boa vontade de um governante, ou grupo governante, ou qualquer outro agente do Estado. Você deve viver, em outras palavras, sob um sistema em que o poder único de fazer leis permanece com o povo ou seus representantes autorizados, e em que todos os membros do corpo político – governantes e cidadãos igualmente – permanecem do mesmo modo sujeitos a quaisquer leis que escolherem impor sobre si mesmos. Se, e apenas se, você vive sob um tal sistema auto governante, seus dirigentes estarão privados de quaisquer poderes discricionários de coerção, e em consequência privados de qualquer capacidade tirânica de reduzi-lo e aos seus concidadãos à condição de dependência à sua boa vontade e, portanto, ao status de escravos.<sup>94</sup>

Este conceito de liberdade estudado por Skinner veio posteriormente a inspirar o trabalho de Philip Pettit no campo das Ciências Políticas, não obstante algumas variações, como será melhor abordado em capítulo próprio.

Skinner e Pocock, em seus trabalhos seminais sobre o republicanismo, também se distanciaram em relação a genealogia dessa tradição na Antiguidade. Enquanto Pocock defendeu a origem ateniense do republicanismo moderno, Skinner insiste em sua gestação romana. Esse debate fez nascer a divisão entre republicanos neoromanos e neoatenienses. “De um lado, localiza-se a gênese da tradição no mundo grego, em especial no *zoon politikon* aristotélico, de outro lado, a república romana assume o epicentro do debate, [...] pela criação das instituições basilares do regime republicano.”<sup>95</sup> Não obstante os fortes argumentos em ambos os lados, Skinner deu o tom do debate posterior sobre o tema, fazendo com que a visão

---

<sup>93</sup> PETTIT, Philip. **Keeping Republican Freedom Simple**: On a Difference with Quentin Skinner. *POLITICAL THEORY*, Vol. 30 No. 3, Junho 2002, p. 339.

<sup>94</sup> SKINNER, Quentin. **Liberdade Antes do Liberalismo**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 65.

<sup>95</sup> LAUREANO, Roger; SILVA, Ricardo. **Tradição e Interpretação**: taxonomias do republicanismo. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 15.

neoromana dominasse os trabalhos que o seguiram. Em seu livro, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, argumenta que o pensamento político da Renascença deve mais a Roma do que a Grécia.<sup>96</sup>

Algumas críticas foram feitas ao neorepublicanismo propagado pelo Escola de Cambridge. Entre elas sua fixação à eventos ocorridos na Grã-Bretanha, Estados Unidos e Itália, deixando de lado a tradição republicana que pode ser observada na França e em outras localidades, ainda que com nuances próprias. Os autores também são criticados pela escolha de Maquiavel como responsável pelo resgate do republicanismo na Idade Moderna, uma vez que outros autores, como Francesco Guicciardini, teriam contribuído de forma mais decisiva para tanto. Além disso, os autores de Cambridge não enfatizam o papel do humanismo escolástico da Idade Média em preservar a tradição republicana, preferindo focar em trabalhos mais laicos e posteriores. Dessa forma, “o acúmulo de pesquisa e divulgação sobre o renascimento italiano, as guerras civis inglesas, a revolução americana e o iluminismo parece ter sido a causa – e não a consequência – principal para que se identifique o republicanismo com essas manifestações. ”<sup>97</sup>

### 3.3.3 Republicanismo: Características e Oposições

Como visto, ainda que não dedicados diretamente a definir o republicanismo, os trabalhos iniciais da Escola de Cambridge despertaram na comunidade acadêmica um interesse renovado pelo pensamento republicano. Após essa disseminação inicial, muitas tentativas de definir essa tradição foram empreendidas, fazendo aflorar opiniões divergentes, o que se deve as diferentes perspectivas de exame e exemplos de observação, que variam conforme o local, época e eventos em que a tradição se manifesta e é analisada. “A diversidade interna do neorrepublicanismo deve-se não apenas a distintas adaptações do ideário

---

<sup>96</sup> SKINNER, Quentin. **The foundations of modern political thought**. Vol. 1. The Renaissance. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 93.

<sup>97</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 61.

republicano clássico para o mundo contemporâneo, mas também a novas interpretações acerca do cânone da tradição.”<sup>98</sup>

Apesar das diferenças, pode-se apontar alguns elementos em comum que ajudam a desenhar um padrão para o republicanismo, são eles: a oposição ao autoritarismo, a defesa da liberdade, cidadania e participação política, bem como o império da lei e o controle dos poderes. Desse modo, “o republicanismo necessita ser antiautoritário [...], com um governo misto, império das leis, assentado nos conceitos de liberdade e igualdade em relação mútua (ou um viés mais claramente isonômico), e com alguma preocupação com a cidadania, participação ou virtude cívica.”<sup>99</sup>

Diante da dificuldade de apresentar uma definição que englobe o republicanismo em todas as suas manifestações, é possível, de modo diverso, destacar aquilo que o republicanismo não é. Nesse passo, a tradição se afasta do liberalismo político, uma vez que “o pensamento neorepublicano pretende mostrar os limites das posições liberais, ao propor reformular a ideia de liberdade de tal forma que concilie o respeito pela vida individual na esfera privada e a ambição republicana pelo bem comum.”<sup>100</sup> Segundo os teóricos liberais, no entanto, ao insistir na busca por um bem comum, o republicanismo se aproximaria dos sistemas autoritários, uma vez que o sentido de tal expressão resta comprometido pela pluralidade de visões de mundo dentro de uma sociedade. O monismo em relação ao que se considera bem comum faria com que as pessoas que não se enquadrem no modelo escolhido pela maioria tenham suas vidas privadas prejudicadas por essa desconformidade. Esse, de fato, é um dos desafios da teoria republicana quando aplicada à sociedade plural contemporânea.

Se por um lado o republicanismo repudia a liberdade estritamente negativa dos liberais, por outro lado também não apoia uma visão puramente positiva. Por conseguinte, o republicanismo igualmente se afasta do comunitarismo, já que, para estes, a liberdade é “adquirida apenas com a participação ativa na vida da comunidade da qual se faz parte. Ela depende da devoção ao bem público e do

---

<sup>98</sup> LAUREANO, Roger; SILVA, Ricardo. **Tradição e Interpretação**: taxonomias do republicanismo. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 11.

<sup>99</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 42.

<sup>100</sup> NAY, Oliver. **Histoire des Idées Politiques**: 2500 ans de débats et controverses en Occident. Malakoff: Armand Colin, 2021, p. 67, *tradução nossa*.

cultivo de virtudes cívicas exigidas para esta participação. Neste sentido, é possível ser coagido pela lei à prática das virtudes cívicas”<sup>101</sup>. A não dominação defendida pelos republicanos não compactua com nenhum desses extremos, observando os benefícios e malefícios de ambos.

Ao defender a não-dominação, Philip Pettit acaba se aproximando do próprio liberalismo, avançando na não-interferência defendida por Berlin e criando pontos de contato com teorias liberais, como o liberalismo igualitário de John Rawls.

O ideal da liberdade como não dominação prescreve que ninguém deve estar sob o arbítrio de ninguém, o que corresponde a um comprometimento com o valor moral igual de todos os seres humanos, ou, no vocabulário Rawlseano, ao princípio da igualdade humana fundamental. Tanto para Pettit como para Rawls o status moral igual é determinante para uma sociedade justa ou não arbitrária, e ambos concordam quanto à necessidade de ações institucionais para que aqueles que se encontrem em uma situação mais vulnerável possam de fato desfrutar desta igualdade. [...] De fato, o republicanismo de Philip Pettit é bastante próximo a algumas posições reconhecidamente liberais. Assim como o ideal de não interferência, o ideal de liberdade como não dominação é uma concepção negativa de liberdade política, portanto a participação política não possui um valor intrínseco. A participação política é um instrumento importante para garantir a não dominação, mas ainda assim um instrumento, não um fim.<sup>102</sup>

Da mesma forma, a teoria política de Amartya Sen encontra no republicanismo algumas semelhanças, como reconhece Philip Pettit: “Na minha leitura, a teoria da liberdade de Sen coincide com a abordagem republicana nesta ênfase na conexão entre liberdade e não-dependência: entre a liberdade e, numa frase do século XVII, independência da vontade do outro”<sup>103</sup>. O autor observa que, para Sen, assim como para os republicanos, a não-interferência não é suficiente para a liberdade, que só é alcançada pela não-dominação.

Como visto anteriormente, conforma a genealogia que se aceite, o neorepublicanismo pode ser dividido entre as vertentes neoromana e neoateniense. Entre aqueles que acreditam em sua raiz grega, a imagem de Aristóteles é lembrada como precursora do pensamento que enxerga a liberdade materializada na

<sup>101</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. **Liberais, Comunitaristas e Republicanos**: a questão da liberdade. Síntese - Rev. de Filosofia v. 41 n. 131 (2014): 345-358, p. 354.

<sup>102</sup> ELIAS, Maria Lígia. **A liberdade como não dominação de Philip Pettit e o liberalismo igualitário de John Rawls**. In: Tempo da Ciência, v. 17, n. 33, 2010, p. 157.

<sup>103</sup> PETTIT, Philip. **Capability and Freedom**: a defence of Sen. In. Economics and Philosophy, 17 (2001) 1-20, p. 18, *tradução nossa*.

participação política<sup>104</sup>. Nessa concepção, o sujeito teria duas existências: uma privada e outra pública. “Segundo a vertente neoateniense, é na segunda existência que os seres humanos realizam sua liberdade, em uma atividade pública interposta pelo debate de múltiplas perspectivas discursivas.”<sup>105</sup> A liberdade, portanto, se realizaria na *vita activa* do ser político.

Por sua vez, os que defendem a origem romana da tradição identificam a liberdade com a não-dominação, expressão defendida por Philip Pettit e que influenciou muitos estudos posteriores. Esse crescente interesse pelo pensamento romano ficou conhecido como *roman turn*, ou a guinada romana no pensamento político. Desse modo, “livre é aquele que não é dominado por outra pessoa, que não está sob o poder arbitrário de outrem. Essa concepção de liberdade estaria presente no mundo romano, em especial no seu corpus jurídico, o Digesto, como apresentam Pettit e Skinner.”<sup>106</sup> A diferença mais marcante entre ambas as abordagens provém do tipo de sociedade em que cada visão teria se originado. Enquanto gregos viviam em um Estado mais enxuto, que permitia a participação direta de todos os cidadãos, Roma, sobretudo nos anos finais da República e início do Império convivia com uma alta complexidade social e administrativa, o que dava contornos diversos à característica de ser livre.

Com relação a suas manifestações modernas, o republicanismo foi inicialmente focado nos eventos italianos, ingleses e norte-americanos. No entanto, trabalhos recentes demonstraram diversas outras ocorrências, especialmente no pensamento francês revolucionário, ainda que suas ideias muitas vezes se contraponham radicalmente. Essa diversidade fez alguns autores considerem o republicanismo francês uma exceção.

Diferentemente das guerras civis inglesas, a república na França não surge como consequência da derrocada da monarquia, mas essa é sua causa, e, afastando-se da revolução americana, os ideais de representação local e

---

<sup>104</sup> “É, portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Aquele que, por sua natureza e não por obra do acaso, existisse sem nenhuma pátria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem, segundo Homero: Um ser sem lar, sem família e sem leis. Aquele que fosse assim por natureza só respiraria a guerra, não sendo detido por nenhum freio e, como uma ave de rapina, estaria sempre pronto para cair sobre os outros. [...] Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade.” ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

<sup>105</sup> LAUREANO, Roger; SILVA, Ricardo. **Tradição e Interpretação**: taxonomias do republicanismo. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 15.

<sup>106</sup> LAUREANO, Roger; SILVA, Ricardo. **Tradição e Interpretação**: taxonomias do republicanismo. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 16.

federalismo não encontraram eco nas correntes mais poderosas daquele contexto. Poder-se-iam acrescentar à exceção francesa a questão social, a unidade nacional, a educação universal e laica e o antimonarquismo como princípios estruturantes. Esses termos são, de fato, estranhos à linguagem republicana ítalo-atlântica, de tal maneira que se torna compreensível a crítica francesa. [...] Em suma, sustentamos que o contexto oferece a ferramenta necessária para compreender a importância relativa de cada conceito republicano, mas este não determina por si mesmo quais sejam esses conceitos.<sup>107</sup>

De todo modo, a partir do século XIX e início do século XX, o republicanismo passa por um período de adormecimento, ou um *eclipse*. “O eclipse do republicanismo inaugurou uma forma de pensamento, ainda hoje predominante, em que a liberdade como não-dominação é substituída pelo ideal muito menos exigente de liberdade como não-interferência.”<sup>108</sup> De fato, a ascensão do liberalismo fez com que tradições como o republicanismo perdessem atenção acadêmica durante algum tempo.

Não faltam vozes, por outro lado, a apontar o liberalismo como um herdeiro do próprio republicanismo. Essa é a opinião, por exemplo, de Maurizio Viroli, em seu livro sobre o tema. “De um ponto de vista histórico, a relação entre liberalismo e republicanismo é de derivação e inovação. O liberalismo é uma doutrina derivada do republicanismo, no sentido de ter extraído diversos de seus princípios deste, notavelmente a defesa do Estado limitado contra o absoluto.”<sup>109</sup> A crítica republicana, no entanto, aponta que a agenda liberal não foi capaz de efetivar uma série de valores caros ao republicanismo do qual teria se derivado.

### 3.4 SISTEMATIZAÇÕES DO CONCEITO DE LIBERDADE

A partir de agora, veremos como a liberdade foi sistematizada no decorrer dos séculos, iniciado pela palestra *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*, proferida por Benjamin Constant em 1819 na cidade de Paris, que foi posteriormente transcrita e transformada em um ensaio que causou grande influência no pensamento político posterior. Em sua fala, Constant observa que

<sup>107</sup> FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021, p. 34.

<sup>108</sup> PETTIT, Philip. **Just Freedom**: a moral compass for a complex world. New York: W. W. Norton & Company, 2014, p. 27, *tradução nossa*.

“entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados [...] Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano em aparência.”<sup>110</sup> Isso porque, prossegue o autor, tais sociedades apresentam características distintas em relação à sua organização, o que se deve, principalmente, ao grau de complexidade de cada uma.

Nessa perspectiva, enquanto os antigos viviam em sociedades menores, marcadas pela belicosidade, as sociedades modernas, maiores, valem-se do comércio para alcançar seus objetivos. Dentre as nações antigas, “a mais populosa, a mais poderosa, a mais importante delas não era igual em extensão ao menor dos Estados modernos. Como consequência inevitável de sua pouca extensão, o espírito dessas repúblicas era belicoso. [...] O mundo moderno oferece-nos um espetáculo totalmente oposto.”<sup>111</sup> Essa diferença fez com que o cidadão antigo detivesse um potencial muito maior em influir na administração de sua sociedade, ainda que gozasse de poucas garantias privadas frente à vontade coletiva, o que se evidencia em institutos como o ostracismo. Por sua vez, os modernos têm sua vida privada protegida das ingerências do Estado, no entanto não dispõem de semelhante poder ao decidir as questões públicas, uma vez substituída a participação direta pela representativa.

Dessa observação, Constant extrai algumas conclusões. Primeiro: a extensão de um Estado é inversamente proporcional ao poder político de cada cidadão, ou seja, quanto maior um país, menor a influência de seus cidadãos na administração. Segundo: a escravidão, ao retirar os direitos políticos de parcela significativa da população, influencia na forma como o poder é dividido – abolindo-a, o Estado se torna mais complexo. Terceiro: com a substituição da guerra pelo comércio, o cidadão passa a dispor de menos tempo para os assuntos públicos, uma vez que seus interesses privados acabam demandando permanentemente sua atenção. Por fim, o indivíduo moderno tem forte apreço pela independência, repudiando a interferência estatal na sua esfera privada.

---

<sup>109</sup> VIROLI, Maurizio. **Republicanism**. Nova York: Hill and Wang, 2002, p. 59, *tradução nossa*.

<sup>110</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. In. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

<sup>111</sup> *Ibid.* p. 12.

Entre as nações antigas, no entanto, o autor abre um parêntese para Atenas. Lá, mais do que em Roma ou Esparta, o desenvolvimento do comércio fez crescer a proteção à liberdade individual, aproximando os atenienses dos cidadãos modernos. Ainda assim, a escravidão e o ostracismo, realidades impensáveis na modernidade, estavam presentes e eram necessárias mesmo em Atenas, em troca de uma ativa participação dos cidadãos no poder coletivo. Isso mostra, segundo o autor, que “não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, a qual se compunha da participação ativa e constante do poder coletivo. Nossa liberdade deve compor-se do exercício pacífico da independência privada.”<sup>112</sup> Nessa perspectiva, não se poderia mais sacrificar o indivíduo, tal qual ocorria na antiguidade, para preservar a liberdade política.

Ocorre que muitos pensadores, observa Constant, se inspiraram em instituições antigas para defender interesses modernos.

Devemos desconfiar, Senhores, dessa admiração por certas reminiscências antigas. Se vivemos nos tempos modernos, quero a liberdade que convém aos tempos modernos; se vivemos sob monarquias, suplico humildemente a essas monarquias de não tomar emprestados às repúblicas antigas meios de oprimir-nos. A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e, portanto, indispensável. Mas pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a consequência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhe ser arrebatada.<sup>113</sup>

Se o perigo da liberdade antiga estava em prejudicar a liberdade individual em favor da participação no poder social, o perigo da liberdade moderna se encontra na renúncia da participação política em prol de maior autonomia particular. Para que se possibilitem ambas as liberdades, um sistema representativo forte deve administrar os interesses públicos. Os cidadãos, para tanto, precisam “exercer uma vigilância ativa e constante sobre seus representantes e reservar-se o direito de, em momentos que não sejam demasiado distanciados, afastá-los, caso tenham traído suas promessas, assim como o de revogar os poderes dos quais eles tenham eventualmente abusado.”<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> *Ibid.* p. 15.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 21.

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 23.

Constant finaliza seu discurso defendendo a importância das duas formas de liberdade. “Longe, pois, Senhores, de renunciar a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las.”<sup>115</sup> O Estado deve respeitar a individualidade de seus membros e possibilitar sua participação política nas decisões.

As ideias de Benjamin Constant deram o tom do debate sobre a liberdade durante o século XIX e início do século XX, até que, em 1958, uma nova palestra, dessa vez proferida na Universidade de Oxford, reformula analiticamente o conteúdo deste conceito. A fala de Isaiah Berlin sobre os *Dois Conceitos de Liberdade*, posteriormente publicada em sua coletânea *Quatro Ensaios Sobre a Liberdade*, já não era dividida entre antigos e modernos, mas sim entre liberdade positiva e negativa. “Não proponho discutir a história dessa palavra protéica ou seus mais de duzentos sentidos registrados pelos historiadores de ideias. Proponho examinar não mais que duas de suas acepções — mas elas são centrais, com muita história humana atrás de si e, ousado dizer, ainda por acontecer.”<sup>116</sup>

A noção de liberdade negativa, prossegue o autor, está relacionada com a ausência de interferência na esfera privada, uma ideia relativamente nova, que começa a tomar forma a partir do século XVII. Nesse viés, “normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros.”<sup>117</sup> Assim, aquele impedido de fazer o que deseja não é livre, considerando-se coagido ou até escravizado na medida de sua restrição. Essa vertente da liberdade também pode ser descrita como *liberdade de* (algo), nomeada negativa pela ausência de algo: a interferência externa no âmbito privado.

Por outro lado, a liberdade positiva, segundo o autor, seria aquela identificada como a capacidade de ser o seu próprio senhor, fazendo e realizando as próprias escolhas. É denominada positiva pela presença desse atributo e possibilidade. Também conhecida como *liberdade para* (algo).

Berlin aponta que:

---

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 25.

<sup>116</sup> BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 229.

A liberdade que consiste em ser o seu próprio senhor e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher como agir podem parecer, diante das circunstâncias, conceitos não tão distantes entre si do ponto de vista lógico — nada mais do que as formas negativa e positiva de dizer mais ou menos a mesma coisa. No entanto, as noções "positiva" e "negativa" de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes, nem sempre por passos logicamente respeitáveis, até entrarem por fim em conflito direto uma com a outra.<sup>118</sup>

Ainda que parecidas, ambas as categorias de liberdade entram em colisão a partir do momento em que a liberdade positiva do grupo dominante – seja ele uma maioria democrática, ou uma minoria autoritária – afeta a liberdade negativa de cada indivíduo integrante do todo. Dessa forma, a ideia de que seria possível “encontrar alguma fórmula única, pela qual todos os diversos fins humanos possam ser harmoniosamente realizados, é demonstravelmente falsa. [...] A possibilidade de conflito — e de tragédia — jamais pode ser inteiramente eliminada da vida humana, pessoal ou social”.<sup>119</sup> Saber lidar com essa realidade está no cerne da discussão sobre liberdade.

Ambas as liberdades se fazem importantes, como bem salienta o autor. “Não desejo afirmar que a liberdade individual seja, até nas sociedades mais liberais, o único critério ou mesmo o critério dominante da ação social.”<sup>120</sup> Assim como ela, a igualdade política é essencial para o conceito de liberdade, não sendo possível renunciar a uma em benefício da outra.

De fato, “o pluralismo, com a dose de liberdade “negativa” que acarreta, parece-me um ideal mais verdadeiro e mais humano do que as metas daqueles que buscam nas grandes estruturas disciplinadas e autoritárias o ideal do autodomínio positivo.”<sup>121</sup> Berlin conclui que a exata medida entre esses extremos, respeitando-se a relatividade das diferentes convicções, deve ser alcançada pela maturidade política e moral.

Entre os extremos do estado mínimo e do totalitário, alguns autores se dedicaram a encontrar uma terceira via na conceituação e preservação da liberdade. Nesse campo se inserem os republicanos, com os trabalhos de Skinner e Pettit despontando em novas perspectivas sobre o tema.

---

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 238.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 270.

<sup>120</sup> *Ibid.* p. 270.

### 3.5 LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO

De forma semelhante aos seus antecessores, Quentin Skinner analisou a liberdade em uma aula inaugural proferida na Universidade de Cambridge em 1997, cuja transcrição se tornou um ensaio publicado posteriormente. Em *Liberdade Antes do Liberalismo*, Skinner contesta muitas das pressuposições de Isaiah Berlin, defendendo uma terceira definição de liberdade, posteriormente utilizada por Philip Pettit sob o signo da não-dominação.

O autor tenta traçar a visão neo-romana de liberdade desde sua ascensão na modernidade inglesa e americana ao seu posterior ofuscamento pela ideologia liberal no século XIX. “A concepção rival de liberdade embutida no liberalismo clássico veio a obter uma predominância na filosofia política anglófona que nunca chegou a ser abandonada ulteriormente. A ambição do ensaio que se segue é questionar essa hegemonia liberal”<sup>122</sup>. Nesse caminho são debatidas e problematizadas diferentes visões de liberdade em voga no correr dos séculos, em uma análise complexa sobre o tema.

Skinner inicia sua fala abordando a ideologia neo-romana presente no pensamento político que fundamentou os atos que se seguiram a guerra civil inglesa de 1642. À época, no embate entre monarquistas, como Thomas Hobbes, e humanistas, como Francis Bacon, estes últimos passaram a recorrer às ideias maquiavelianas sobre o republicanismo. Fato é que, após o regicídio em 1649 e consequente proclamação da Comunidade e Estado Livre da Inglaterra, “encontramos, a teoria neo-romana no cerne da propaganda posta em uso pelo novo governo em sua própria defesa. [...] Milton fora igualmente solicitado a colocar sua eloquência à disposição do novo regime, e recorreu extensivamente a ideias clássicas sobre liberdade.”<sup>123</sup> A experiência, no entanto, foi curta. Em menos de dez anos, a República Inglesa viu o caos restaurar a monarquia. Apesar disso, o período

---

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 272.

<sup>122</sup> SKINNER, Quentin. **Liberdade Antes do Liberalismo**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 10.

<sup>123</sup> *Ibid.* p. 24.

que ficou conhecido como Interregno deixou um prolífico legado neo-romano e republicano que reverberou nos séculos seguintes.

Por influência de James Harrington, após a restauração da monarquia e da Câmara dos Lordes em 1660, a constituição mista, com as deliberações e a administração do Estado dividida entre nobres e plebeus, passa a vigorar na Inglaterra. “Daí em diante o ideal de uma constituição mista e equilibrada permaneceu no cerne das propostas apresentadas pelos chamados comunitários no século XVIII, e acabou sendo cultuado (com o elemento monárquico convertido em presidencial) na constituição dos Estados Unidos.”<sup>124</sup> A exportação do ideário republicano para as Américas inicia um crescente processo de revoluções pelo mundo.

Nesta altura, Skinner passa a abordar a analogia explorada pelos teóricos neo-romanos entre a escravidão de pessoas naturais e corpos políticos. Um Estado que perde sua liberdade se assemelharia à um sujeito que cai em servidão ou escravidão. Lembra que nos documentos históricos romanos, entre eles o Digesto, a condição de um escravo não era tão debatida sobre a questão de os mesmos serem coagidos a agir pela vontade de seu senhor, mas sim de serem propriedade deste, residindo aí a essência do que se entendia por privação de liberdade.

Vale a pena lembrar que uma das ironias mais frequentemente exploradas na comédia romana centra-se na inversão do relacionamento senhor-escravo e, especificamente, na habilidade de escravos engenhosos em eludir as implicações de sua própria servidão. A figura audaciosa de Tranio em *Mostelaria*, de Plauto, oferece talvez a mais memorável ilustração do tema. Pelo fato de seu senhor ser benevolente e em geral ausente, Tranio é capaz de se gabar de nunca ter sofrido nenhuma opressão direta. [...] Isso resolve o aparente paradoxo do escravo que consegue evitar ser coagido. Embora tais escravos possam na verdade ser capazes de agir à vontade, eles permanecem por todo tempo *in potestate demini*, dentro do poder de seus senhores. Eles, desse modo, permanecem sujeitos ou passíveis de morte ou de violência a qualquer momento, como mesmo a personagem de Tranio é obrigada a reconhecer. A essência do que significa ser um escravo, e, portanto, a falta de liberdade pessoal, é assim estar *in potestate*, dentro do poder de alguém mais.<sup>125</sup>

Maquiavel, em seu *Discursi*, explora essa distinção ao comparar as cidades livres das não livres. Deste modo, a monarquia privaria os corpos políticos da liberdade, em um exemplo de escravidão. É esta “análise da escravidão que fundamenta a explicação dada pelos autores neo-romanos do que significa para

---

<sup>124</sup> *Ibid.* p. 39.

<sup>125</sup> *Ibid.* p. 43.

uma associação civil possuir ou perder sua liberdade. [...] Um Estado livre é um Estado em que há magistraturas eleitas anualmente e uma sujeição igual de todo cidadão ao domínio da lei.”<sup>126</sup> James Harrington, em sua obra *Oceana*, argumenta que foi essa definição de liberdade que Maquiavel retirou de Lívio e entregou ao mundo moderno.

Os defensores da República Inglesa ecoaram essa visão ao defender o fim da monarquia, inspirando a Revolução Americana que se seguiu. “Uma forma de republicanismo autogovernante, eles concluem, deve, portanto, ser o único tipo de constituição sob a qual a liberdade pública pode ser adequadamente preservada. [...] Declaram que apenas uma república pode ser um Estado livre.”<sup>127</sup> Essa teoria neo-romana dos Estados livres foi considerada subversiva à época.

É importante salientar que os republicanos neo-romanos não negam o conceito negativo de liberdade. Ou seja, não se compactua com as coerções sobre a liberdade individual. “O que os autores neo-romanos repudiam *avant la lettre* é a suposição fundamental do liberalismo clássico de que a força ou a sua ameaça coerciva constituam as únicas formas de constrangimento que interferem com a liberdade individual.”<sup>128</sup> Os neo-republicanos insistem que viver em dependência é, em si, uma forma de constrangimento à liberdade. Fazem isso enfatizando o papel dos direitos civis na dimensão de ser livre.

O interesse pelo republicanismo do início da modernidade, no entanto, não durou muito. “Com a ascensão do utilitarismo clássico no século XVIII, e com o uso de princípios utilitaristas para sustentar boa parte do Estado liberal no século seguinte, a teoria dos Estados livres caiu cada vez mais em descrédito, até que, por fim, deslizou quase inteiramente para fora de vista.”<sup>129</sup> O movimento liberal passa a descreditar o pensamento republicano, ao ponto de, ao fim do século XIX, alguns autores acreditarem que o modelo neo-romano de liberdade estava sepultado pelos argumentos liberais.

Skinner lembra, no entanto, que “um papel correspondente para o historiador do pensamento é o de agir como um tipo de arqueólogo, trazendo de volta para a superfície tesouros intelectuais enterrados, limpando sua poeira e possibilitando-nos

---

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 46.

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 54.

<sup>128</sup> *Ibid.* p. 72.

<sup>129</sup> *Ibid.* p. 80.

reconsiderar o que pensamos deles.”<sup>130</sup> Nesse intuito, o autor buscou resgatar a teoria neo-romana dos cidadãos livres e Estados livres; resgatando-a de seu eclipse pela análise liberal da liberdade negativa como ausência de impedimentos coercitivos. A hegemonia desta última fez com que fosse considerada por muito tempo a única a conceituar a liberdade.

O autor ilustra esta afirmação tomando como exemplo o próprio ensaio de Isaiah Berlin, *Dois Conceitos de Liberdade*, analisado anteriormente. Naquele texto, sustenta Skinner, Berlin defende que a liberdade individual não teria uma conexão necessária com um governo democrático, sendo compatível com alguns tipos de autocracia. A teoria neo-romana põe em dúvida precisamente esta identificação da liberdade individual com a não interferência, propondo a ampliação deste conceito para a não dependência.

Ambas as facções em polêmica concordam em que uma das metas primeiras do Estado deveria ser respeitar e preservar a liberdade de seus cidadãos individuais. Um lado argumenta que o Estado pode esperar cumprir esta promessa simplesmente assegurando que seus cidadãos não sofram nenhuma interferência injusta ou desnecessária na busca dos objetivos que escolheu. Mas o outro lado afirma que isso nunca será suficiente, pois será sempre necessário que o Estado assegure, ao mesmo tempo, que seus cidadãos não caiam numa condição de dependência evitável da boa vontade de outros. O Estado tem o dever não só de liberar seus cidadãos dessa exploração e dependência pessoais, como de impedir que seus próprios agentes, investidos de uma pequena e breve autoridade, ajam arbitrariamente no decorrer da imposição das regras que governam nossa vida comum. Como mostrei, nós, no Ocidente moderno, adotamos o primeiro destes pontos de vista ao mesmo tempo em que, em ampla medida, deixamos o segundo de lado. Havia obviamente condições suficientes para este resultado, mas procurei mostrar que não obstante ele pode ser visto à luz de uma escolha.<sup>131</sup>

Inspirado em seu colega, Philip Pettit também adota um conceito distinto de liberdade diante da já consagrada divisão positiva e negativa. No entanto, prefere se referir a ela como não dominação. Pettit propõe, portanto, uma concepção que “associa a liberdade à ausência de dominação (uma não-dominação). Nesta visão, a liberdade consiste em não estar sujeito às intervenções arbitrárias dos outros, ou seja, às interferências negativas que não são desejadas nem controladas por quem

---

<sup>130</sup> *Ibid.* p. 90.

<sup>131</sup> *Ibid.* p. 95.

as sofre.”<sup>132</sup> No entanto, o autor procura compatibilizar suas ideias com as de Skinner, de quem acredita possuir apenas diferenças pontuais.

Em *Mantendo a Liberdade Republicana Simples: sobre a diferença com Quentin Skinner*, Pettit explora justamente essa questão. Skinner “contrasta a liberdade com um antônimo composto de não-dominação e não-interferência, eu a comparo com o único antônimo de não-dominação. Isso não representa um contraste enorme.”<sup>133</sup> Isso porque, prossegue o autor, mesmo que a interferência não envolva dominação, ela restringe o campo de escolhas não dominadas do agente em foco. Este seria um mal secundário do ponto de vista da não dominação. Para ilustrar essa diferença, utiliza-se a figura de um senhor benevolente com seu escravo, em um típico caso de dominação sem interferência; e a hipótese de uma lei não arbitrária (democrática), como um caso de interferência sem dominação. Pettit afirma que, se estiver certo, o primeiro caso é pior do que o segundo. Desse modo, sustenta o autor, seria mais coerente associar a liberdade republicana com o segundo caso – a não dominação.

Pettit também aponta que assim como a conceituação da liberdade não pode ficar aquém da não dominação, também não poderia ser considerada além desta. “Qualquer teoria que vá além de identificar a liberdade com a não dominação deverá identificá-la com a não limitação de qualquer espécie; não consegue encontrar um ponto de descanso estável na identificação da liberdade com uma articulação ideal de não dominação e não interferência.”<sup>134</sup> Isso esvaziaria o conceito de liberdade para uma ideia irreal.

Em outro texto, onde aborda as diferenças entre liberalismo e republicanismo, Pettit propõe analisar a forma com que as duas tradições enfrentam questões de relevância mútua. Para isso, o autor aborda suas concepções de liberdade e seus modelos de sociedade democrática. “Existem duas áreas principais em que o liberalismo e o republicanismo entram em conflito: primeiro, na forma como concebem a liberdade; segundo, e em estreita relação com o anterior, na forma

---

<sup>132</sup> NAY, Oliver. **Histoire des Idées Politiques**: 2500 ans de débats et controverses en Occident. Malakoff: Armand Colin, 2021, p. 67, *tradução nossa*.

<sup>133</sup> PETTIT, Philip. **Keeping Republican Freedom Simple**: On a Difference with Quentin Skinner. In. *Political Theory*, Vol. 30, No. 3 (Jun., 2002), pp. 339-356. p. 352. *Tradução nossa*.

<sup>134</sup> *Ibid.* p. 353.

como as sociedades democráticas devem funcionar.”<sup>135</sup> Nessa perspectiva, chega-se às concepções negativas e positivas de liberdade. Pettit sustenta que tanto a não dominação quanto a não interferência são conceitos negativos, pois enfocam uma determinada ausência, mas com contornos diferentes, que revelam traços distintos entre cada tradição.

A respeito da diferença entre não interferência e não dominação, Pettit faz alusão novamente a figura do senhor e seu escravo. “A tradição republicana é unânime em apresentar a liberdade como o oposto da escravidão e em ver a exposição à vontade arbitrária de outro, ou viver à mercê de outro, como o grande mal.”<sup>136</sup> Percebe-se que ambas as imagens representam concepções negativas de liberdade, ou a ausência de algo. No entanto, enquanto liberais privilegiam a ausência de interferência, sem se preocupar com uma potencial dominação econômica ou política, os republicanos focam nesse aspecto como essencial para a verdadeira liberdade dentro das sociedades.

A respeito do ideal democrático, liberais e republicanos concordam com a importância do voto. No entanto, enquanto liberais enfatizam o poder de escolha do representante como a justificativa preponderante do direito ao voto, em uma franca associação com o livre mercado, o motor principal de referidos modelos sociais; republicanos preferem enfatizar a preocupação com a administração compartilhada do bem público, possibilitada pelo voto de todos os cidadãos. “Em termos econômicos, os eleitores atuam como controladores de qualidade e não como consumidores.”<sup>137</sup> Isso também se reflete no ideal de homem público para cada tradição. Enquanto para liberais os políticos devem assumir um papel mais voltado à negociação, transacionando concessões e exigências – em mais uma associação com o mercado – para que se chegue ao bem comum; para os republicanos essa atividade deve estar mais próxima da deliberação coletiva, em que ambas as partes buscam o entendimento mútuo.

Liberdade como não-dominação, para Pettit, é a ausência de dominação frente outras pessoas. É um ideal social que garante o bloqueio de interferência de uma pessoa sobre outra. “Tal não-dominação pode ser promovida numa sociedade

---

<sup>135</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 117, *tradução nossa*.

<sup>136</sup> *Ibid.* p. 120.

através de pessoas que passam a ter poderes iguais ou através de um regime jurídico que impeça as pessoas de dominarem umas às outras sem, por sua vez, dominar ninguém.”<sup>138</sup> Segundo o autor, citando Montesquieu, essa liberdade garante a tranquilidade de uma pessoa poder olhar a outra nos olhos.

---

---

<sup>137</sup> *Ibid.* p. 130.

## 4 O MODELO BRASILEIRO DE LIBERDADE

O tema da liberdade é central para este estudo, uma vez que fundamenta a defesa, ou o ataque, à permissibilidade da lavratura dos negócios anuláveis. No entanto, como visto no último capítulo, a liberdade apresenta nuances diferentes conforme o conceito utilizado. Enquanto liberais privilegiam o indivíduo contra ingerências externas, mormente as advindas do Estado, republicanos preferem focar no coletivo e impor algumas limitações para garantir os interesses da comunidade. Ao se analisar o modelo de autonomia privada albergado pelo Direito Brasileiro, encontramos dispositivos que promovem ambas as acepções. É o caso, de um lado, da proteção da autonomia da vontade, e, de outro, da boa-fé, da função social dos contratos e da propriedade, que limitam a autonomia nos moldes republicanos.

Esse modelo dual permeia a Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, todas as demais normas brasileiras, do que não poderia escapar o Código Civil de 2002. Tal dualidade é fruto do momento democrático no qual o ordenamento contemporâneo foi gestado, resultado das circunstâncias fáticas, nacionais e globais, da democracia atual.

### 4.1 REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Compreender este panorama da democracia é fundamental para o desenvolvimento do presente estudo, uma vez que a problemática da pesquisa é fruto dos dilemas pelos quais este sistema político tem passado. A incerteza quanto a permissibilidade dos negócios anuláveis é gerada pela incerteza no próprio conceito de liberdade adotado pela Constituição e, conseqüentemente, por todo o sistema normativo brasileiro.

Essa ambiguidade pode ser relacionada com a forma com que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada, de maneira que esta pode ser considerada uma

---

<sup>138</sup> PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 273, *tradução nossa*.

“constituição sem vencedores”<sup>139</sup>. Com a ausência de hegemonia durante a criação da Constituição, nenhum grupo dominou o processo, todos tiveram participação equânime. Daí advém suas ambiguidades, cujos efeitos colaterais incluem as contradições entre liberal e republicano, função social e propriedade privada. Uma consequência disso é alta taxa de processos judiciais que acabam desaguando no Supremo Tribunal Federal, responsável pela decisão final em muitos casos, uma vez que a grande incidência de conceitos abertos no texto constitucional demanda concretude e definição sobre qual seria a melhor interpretação. Tal realidade possui aspectos positivos e negativos, é um espelho da própria democracia.

Considero a CF de 1988 como expressão de uma crise de hegemonia advinda do fim da ditadura militar e da redemocratização. No caso do processo de redemocratização brasileiro, isso significa que o bloco de sustentação da ditadura militar havia se desagregado, não tendo sido capaz de manter o controle da transição. Mas, ao mesmo tempo, não se formou nesse período um bloco alternativo, capaz de dirigir o processo, isto é, capaz de estabelecer de antemão as regras que devem reger a própria disputa política. Com isso, o processo constituinte foi marcado por novidades como uma intensa e influente participação da sociedade civil organizada, um fenômeno de magnitude única na história brasileira. De outro lado, foi marcado igualmente pela ausência de um bloco hegemônico, o que levava as disputas invariavelmente para *clinchs* políticos. Daí o caráter abrangente e detalhista do texto constitucional, por exemplo. Daí também a remissão de tantos dispositivos constitucionais para regulamentação posterior. Isso se explica não apenas pelo ambiente de crise de hegemonia em que se deu o processo constituinte, mas igualmente pela perspectiva de cada força política de alcançar posição hegemônica. Pois a exigência de maiorias qualificadas para toda sorte de matérias impunha um engessamento do quadro legal que só poderia ser vencido pela formação de um bloco hegemônico. Esse ambiente de construção institucional resultou em uma transição democrática longa e altamente negociada, marcada por um reformismo bastante limitado. Essa crise de hegemonia brasileira teve duas formas de expressão mais visíveis. De um lado, a incapacidade de formação de maiorias parlamentares consistentes. De outro, altas taxas de inflação. O pano de fundo mais geral era o da incapacidade de sair de um modelo de desenvolvimento que, na falta de melhor expressão, continuo a chamar de nacional-desenvolvimentista. Nesse sentido, interpreto o período inflacionário da redemocratização não como a realização do ajuste internacional brasileiro, mas, ao contrário, como um adiamento desse ajuste estrutural. Inflação e fragmentação das forças políticas foram dois lados de um mesmo processo de adiamento do ajuste às novas formas produtivas do capitalismo. Em certo sentido, é possível dizer que a escalada inflacionária foi uma maneira de manter o processo de redemocratização em andamento. Pois a pressão por fundos públicos vinha de todos os lados do espectro social. E, em um contexto de crise de

---

<sup>139</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD):461-479, setembro-dezembro 2019.

hegemonia, não é possível impor perdas definitivas a ninguém. A solução (ou não-solução) desse problema levou à hiperinflação.<sup>140</sup>

Como visto, afora a pressão econômica por uma solução inflacionária mais pragmática, o que foi enfrentado com planos econômicos no decorrer da última década do século XX, o panorama legal brasileiro passou, desde então, a conviver com essa pluralidade jurídico-política. Os sucessivos fracassos nas tentativas de estabilização da inflação apontaram em direção à abertura econômica, que só poderia ser operacionalizada com a superação da inércia decisiva. “Mas a inflação inercial tinha também uma contrapartida política (algo que se poderia chamar de “crise de hegemonia inercial”): somente a construção de um bloco hegemônico poderia levar à superação do modelo nacional-desenvolvimentista e ao controle da inflação”<sup>141</sup>. Apesar de ter sido apresentado pelo governo como uma “lógica inevitável”, o Plano Real foi fruto de uma aliança partidária (PSDB-PFL).

O próprio movimento “Diretas Já!” foi um prenúncio do que viria a ser a Assembleia Constituinte. “Pode-se dizer, portanto, que sua convocação foi impulsionada por um movimento de massas sem paralelo na história de nosso país e que durou anos. Não é de se admirar, portanto, a intensa participação popular na Assembleia Nacional Constituinte.”<sup>142</sup> A Constituinte não teve nenhum projeto prévio a ser seguido, como é praxe na produção legislativa, ao invés disso elaborou o texto constitucional *ab ovo*, sem seguir agendas pré-definidas sobre seus limites e objetivos, tudo pôde ser discutido.

Esse processo de elaboração, inspirado em um modelo nacional-desenvolvimentista, “combina elementos aparentemente contraditórios, como a defesa simultânea e concomitante de princípios fundamentais de uma ordem liberal clássica e aqueles típicos do Estado Social da segunda metade do século XX”.<sup>143</sup> Esse, no entanto, não pode ser considerado um defeito.

---

<sup>140</sup> NOBRE, Marcos. **Indeterminação e Estabilidade**. Novos Estudos CEBRAP, 82:97-106, 2008, p. 98.

<sup>141</sup> *Ibid.* p. 99.

<sup>142</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD):461-479, setembro-dezembro 2019, p. 466.

<sup>143</sup> NOBRE, Marcos. **Indeterminação e Estabilidade**. Novos Estudos CEBRAP, 82:97-106, 2008, p. 100.

Acredito, entretanto, que esse seja um grande mérito da CF de 1988. Primeiramente porque qualquer texto legal estabelece certamente parâmetros para a interpretação, mas não tem sentido unívoco. O sentido último de uma norma jurídica é o resultado de uma disputa interpretativa cuja lógica é fundamentalmente política. Tanto no nível da regulamentação como no da aplicação, as normas ganham sempre um rumo interpretativo determinado e nunca definitivo. Foi o caráter largamente “contraditório” do texto constitucional o que permitiu que fosse reivindicado pelos mais diferentes grupos e movimentos. E foi isso que construiu sua legitimidade e sua vitalidade. Foi esse texto dito “colcha de retalhos”, “absurdamente detalhista” e assim por diante o possível para a crise de hegemonia que vivia o país. Mas foi também o mais adequado para a luta posterior pela sua revisão, reforma e pela implementação de direitos. Foi esse seu caráter, digamos, plástico, o que garantiu sua vitalidade. Por essa razão, a CF desempenhou um papel de modelo de juridificação da política. Ao falar em juridificação da política em um contexto de crise de hegemonia quero dizer que o ordenamento jurídico (e a CF em especial) serviu como mecanismo de estabilização da “guerra de todos contra todos” dos 1980. Claro que esse novo papel do direito no Brasil só se tornou possível com a redemocratização. Durante breves períodos o direito foi levado a sério no Brasil. E por boas razões, já que tivemos ditaduras e/ou coronelismo durante mais de metade do século XX.<sup>144</sup>

Consequência disso é a grande variedade de temas tratados na Constituição. “Praticamente todos os conflitos sociais brasileiros estão expressos no texto Constitucional que pode ser visto como um verdadeiro mapa das disputas até hoje presentes em nossa sociedade civil.”<sup>145</sup> Diversas políticas, muitas vezes conflitantes, foram albergadas no texto constitucional. Podemos citar, como exemplo, o estímulo à livre-iniciativa, à par da defesa de diversos direitos sociais. “Hipóteses de subsídios estatais às empresas e intervenção do estado na economia, a Constituição estimula o desenvolvimento do mercado e protege os povos tradicionais, ou seja, para cada valor consagrado na Constituição, podemos encontrar valores concorrentes e até mesmo contraditórios.”<sup>146</sup> Isso mostra que a Carta não foi fruto da hegemonia política de determinado grupo isolado, mas sim o retrato das divergências da sociedade brasileira.

A característica de albergar ideias tão divergente, como princípios de ordem liberal ao lado de outros afetos ao Estado Social, não pode, no entanto, ser considerada um demérito. “Foi o caráter largamente “contraditório” do texto

---

<sup>144</sup> *Ibid.* p. 101.

<sup>145</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD):461-479, setembro-dezembro 2019, p. 468.

<sup>146</sup> *Ibid.* p. 468.

constitucional o que permitiu que fosse reivindicado pelos mais diferentes grupos e movimentos. E foi isso que construiu sua legitimidade e sua vitalidade.”<sup>147</sup> Esse modelo possibilitou a estabilização da sociedade brasileira na redemocratização, fazendo com que todos os grupos recorressem ao Direito para defender seus interesses.

De uma certa maneira, talvez seja razoável imaginar que a ideia de um direito baseado em um acordo básico excessivamente substantivo, cujo sentido seja evidente para todos os cidadãos e cidadãs, a ideia de um projeto constitucional unificado, é uma ilusão a ser evitada de projetos de sociedade etnicamente e culturalmente homogêneas e localizados no centro do capitalismo. Projetos políticos que imaginam ser possível chegar a amplos acordos estáveis sobre seus problemas mais fundamentais, muito em função da abundância de recursos materiais para criar e garantir direitos para todas as pessoas.<sup>148</sup>

Dessa forma, apesar das dificuldades geradas por esse modelo, entre elas aquela enfrentada no presente trabalho, a forma com que a Constituição Federal de 1988 estruturou o Estado Brasileiro pode ser considerada a solução adequada para a realidade em que inserida. Nas próximas páginas, abordaremos o percurso percorrido até o presente estágio do desenvolvimento democrático.

#### **4.1.1 Escorço Histórico**

A partir de uma visão eurocêntrica, é comum o pensamento de que a democracia surgiu naquele continente, inventada pelos gregos na antiguidade. Nesta perspectiva, ela teria morrido com os gregos e romanos, para ressurgir apenas a partir de eventos como a Magna Carta e as repúblicas italianas no Renascimento – o que culminaria nos sistemas representativos baseados em eleições diretas e no sufrágio universal posteriormente exportado para outros continentes. Mas, ao considerarmos “uma ampla gama de sociedades humanas,

---

<sup>147</sup> NOBRE, Marcos. **Indeterminação e Estabilidade**. Novos Estudos CEBRAP, 82:97-106, 2008, p. 101.

veremos que lugares e tempos distantes podem nos dizer coisas surpreendentes sobre nossas próprias instituições políticas. A democracia, muitas vezes, prosperou em lugares onde menos esperaríamos”<sup>149</sup>.

A partir das grandes navegações e do contato europeu com outros povos, percebeu-se que em muitas culturas havia democracias tão desenvolvidas, ou até mais, do que aquelas vivenciadas na Antiguidade greco-romana ou mesmo em estágios avançados da Modernidade. Esse é o caso, por exemplo, do Povo Huron, cujos membros entraram em contato com jesuítas franceses no século XVII na América do Norte. Percebeu-se que esses nativo-americanos possuíam um avançado sistema político, baseado em conselhos locais e regionais, nos quais todos eram chamados a participar, inclusive mulheres. Note-se que a este tempo, nem mesmo na Antiguidade havia existido um sistema democrático que englobasse mulheres e cooperação regional, entre localidades diferentes. Também na América-central, apesar de a grande maioria das nações indígenas se basearem em um rígido sistema político hierárquico, algumas exceções foram registradas, como demonstra David Stasavage<sup>150</sup>:

Em 1519, quando Hernán Cortés entrou no território de Tlaxcala, ele observou que, tanto quanto podia julgar, a forma de governo era “quase como a de Veneza, Gênova ou Pisa, porque não há um governante supremo”. O seu país natal, a Espanha, tinha um único governante supremo, o rei Carlos I.

Não obstante essa observação inicial, é cediço que a tradição democrática hegemônica na atualidade é uma herança direta daquela desenvolvida pelos gregos há pouco mais de 2500 anos. Sem dúvidas, foi em Atenas que essa tradição tomou dimensões e organização mais significativa para a posteridade. No entanto, não foram os atenienses os primeiros a realizarem o modelo democrático em terras gregas, mas sim seus conterrâneos de Esparta, antes de se tornarem a máquina totalitária pela qual ficaram conhecidos. De fato, todas essas experiências não nasceram propriamente na Grécia, tendo sido inspiradas pelos Fenícios do oeste-

---

<sup>148</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD):461-479, setembro-dezembro 2019, p. 478.

<sup>149</sup> STASAVAGE, David. **The Decline and Rise of Democracy**: a global history from antiquity to today. Princeton: Princeton University Press, 2020, p. 8, tradução nossa.

asiático, de quem os gregos herdaram a cultura – como seu alfabeto, métodos de colonização e o regime de cidades-estado autônomas. O que explicaria o helenocentrismo contemporâneo nessa seara, em detrimento do reconhecimento das experiências do Oriente Médio na Idade Clássica, seriam os quase duzentos anos de eurocentrismo, e até mesmo antisemitismo, por parte de pensadores modernos<sup>151</sup>.

Voltando a atenção para Atenas, veremos que a democracia surgiu como uma forma de acalmar os ânimos das massas, que haviam sido governadas por uma aristocracia tirana desde a queda da monarquia. Nesse caminho, desempenharam papéis relevantes Sólon (594 a.C.), cujas reformas diminuíram gradativamente os privilégios da nobreza frente à plebe; e Clístenes (508 a.C.), responsável por instaurar, efetivamente, o governo direto dos cidadãos, o que seria posteriormente aperfeiçoado por Péricles (469 a.C.) e Efiltes (462 a.C.). Assim como Atenas, Roma foi uma das muitas cidades-estado que floresceram ao redor do mediterrâneo, entre outras de origem etrusca, itálica, ibérica e latinas, como ela própria. Ocorre que Roma, diferente de todas as outras, foi aquela cuja história mais influenciou as sociedades futuras, razão pela qual hoje é uma das mais estudadas. Pois bem. A história da democracia romana é muito parecida com a ateniense, a exemplo de uma série de outros aspectos culturais herdados pelos romanos das sociedades gregas, mais antigas que a sua. “Isonomia legal e aproximação política e econômica, sem chegar à igualdade fática. [...] Isso é o que na Grécia e em outros lugares é chamado de democracia, também chamado de república. É um modelo grego que reaparece repetidamente”<sup>152</sup>.

Da mesma forma como ocorreu em Atenas, ao superar a organização tribal, o Estado Romano foi governado por uma monarquia, que eventualmente foi suplantada por uma república, ainda que governada por uma aristocracia formada pela antiga nobreza. Em determinado momento, o descontentamento da plebe com os privilégios classistas forçou a introdução de reformas democráticas para que se acalmassem os ânimos das massas, o que foi iniciado por Sólon, em Atenas (594

---

<sup>150</sup> STASAVAGE, David. **The Decline and Rise of Democracy**: a global history from antiquity to today. Princeton: Princeton University Press, 2020, p. 10, tradução nossa.

<sup>151</sup> HORNBLOWER, Simon. **Creation and Development of Democratic Institutions in Ancient Greece**. In. *Democracy: the unfinished journey*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 2.

<sup>152</sup> ADRADOS, Francisco Rodríguez. **Nueva História de la Democracia**: de Sólon a nuestros días. Barcelona: Ariel, 2011, p. 371, tradução nossa.

a.C.), e pela Lei das XII Tábuas, em Roma (450 a.C.).<sup>153</sup> A partir de então, suas histórias tomam caminhos diferentes.

Dentro destes regimes fervilhava o conflito entre nobres e plebeus, conflito que alcançou um certo abrandamento e acomodação nos séculos V, IV e III a.C. A partir daqui os caminhos de Atenas e Roma divergem: as conquistas desta última no século II levaram ao poder da aristocracia; as tentativas de fazer retroceder o povo e seus apoiadores, como os Gregos, não tiveram sucesso. Roma avançou menos que a Grécia no caminho da democracia: foram os nobres, não o partido popular como na Grécia, que promoveram e exploraram a seu favor a conquista do Mediterrâneo. Mas nesta oligarquia, como em todas, eclodiram conflitos internos entre suas várias personalidades.<sup>154</sup>

Estas personalidades romanas, diante de grandes conquistas e sucessos econômicos, convenceram as massas a encerrar a democracia, fundando um Império que perduraria por muitos séculos e cuja influência seria sentida até os dias atuais.<sup>155</sup> Em determinado momento, de tão grande, esta máquina estatal começa a se despedaçar. A queda do Império Romano consolida o feudalismo pela Europa. São os prenúncios da Idade Média.

São vários os exemplos de Parlamentos destinados à deliberação coletiva na Europa medieval. Esses eventos, no entanto, tinham participação restrita, compostos exclusivamente por uma pequena aristocracia de lordes, barões e clérigos. “As cidades da maior parte da Europa pertenciam ao reino de um monarca que detinha poder absoluto, mas havia exceções. [...] Duas áreas europeias são de particular interesse aqui: a região dos Países Baixos e o norte da Itália”<sup>156</sup>. Nestas localidades, inicialmente de pouco interesse para a nobreza por conta de seus terrenos alagadiços e de difícil cultivo, comunidades locais se desenvolveram não sob a liderança de um monarca, mas sim pelas decisões coletivas de grupos de aldeões dispostos a realizar os hercúleos trabalhos de represamento e canalização de cursos de água. Foi assim em Amsterdã e Veneza, que viriam suas economias florescerem com o comércio marítimo nos séculos subsequentes.

---

<sup>153</sup> ECK, Werner. **The Age of Augustus**. 2 Ed. Oxford: Blackwell, 2007, p. 169.

<sup>154</sup> ADRADOS, Francisco Rodríguez. **Nueva História de la Democracia**: de Sólon a nuestros días. Barcelona: Ariel, 2011, p. 374, *tradução nossa*.

<sup>155</sup> ECK, Werner. **The Age of Augustus**. 2 Ed. Oxford: Blackwell, 2007, p. 89.

<sup>156</sup> OSBORNE, Roger. **Do Povo Para o Povo**: uma nova história da democracia. Tradução Ludimila Hashimoto. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 145.

O poder financeiro garantiu a autonomia política, consolidando a democracia que novamente tomava proporção na Europa. Mas os efeitos do mercantilismo, possibilitado pelo desenvolvimento das navegações, não pararam por aí. Dentro dos próprios Estados Feudais, como França, Inglaterra e o que hoje é a Alemanha e países vizinhos, agrupamentos urbanos, ou burgos, foram tomando forma, dentro dos quais uma comunidade de comerciantes e trabalhadores livres, os burgueses, foram amalhando cada vez mais poder econômico. Não tardou para que nestas localidades a burguesia conquistasse até mesmo mais poder do que os governantes. Vendo o exemplo de outras sociedades mais desenvolvidas que as suas e de caráter republicano, bem como influenciadas por pensadores que viam suas ideias serem divulgadas rapidamente pelo advento da imprensa, as massas foram encorajadas a tomar o poder. Isso ocorreu de diversas maneiras e em momentos diferentes nas várias revoluções da Idade Moderna. Saltam a vista, no entanto, pela influência que causariam, as Revoluções Francesa e Americana. “Como diziam os iluministas e os gregos já sabiam, a natureza humana tem uma série de constantes, entre elas a busca da igualdade e da liberdade. Quando as circunstâncias foram propícias, o sistema democrático renasceu repetidamente”<sup>157</sup>. Em cada renascimento, novas variantes, progressos e problemas.

#### 4.1.2 Panorama Contemporâneo

A democracia que se espalhou pelo mundo a partir da Modernidade é fruto dos anseios burgueses, carregando consigo seus valores e necessidades. Na busca pelo rompimento com a nobreza e o clero, a liberdade privada foi elevada a patamares que favoreceram o individualismo e a concentração de renda. Fruto disso é a edição, em 1804, do Código Civil Francês, o *Code Napoleon*, que apesar de inspirado em experiências anteriores de codificação – como as codificações bávara e russa feitas no século anterior – foi o primeiro a alçar a liberdade aos patamares que posteriormente foram reproduzidos por diversas outras nações desenvolvidas. A

---

<sup>157</sup> ADRADOS, Francisco Rodríguez. **Nueva História de la Democracia**: de Sólon a nuestros días. Barcelona: Ariel, 2011, p. 472, *tradução nossa*.

liberdade contratual se tornou um tema defendido pelos juristas da revolução, como forma de organização em antítese ao feudalismo.

Essa doutrina individualista e voluntarista dominou todo o século XIX, vindo, inclusive, a influenciar a elaboração do primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916, cujo valor fundamental era o indivíduo. A ideologia era que a circulação de riquezas e o poder de contratar eram expressões da própria inteligência e personalidade, não devendo passar por limitações ou entraves legais para que não houvesse interferência<sup>158</sup>.

Outras questões passaram a afetar as democracias. A complexidade das sociedades contemporâneas, marcada pela heterogeneidade de valores, costumes e tradições, difere muito daquelas do passado, como a ateniense e romana – quando aqueles considerados cidadãos aptos ao voto compunham parcela reduzida da real comunidade, composta por mulheres, escravos e os nascidos fora dos limites da *polis*. Mesmo na Idade Moderna, em sociedades como a francesa e americana pós-revolucionárias, a cidadania era desempenhada por pessoas de uma mesma cultura, que partilhavam religião e visão de mundo, ainda que em classes diferentes. Atualmente, diversos pontos de vista, muitas vezes conflitantes, em relação a assuntos como religião, sexualidade, família, segurança e liberdade, coexistem dentro de uma mesma comunidade. Neste ambiente, torna-se difícil manter a coesão social necessária para fundamentar uma democracia. Na segunda metade do século passado, John Rawls, “com a publicação da sua obra *Uma Teoria da Justiça*, caracterizou a pluralidade das sociedades contemporâneas como sendo de ordem filosófica, religiosa e moral. Com igual perspicácia, afirmou serem as desigualdades impossíveis de conciliação”<sup>159</sup>.

Posteriormente, Rawls apresentou algumas estratégias para possibilitar a coesão social entre cidadãos com visões tão diferentes. Defendeu que a concretização de princípios de justiça pelas instituições sociais possibilitaria sociedades equitativas, como igualdade em questões relacionadas à liberdade, acesso à cargos e posições sociais e decisões político-administrativas voltadas aos menos favorecidos. Esse seria o ideal para sociedades complexas, desiguais e em

---

<sup>158</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil**. In.: RDE Revista de Direito do Estado Ano 1 nº 2: 37-53 abr/jun, 2006, p. 36.

contínua transformação. Continuando a tradição dos contratualistas da Idade Moderna, sua pretensão foi criar uma alternativa ao utilitarismo que se mostrava ineficiente. Ainda nesta temática, Amartya Sen, mais recentemente, ainda que conectado às ideias de Rawls, prefere concentrar sua concepção de justiça na remoção das injustiças evitáveis<sup>160</sup>.

De fato, a este respeito Sen afirma que

O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa — coisa que poucos de nós esperamos —, mas a de que a nossa volta existe injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar. Isso é bem evidente em nossa vida diária, com as iniquidades ou sujeições que podemos sofrer e das quais temos boas razões para nos ressentir, mas também se aplica aos diagnósticos mais generalizados de injustiças no vasto mundo em que vivemos. É correto pressupor que os parisienses não teriam tomado de assalto a Bastilha, que Gandhi não teria desafiado o império onde o sol costumava não se pôr, que Martin Luther King não teria combatido a supremacia branca na “terra dos homens livres e lar dos bravos”, não fosse seu senso das injustiças manifestas que poderiam ser vencidas. Eles não estavam tentando alcançar um mundo perfeitamente justo (mesmo que não houvesse nenhum acordo sobre como seria tal mundo), mas o que queriam era remover claras injustiças até onde pudessem.<sup>161</sup>

Fazendo uma análise do que foi o século XX em uma perspectiva diagnóstica do que esperar do século seguinte, Jürgen Habermas<sup>162</sup> chama atenção para o impacto na democracia de fatos como a Primeira e Segunda Guerras Mundiais e a queda do Muro de Berlin, ao lado de outros eventos mais perenes, como o desenvolvimento demográfico, a mudança estrutural do trabalho e os progressos científico-tecnológicos.

#### 4.2 LIBERDADE NEGOCIAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse contexto foi gestada a Constituição Federal Brasileira de 1988, tentando conciliar anseios sociais e libertários. Diante dessa dualidade, muitos de

---

<sup>159</sup> ZAMBAM, Neuro José; SALVETTI, Ésio Francisco. **Condições da Coesão Social em Amartya Sen**: análise da obra “A Ideia de Justiça”, de Amartya Sen. In. *Quaestio Iuris* vol. 14, nº. 01, Rio de Janeiro, 2021, p. 323.

<sup>160</sup> *Ibid.* p. 323.

<sup>161</sup> SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 8.

<sup>162</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 53.

seus dispositivos parecem entrar em conflito, como aqueles que protegem a propriedade privada e sua função social, o que tem sido brilhantemente ponderado pela doutrina e jurisprudência. Essa dualidade também se irradia para a legislação infraconstitucional, como os dispositivos da codificação civil que tratam da anulabilidade dos negócios jurídicos. Se por um lado as partes estão livres para travar negócios anuláveis, por outro o terceiro prejudicado pode buscar a anulação deste negócio caso seja de seu interesse.

Defende-se neste estudo que tal impasse é fruto de uma indecisão quanto aquilo que se entende por liberdade no âmbito negocial, corroborado pelo advento da atual Constituição, uma vez que a legislação não estabelece, de maneira clara, sua opção pelo modelo republicano ou pelo liberal. Enquanto para liberais a lei representa um mal a ser tolerado – cujo efeito principal é tolher a liberdade, ainda que com o objetivo de prevenir males maiores –, para republicanos é da lei que provém a própria liberdade. A restrição da autonomia privada, para estes últimos, seria essencial para garantir a liberdade de todos. Desse modo, “embora ambas as tradições sejam apoiadas pela defesa do Estado de direito, existe um contraste notável entre as maneiras pelas quais eles conceituam o relacionamento entre a lei e a liberdade.”<sup>163</sup>

Aqueles que identificam a liberdade como não interferência percebem a lei como uma forma de invasão, “ainda que uma invasão justificada pelos ataques ainda maiores que evita. Dado que a lei é uma forma de interferência – pelo menos tem um efeito coercitivo nas pessoas – exemplifica o próprio tipo de ato que é inimigo da liberdade.”<sup>164</sup> Seu efeito positivo, portanto, estaria na característica de inibir a interferência de terceiros. A liberdade, portanto, teria uma relação extrínseca com a lei, não advindo dela, de quem sofre um ataque.

Essa visão, na qual a lei seria uma invasão à liberdade, aparece em discursos liberais como os de Benjamin Bentham e Thomas Hobbes, assim como em liberais contemporâneos, como John Rawls. “O principal objetivo do Estado, na sua opinião, seria promover estas liberdades igualmente entre todos, e eles concebem o próprio

---

<sup>163</sup> PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanismo**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 123, *tradução nossa*.

<sup>164</sup> *Ibid.* p. 123, *tradução nossa*.

Estado como infringente desta liberdade na prossecução do referido objetivo.”<sup>165</sup> Afirma-se, portanto, que a liberdade só poderia ser infringida em nome da própria liberdade.

Republicanos, por sua vez, acreditam que a lei de um Estado é responsável por criar a liberdade de seus cidadãos. A liberdade, neste caso, está fortemente conectada com a noção de cidadania, um status que só pode ser obtido sob um regime legal apropriado, um Estado de Direito. Cidadania e liberdade são consideradas equivalentes para republicanos. Desta forma, “na tradição republicana, a liberdade é vista como um estatuto que só existe sob a protecção de um Estado de direito adequado. Tal como as leis criam a autoridade de que gozam os próprios legisladores, também criam a liberdade que os cidadãos partilham.”<sup>166</sup> Essa lei, por óbvio, só é capaz de garantir a liberdade se for fruto de um Estado de Direito, e não emanadas de uma vontade arbitrária, caso contrário os cidadãos se converteriam em escravos à mercê de seu senhor, totalmente despidos de sua liberdade e autonomia.

A visão republicana da lei e da liberdade foi desafiada pela primeira vez no século XVII por Thomas Hobbes. Hobbes é o primeiro a apresentar a liberdade como não-interferência e não como não-dominação. Esta forma de conceber a liberdade, muito nova na época, levou Hobbes a considerar que a lei supõe sempre uma invasão na liberdade das pessoas, independentemente de quão benigna seja a longo prazo. E ele observou que a liberdade no sentido de não-coerção – um sentido relevante para ele – é sempre invadido pelas leis coercitivas impostas pelo Estado, qualquer que seja a natureza desse Estado. O resultado é que as pessoas só se libertam mediante o silêncio das leis, apenas onde a lei não interfere. Esta observação permitiu a Hobbes ridicularizar a ideia republicana de que existe um sentido especial de liberdade segundo o qual o cidadão de uma república é livre e o indivíduo num regime despótico não o é. Em cada uma destas duas formas de Estado o sujeito tem liberdade no mesmo sentido: no sentido de que a lei não o coage completamente. E cada uma destas duas formas de Estado só é livre em si num único sentido: no sentido de ser livre para resistir ou invadir outros Estados.<sup>167</sup>

O desafio imposto por Hobbes foi rapidamente contestado pelos pensadores republicanos. Para eles, o mais rico súdito de um reino é apenas um inquilino, tanto de suas terras quanto de sua cabeça; enquanto em uma república, o mais simplório cidadão é seu próprio senhor, não podendo ser controlado senão pela lei. Para os

---

<sup>165</sup> *Ibid.* p. 124, tradução nossa.

<sup>166</sup> *Ibid.* p. 124, tradução nossa.

<sup>167</sup> *Ibid.* p. 125, tradução nossa.

republicanos, “o oposto da liberdade é a dominação ou a escravidão, e não qualquer tipo de coerção. E, conseqüentemente, não se afirma que a lei necessariamente reduz a liberdade daqueles que vivem embaixo dela; pelo contrário, um tipo correto de lei é visto como a fonte da liberdade.”<sup>168</sup>

Ainda que no âmbito político ambas as correntes de pensamento tendam a ser democráticas, liberais e republicanos divergem diametralmente quanto à relação entre liberdade e legislação. A temática deste estudo é um exemplo de quando estas diferenças eclodem em aspectos práticos. A relação entre liberdade e Estado é muito sensível para a democracia, atinente a muitos de seus maiores dilemas. Nesse sentido, investiga-se qual o papel do Estado perante a sociedade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>169</sup>, a função do Estado é conduzir o interesse público, identificado como o interesse de todos os membros da sociedade, em contraposição ao interesse individual de pessoas ou grupos, aproximando-se, por tanto, à não-dominação defendida por Philip Pettit, como já abordado nos capítulos anteriores onde se tratou sobre a liberdade.

De fato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é corolário da própria existência do Estado. “É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor”<sup>170</sup>. Configura uma consequência necessária ao convívio em sociedade. Dessa forma, para coexistir, o ser humano precisa renunciar a uma parcela de sua autonomia em nome do coletivo.

No entanto, apenas pela lei este princípio pode ser invocado, uma vez que sua extensão dependerá do que lhe for atribuído pela ordem jurídica. Portanto, “jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis.”<sup>171</sup> Toda sua conformação é dada pelo Direito posto, só podendo ser invocado desta forma.

---

<sup>168</sup> *Ibid.* p. 126, *tradução nossa*.

<sup>169</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

<sup>170</sup> *Ibid.* p. 99.

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 100.

A perseguição do interesse público obriga o Estado de Direito a albergar todos os membros da sociedade, não deixando que interesses privados diminuam o bem-estar geral.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais. Visto que na ideia de função o dever é que é predominante; visto que o poder a ele ligado cumpre papel instrumental, ancilar, percebe-se também que os "poderes" administrativos, em cada caso, não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica. Assim, nas situações concretas não de ser compreendidos, exegeticamente reconhecidos e dimensionados, tomando-se por gabarito máximo o quantum indispensável para a satisfação do escopo em vista do qual foram instituídos. Em suma: os "poderes" administrativos - na realidade, deveres-poderes - só existirão - e, portanto, só poderão ser validamente exercidos - na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos "poderes" de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado.<sup>172</sup>

A administração pública está obrigada a perseguir suas finalidades no interesse da coletividade. "É em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce "função", instituto - como visto - que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro."<sup>173</sup> Nesse sentido, opõe-se, portanto, à autonomia da vontade.

Essa finalidade previamente estabelecida, qual seja, buscar o interesse público, torna forçosa a busca da liberdade para a toda a coletividade. "Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo."<sup>174</sup>

Agindo deste modo, não se espera que o Estado haja de forma paternalista, mas sim responsável pelo interesse coletivo. O paternalismo difere da responsabilidade pelo interesse público na medida em que este não busca suprir absolutamente todas as necessidades do indivíduo, mas sim garantir que os

---

<sup>172</sup> *Ibid.* p. 102.

<sup>173</sup> *Ibid.* p. 101.

indivíduos não sejam dominados por quem quer que seja, deixando-os livres para buscar os seus próprios destinos. Para garantir o interesse público, o Estado deve agir para não permitir que a ordem jurídica seja utilizada de forma prejudicial à sociedade.

Sobre o assunto, John Stuart Mill, liberal e reconhecidamente antipaternalista, tece os seguintes comentários no seu ensaio *Sobre a Liberdade*, publicado em 1859:

O objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificção suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.<sup>175</sup>

Deste modo, mesmo entre liberais, não se justifica a intervenção do Estado sobre a vontade do indivíduo afora nos casos em que se impede que outro sofra um dano. Isso porque, o bem-estar do próprio sujeito que pratica o ato não seria suficiente para impedir sua ação, como no caso de um pai que cerceia seu filho para que o mal não lhe aconteça. O Estado não deve ser paternalista, no sentido de não impor restrições àquele que faz mal a si mesmo, limitando-se a o aconselhar ou lhe persuadir em busca de tal objetivo. Quando o mal é praticado a outrem, no entanto, a intervenção do Estado é justificada, uma vez que se afasta do simples paternalismo.

Mesmo pela perspectiva liberal, o impedimento definitivo da lavratura de atos anuláveis seria justificado pelo potencial dano que esta poderia causar aos terceiros

---

<sup>174</sup> *Ibid.* p. 101.

<sup>175</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991, p. 53.

interessados. Garantir a segurança jurídica é uma das formas pelas quais o Estado cumpre sua função de assegurador do interesse público. Ao impedir a lavratura de atos anuláveis o Estado não está sendo paternalista, no sentido de se imiscuir nas decisões privadas, mas sim garantindo a previsibilidade e manutenção dos negócios jurídicos e, por conseguinte, o bem-estar de toda a sociedade. “A ordem social e a segurança nas relações jurídicas são, aliás, finalidades do direito, que não se limita a distribuir a justiça, mas quer, ainda, garantir a estabilidade nas relações econômicas e sociais, podendo se sustentar que a segurança jurídica constitui verdadeiro princípio constitucional.”<sup>176</sup>

A segurança jurídica é caracterizada na Constituição Federal de 1988 como uma norma-princípio, isso porque ela representa um ideal de coisas que advém de muitas de suas previsões expressas. Por segurança jurídica, em seu aspecto material, extrai-se das normas constitucionais o estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade nas situações jurídicas. Os fundamentos constitucionais, direta ou indiretamente, “obtidos por dedução ou por indução, não só expressam a vinculatividade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade estabelecidos como ainda definem esses ideais quanto aos seus vários aspectos.”<sup>177</sup> Como princípio, incorpora e positiva um valor jurídico com nível maior de concretização.

Por cognoscibilidade, não se espera que as partes possuam previamente uma noção inequívoca e única da interpretação das normas, mas sim que exista um acesso material e normativo sobre o conteúdo das mesmas e, deste modo, das consequências dos atos jurídicos. Dessa forma, o conceito de cognoscibilidade deve ser tido como a “capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar do de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio.”<sup>178</sup> Isso não significa, no entanto, que existam interpretações pré-articuladas para todos os problemas jurídicos.

Já em relação à confiabilidade, da segurança jurídica não se espera a imutabilidade, mas sim a estabilidade nas relações jurídicas. “Os direitos de propriedade e liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas

---

<sup>176</sup> WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

<sup>177</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6 Ed. Salvador: Juspodvm, 2021, p. 268.

como condição para que o homem possa livremente plasmar a sua própria vida, e o direito à profissão carece de durabilidade das condições de vida.”<sup>179</sup> O Estado deve assegurar, portanto, a estabilidade e continuidade normativa e das situações jurídicas.

Por fim, a calculabilidade obtida através da segurança jurídica se entende como a capacidade de prever as consequências à que as partes estarão submetidas no futuro.

Segurança Jurídica, por consequência, deixa de ser uma mera exigência de predeterminação para consubstanciar um dever de controle racional e argumentativo. Essa mudança de perspectiva demonstra que a segurança jurídica envolve elementos que devem permear o processo de aplicação do Direito e não simplesmente estarem aqueles presentes no seu resultado. Daí a certa afirmação de Habermas, no sentido de que a segurança jurídica não significa segurança de resultado (Ergebnissicherheit), mas o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão. A segurança jurídica, por estar vinculada tanto a uma dimensão lógico-semântica quanto a uma dimensão pragmática do processo argumentativo de fundamentação, deve ser entendida, assim, como uma segurança jurídica processualmente dependente (Verfahrensabhängige Rechtssicherheit). [...] A fundamentação no Direito deixa de ser meramente semântica, e passa a ser discursiva e, com isso, passa a envolver a questão da aceitabilidade racional da decisão por meio de um procedimento de produção jurídica que gere legitimidade. Tal conceituação da segurança jurídica aproxima-a da exigência de transparência estatal. O princípio da segurança jurídica, no entanto, não pode ser totalmente assimilado ao princípio da transparência. Isso porque a exigência de transparência tem o seu núcleo conceitual vinculado à ideia de informação, destinando-se a garantir abertura em todo e qualquer procedimento estatal, de modo a permitir a sua compreensão e a sua efetividade. O conceito aqui proposto de segurança jurídica, embora também pressuponha transparência, não se centra na questão meramente informativa, mas sim na questão racional-argumentativa: mais do que informar, o princípio da segurança jurídica visa a garantir racionalidade e efetividade ao Direito como um todo.<sup>180</sup>

Diante deste panorama do princípio da segurança jurídica insculpido na contemporânea Constituição Federal Brasileira, não se deve permitir que a autonomia das partes dê ensejo à uma insegurança quanto aos resultados advindos dos negócios jurídicos. Isso porque, ainda que primariamente pertinente apenas aos contratantes, tal insegurança coloca todo o comércio jurídico e, por consequência, a própria sociedade em risco. A moderna autonomia privada se diferencia da

---

<sup>178</sup> *Ibid.* p. 269.

<sup>179</sup> *Ibid.* p. 270.

<sup>180</sup> *Ibid.* p. 274.

autonomia da vontade. Enquanto esta se identifica com o modelo liberal do século XIX, em que o Estado deixava ao critério dos sujeitos particulares a definição dos limites contratuais, a autonomia privada é um modelo que pressupõe a boa-fé e a função social dos contratos, restringindo a liberdade contratual para maximizar a liberdade de toda a sociedade; a autonomia privada se atenta às fragilidades sociais, assegurado que elas não sejam exploradas de forma prejudicial. Sob seu manto, o contemporâneo Direito Civil Constitucional gerou diplomas como o Código de Defesa do Consumidor.

De fato, a palavra *autonomia* deriva etimologicamente das palavras gregas *autós* e *nomói*, o que pode ser traduzido por governo de si mesmo, significando independência, autogoverno e liberdade. Afirma-se que a autonomia, “ainda nebulosamente colocada no plano do autogoverno, da autodeterminação ou da liberdade de conduzir-se a si próprio – numa construção pleonástica –, permeou as épocas em que refulgiu o humanismo e a valorização do que é próprio dos homens.”<sup>181</sup>

Com o desenvolvimento do capitalismo, ainda em seu prelúdio mercantilista na Renascença, novos paradigmas humanistas foram emergindo do controle católico experimentado durante a Idade Média. “O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. Se o status não mais importava, o novo ídolo era o contrato.”<sup>182</sup> Nesse espaço em que a vontade era fonte dos direitos, exteriorizada pelos contratos, é que se qualifica a *autonomia da vontade*.

O modelo jurídico do Liberalismo se baseia na distinção entre Direito Público e Privado e na autonomia da vontade, o que passa a surtir um grande impacto na Idade Moderna Ocidental, principalmente nos séculos XVIII e XIX. A partir do século seguinte, no entanto, a concepção de autonomia começa a se modificar.

Percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos desígnios da lei. Durante todo o século XX, a autonomia da vontade estigmatizou-se por suas ligações com os princípios tradicionais

---

<sup>181</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio L. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 114.

<sup>182</sup> *Ibid.* p. 117.

dos contratos, ao estilo de certos súditos da República Francesa que colaboraram com os nazistas sob o governo em Vichy do general Henri-Philippe Petáin. De fonte da liberdade contratual – e indiretamente da liberdade de contratar –, passou a autonomia a sofrer toda sorte de deblaterações doutrinárias, quase sempre seguidas de brados a que se lhes fossem impostos limites e contenções. Emílio Betti, nesse contexto, adequadamente proclama que a autonomia sob a égide da vontade põe a perder a correta visão de negócio jurídico, o qual não consagra a faculdade de querer no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática. Eis que o século XX tem início em 1914, sob as crateras de Verdun e do Somme, fertilizado pelo sangue de toda uma geração de jovens, muitos deles advindos das melhores famílias da aristocracia europeia, como que saídos de um poema de Alfred Lord Tennyson, ao estilo da famosa balada *A carga da brigada ligeira*. Dá-se, com o pós-guerra, o advento de um tempo novo para um *brave new world*, nas palavras de Aldous Huxley. Fascismo, comunismo, nazismo, intervenção estatal na Macroeconomia e na Microeconomia, quebra dos paradigmas e das certezas do Oitocentos.<sup>183</sup>

Este cenário deu ensejo a uma nova visão para a autonomia da vontade, de maneira tão incisiva que até mesmo o vocábulo *vontade* perdeu sua força para abrir espaço ao termo *privada*. A *autonomia privada* toma forma no discurso de grandes juristas, cujos pontos de convergência podem ser condensados em alguns aspectos, entre eles: a supremacia do interesse público sobre o privado e a própria autonomia privada vista como um poder concedido pelo Estado aos indivíduos por meio das leis e à sua medida. “O império da autonomia privada na centúria que findou é inegável. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares.”<sup>184</sup> Neste ambiente, já não faria mais sentido que, em homenagem à autonomia da vontade das partes se permitisse a lavratura de negócios anuláveis, cuja insegurança jurídica de seus efeitos colocaria potencialmente em risco todo o comércio jurídico na sociedade. Por outro lado, reconhece-se que, diante da atual formatação da legislação, bem como da ambiguidade constitucional, é temerária a atuação dos Estados que se negam a permitir tais atos, uma vez que se caracteriza verdadeira limitação sem previsão legal.

#### 4.2.1 Teoria das Anulabilidades Frente ao Panorama Constitucional

---

<sup>183</sup> *Ibid.* p. 120.

<sup>184</sup> *Ibid.* p. 122.

A atual Constituição possibilitou que ideias tão conflitantes recebessem a mesma proteção jurídica. Como visto, esse modelo foi necessário para conciliar a plêiade de interesses que compõem a sociedade brasileira, conferindo estabilidade para o Estado. No entanto, em muitos casos essas ideias entram em choque direto, como na presente análise do conceito de liberdade adotado sobre negócios anuláveis.

Diferente dos casos de nulidade, que tratam de questões de ordem pública e não podem ser derogados pela vontade das partes, as anulabilidades defendem interesses privados, razão pela qual não podem ser levantados de ofício, mas apenas pela manifestação do sujeito atingido. Justamente nesse elemento é que se encontra seu dilema, causador de grave insegurança jurídica. Sua eficácia pode ser considerada provisória, enquanto não confirmada, ocasião em se tornará definitiva, poderá ser desconstituída, desconstituindo também seus efeitos, *ex tunc*, quando as partes deverão ser restituídas ao estado anterior ao ato, ou então indenizadas pelo equivalente.<sup>185</sup>

O ato pode ser confirmado, segunda a doutrina, de três formas: o decurso do tempo, em prazo decadencial variável; a confirmação, de forma inequívoca pelos interessados; e o suprimento da autorização para a prática do ato, quando necessário.<sup>186</sup> No entanto, enquanto nenhum desses fatos se concretiza, o negócio continua passível de ser anulado, causando grave insegurança jurídica.

Os casos de anulabilidade previstos pela legislação civil são aqueles relativos à algum vício na declaração de vontade. Sobre aqueles provenientes de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo ou fraude contra credores não restam dúvidas sobre a impossibilidade de receberem a chancela do Estado. No entanto, com relação às demais hipóteses, debate-se sobre essa possibilidade. Nos casos de incapacidade relativa do agente; e a falta de assentimento resguardativo de terceiro quando a lei assim dispuser, nesta última categoria, incluindo-se as pessoas casadas, que não podem, sem o assentimento do outro cônjuge: vender bens, nem onerar de ônus reais os bens imóveis; prestar fiança ou aval; fazer doação que não seja meramente remuneratória (Código Civil, art. 1.647, I, III, IV), exceto quando for de separação

---

<sup>185</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 249.

<sup>186</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 513.

absoluta o regime de bens do casamento. Do mesmo modo, quanto à vedação de ascendente vender a descendente sem a anuência dos demais descendentes e do cônjuge do alienante, salvo, em relação a esse, se o regime de bens for o da separação obrigatória (Código Civil, art. 496 e parágrafo único).

Novamente, lembra-se que quanto aos cônjuges, relativamente aos bens comuns do casal, não se estaria diante do simples assentimento aqui discutido, mas sim de verdadeiro consentimento, uma vez que o bem lhe pertence e não pode ser vendido sem sua autorização. A hipótese aqui discutida trata dos bens particulares de um dos cônjuges, que, ainda que proprietário exclusivo, precisa do assentimento de seu marido ou esposa para alienação.<sup>187</sup>

Uma vez que os efeitos da anulabilidade são regulamentados pela lei, que inclusive os diferencia da nulidade propriamente dita, discute-se se essa seria uma permissão legal para a livre pactuação de negócios anuláveis. Se essa opinião estiver correta, os Estados não poderiam se negar a lavrar tais atos por meio de seus tabeliães de notas e nem os impedir de ingressar no registro, uma vez que estariam contrariando disposição legal e ferindo a autonomia das partes. Ocorre que, além da insegurança jurídica que nasce dessas situações jurídicas, algo que não deveria ser corroborado pelo Estado, também se levanta a questão da diferenciação dos casos de dolo e coação, por exemplo, dos outros casos pertinentes à incapacidade relativa e falta de assentimento, uma vez que, à rigor, caracterizam-se indistintamente como anulabilidades, não permitindo tratamento diverso.

Desse modo, o fenômeno tem tratamento distinto nas diferentes jurisdições brasileiras. Enquanto alguns Estados impedem a prática, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da jurisprudência de seu Conselho Superior da Magistratura (CSMSP - Apelação Cível: 1000050-19.2019.8.26.0236 / CSMSP - Apelação Cível: 1033886-29.2017.8.26.0114), de observância obrigatória por todos os registradores de imóveis do referido Estado Federativo – impedindo, especificamente, o registro de escrituras de compra e venda sem a anuência do cônjuge –; outros Estados proíbem expressamente seus notários de recusar a lavratura de tais atos, como no caso de Pernambuco, que assim dispõe em seu Código de Normas Extrajudiciais: “O notário não pode recusar a sua intervenção

---

<sup>187</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 155.

com fundamento na anulabilidade ou ineficácia do ato, devendo, contudo, advertir os interessados da existência do vício e consignar no instrumento a advertência feita” (Código de Normas, art. 221, §2º).

Acórdão recente do Tribunal de São Paulo, por sua vez, permite o registro de pacto antenupcial com nulidade de cláusula – Apelação Cível 1000348-35.2024.8.26.0236 de 08/10/24. Mas uma vez, evidencia-se a insegurança jurídica aqui debatida.

Em vias de conclusão do presente estudo, enxerga-se que ambas as abordagens podem ser fundamentadas por visões distintas sobre o conceito de liberdade, especialmente aplicada no âmbito negocial. Como visto, tanto a visão republicana quanto a liberal foram albergadas pelo texto constitucional, opção essa que, apesar de ter funcionado bem em muitas situações até o momento, nesse caso específico entra em choque direto.

Novamente, sobre os vícios de consentimento, como dolo e coação, não restam dúvidas de que nenhum profissional ético pode compactuar com a lavratura do negócio. Caso um tabelião ou advogado saiba da existência destes vícios inquinando um negócio, este deve imediatamente tomar as medidas necessárias para o esclarecimento das partes, mormente tendo em vista o princípio da boa-fé, flagrantemente violado nestes casos. Já sobre os negócios afligidos pelos vícios de assentimento ou incapacidade relativa, também defendemos sua sustação, como passamos a argumentar.

A partir de uma perspectiva republicana – em que se assume que a lei é responsável não por retirar a liberdade, mas sim a prover –, é correto o posicionamento da jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo ao impedir que seus escritórios de imóveis registrem escrituras anuláveis – como tem feito com relação às compras e vendas sem anuência conjugal. Ao perseguir o interesse público republicano, identificado com a não-dominação defendida por Philip Pettit, o Estado garante que se maximize a liberdade de toda a sociedade, mesmo que retire pontualmente, por meio da lei, a autonomia de alguns particulares, em observância aos modernos anseios democráticos.

Ressalta-se, no entanto, que nos casos ainda permitidos de lavratura e registro de escrituras anuláveis, faz-se necessária ampla publicidade deste fato na matrícula imobiliária, com vistas a proteger a higidez sistêmica e salvaguardar

terceiros. Isso em nome da concentração matricial e sob pena de uma malversação da fé-pública registral.

Ao permitir a lavratura de atos anuláveis, o Estado funcionaliza um modelo de autonomia do século XIX, a autonomia pura e simples da vontade, sem observar as demais circunstâncias sociais. Em um ambiente no qual se assegure a autonomia privada, atenta aos modernos princípios constitucionais, evita-se que a lei seja utilizada em prol da dominação, ainda que restringindo a liberdade dos particulares ao proibir tais negócios jurídicos. Dessa forma, a contemporânea conjuntura civil-constitucional não pode ser conivente com essa possibilidade. Sob essa ótica, age de forma acertada, portanto, o Estado de São Paulo ao impedir que atos como esse sejam registrados sob sua chancela.

Ainda que sem expressa previsão legal, atuando dessa forma, preserva a segurança jurídica por meio da manutenção, confiabilidade e previsibilidade dos negócios jurídicos, afastando-se do simples paternalismo estatal, uma vez que não se limita ou almeja proteger apenas as partes primárias do negócio, mas sim a defesa de toda a comunidade. A limitação, nesse caso, ainda que vista por liberais como um ataque à liberdade, é, em uma perspectiva republicana, fonte da própria liberdade de toda a sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foram apresentadas as bases da teoria do negócio jurídico, enfatizando-se a teoria das anulabilidades e a divergência entre os Estados Federativos, *v.g.* Pernambuco e São Paulo, sobre a possibilidade, ou não, da lavratura e registro de tais atos. O trabalho seguiu apresentando a teoria da liberdade para liberais e republicanos, bem como o ambiente em que estes conceitos foram desenvolvidos. No último capítulo, a pesquisa se dedicou a encarar o panorama brasileiro sobre o assunto por meio do estudo do desenvolvimento democrático e da teoria da liberdade negocial, abordando, para tanto, o papel do Estado perante a sociedade, a questão do paternalismo estatal, a defesa da segurança jurídica e da autonomia privada.

Conclui-se que o modelo de liberdade adotado pelo Estado Brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 é misto, variando, conforme a situação, entre os modelos republicano e liberal. Essa ambiguidade, no entanto, por vezes acaba entrando em conflito, como quando aplicada aos negócios anuláveis. Se por um lado, em uma visão liberal, o Direito Brasileiro não proíbe que se travem negócios viciados por anulabilidades, por outro, em uma guinada de características republicanas, a liberdade é restringida em prol do coletivo quando se criam possibilidades de cassação do negócio pela manifestação dos sujeitos prejudicados. Ambos os casos podem ser constitucionalmente defendidos.

Essa dualidade conflitante gera insegurança jurídica e incerteza na aplicação do Direito. Por esse motivo, adotam-se soluções opostas nas várias jurisdições espalhadas pelo território brasileiro. É o caso apontado dos Estados de São Paulo e Pernambuco, em que se proíbe a lavratura de escrituras anuláveis no primeiro e se obriga tal lavratura no segundo. Essa diferença de interpretações se deve à um conflito no que se compreende por liberdade pelo Estado.

Ao cabo do presente trabalho, com pretensão de encontrar uma solução ao dilema enfrentado nesta seara, qual seja, a adoção do modelo liberal ou republicano de liberdade na admissão de negócios anuláveis, sugere-se, após análise do momento democrático que se verifica na contemporaneidade, uma completa adoção da visão republicana do conceito de liberdade para fins negociais. Deste modo, reconhece-se que, ao se proibir, em definitivo, a lavratura ou registro de negócios

anuláveis – tal qual adotado pelo Estado de São Paulo acerca do registro de compra e venda sem outorga conjugal –, para além de ser uma medida que limita a liberdade individual, é providência que maximiza a liberdade de toda a comunidade, vez que impede a possibilidade de prejuízos à terceiros. Essa, portanto, deveria ser a medida adotada em nível nacional, por meio de uma reforma no Código Civil que excluísse a possibilidade de se travarem negócios anuláveis, como a venda de imóveis e prestação de fiança sem autorização do cônjuge ou a venda de ascendente para descendente sem a autorização dos demais filhos e cônjuge. Apesar disso, enquanto tal medida não for tomada, resta temerária a atuação dos Estados que unilateralmente impedem a lavratura de tais atos, uma vez que impõem verdadeira limitação sem previsão legal.

## REFERÊNCIAS

ADRADOS, Francisco Rodríguez. **Nueva História de la Democracia**: de Sólon a nuestros días. Barcelona: Ariel, 2011.

AGUIAR, Márlío; LOSSO, Tiago Bahia. **Em termos romanos**: Res publica, história e constituição na historiografia do pensamento político e na historiografia institucional contemporâneas. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. Ed. Salvador: Juspodvm, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **Liberais, Comunitaristas e Republicanos**: a questão da liberdade. *Síntese - Rev. de Filosofia* v. 41 n. 131 (2014): 345-358.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BETTI, Emílio. **Teoria do Negócio Jurídico**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BLONDY, Alain. **Nouvelle Histoire des Idées**: du Sacré au Politique. Paris: Perrin, 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. In. *Filosofia Política* 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.

ECK, Werner. **The Age of Augustus**. 2 Ed. Oxford: Blackwell, 2007.

ELIAS, Maria Lígia. **A liberdade como não dominação de Philip Pettit e o liberalismo igualitário de John Rawls**. In: Tempo da Ciência, v. 17, n.33, 2010, p.141-160.

FALCÃO, Luís. **Definindo o republicanismo**: abordagens, dificuldades e síntese. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Um Caso de Ajustamento do Direito Privado ao Regime Político Liberdade Contratual**. In. Revista dos Tribunais RT 406/351 ago., 1969.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HORNBLOWER, Simon. **Creation and Development of Democratic Institutions in Ancient Greece**. In. Democracy: the unfinished journey. Oxford: Oxford University Press, 1992.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**: um projeto. Tradução e Notas de Bruno Cunha. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAUREANO, Roger; SILVA, Ricardo. **Tradição e Interpretação**: taxonomias do republicanismo. Política & Sociedade, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Bens, Fatos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Validade, Nulidade, Anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Curso de Direitos Fundamentais**. Leme, SP: Mizuno, 2022.

NAY, Oliver. **Histoire des Idées Politiques**: 2500 ans de débats et controverses en Occident. Malakoff: Armand Colin, 2021.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos**: novos paradigmas. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOBRE, Marcos. **Indeterminação e Estabilidade**. Novos Estudos CEBRAP, 82:97-106, 2008.

OSBORNE, Roger. **Do Povo Para o Povo**: uma nova história da democracia. Tradução Ludimila Hashimoto. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – v. I. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 4: Direitos Reais. 22<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTIT, Philip. **Capability and Freedom**: a defence of Sen. In. *Economics and Philosophy*, 17 (2001) 1-20.

PETTIT, Philip. **Just Freedom**: a moral compass for a complex world. New York: W. W. Norton & Company, 2014.

PETTIT, Philip. **Keeping Republican Freedom Simple**: On a Difference with Quentin Skinner. *POLITICAL THEORY*, Vol. 30 No. 3, junho de 2002, 339-356.

PETTIT, Philip. **Liberalismo y republicanism**. In.: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004.

PETTIT, Philip. **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Clarendon Press, 2002.

POCOCK, J. G. A. **The Machiavellian Moment**: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Cesar Augusto. **O Modelo Liberal e Republicano de Liberdade: uma escolha disjuntiva?** *Trans/Form/Ação*, Marília, v.34, n.1, p.43-66, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio L. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41 n. 163, jul./set. 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**:461-479, setembro-dezembro 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIÉRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Ricardo. **Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit**. *Lua Nova*, São Paulo, 74: 151-194, 2008.

SKINNER, Quentin. **Liberdade Antes do Liberalismo**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

SKINNER, Quentin. **Meaning and Understanding in the History of Ideas**. In. *History and Theory*, Vol. 8, No. 1 (1969), pp. 3-53.

SKINNER, Quentin. **The foundations of modern political thought**. Vol. 1. *The Renaissance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

STASAVAGE, David. **The Decline and Rise of Democracy**: a global history from antiquity to today. Princeton: Princeton University Press, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil**. In.: *RDE Revista de Direito do Estado* Ano 1 nº 2: 37-53 abr/jun, 2006.

VIROLI, Maurizio. **Republicanism**. Nova York: Hill and Wang, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; SALVETTI, Ézio Francisco. **Condições da Coesão Social em Amartya Sen**: análise da obra “A Ideia de Justiça”, de Amartya Sen. In. *Quaestio Iuris* vol. 14, nº. 01, Rio de Janeiro, 2021.

ZHAO, Xinzhi. **A Ciceronian Defense of Democratic Participation**. *Política & Sociedade*, Florianópolis - Vol. 20 - Nº 47 - Jan./Abr. de 2021.