



A AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Ogawa Colontonio¹

Amanda Gomes Alves²

RESUMO

Não é possível tratar da evolução do ser humano enquanto ente social sem tocar na esfera contratual. Nós firmamos contratos diariamente, com os mais diversos objetivos, motivo pelo qual tal negócio jurídico é intrínseco à vida em sociedade. Considera-se a liberdade contratual entre particulares como reflexo do próprio direito fundamental à liberdade. Entretanto, indagou-se se, dentro da autonomia privada contratual, e respeitando os regramentos legais gerais, seria possível que indivíduos maiores e capazes contratassem cláusulas que atingissem sua esfera particular de direitos fundamentais, de forma livre e consciente. Nesse cenário, o presente trabalho teve como objetivo responder o seguinte questionamento: os direitos fundamentais podem limitar a autonomia privada contratual? Foi realizada pesquisa bibliográfica quali-quantitativa explicativa. Para os levantamentos bibliográficos, foram utilizadas doutrinas de Direito Civil, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, além de da legislação vigente e jurisprudência dos tribunais superiores. O método de abordagem utilizado para a pesquisa foi o dedutivo. Concluiu-se que o contrato privado é necessário para a concretização da individualidade, da autonomia e da autodeterminação da pessoa humana, estando diretamente relacionado ao direito fundamental à liberdade. Desse modo, há de se presumir que a liberdade contratual seja preponderante sobre outro direito fundamental da esfera pessoal do contratante, desde que o contrato esteja permeado de boa-fé e seja respeitada sua função social.

PAVRAS-CHAVE: Contratos; Direito à Liberdade; Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.1 Conceito e Características; 1.2 As gerações dos direitos fundamentais; 1.3 Eficácia horizontal de Direitos Fundamentais; 2 AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL; 2.1 Contratos: conceito e princípios; 2.2 Princípio da autonomia privada contratual; 2.3 A autonomia é um direito fundamental?; 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE PARA A AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A negociação contratual caminha lado a lado com a história da humanidade, já que ela é instrumento cotidiano daqueles que se relacionam em sociedade. Diariamente, nós firmamos novos contratos e usufruímos do objeto de contratos já firmados, muitas vezes sem nem perceber.

¹ Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP), Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Braz Cubas (UBC).

E-mail: prof.ogawa@gmail.com

² Graduanda do 9º semestre do Curso de Direito no Centro Universitário Braz Cubas. Pós-Graduanda Lato Sensu em Direito Público Aplicado pela EBRADI. Estagiária da PGE-SP em Mogi das Cruzes. Tecnóloga em Agronegócios pela FATEC Itapetininga.

E-mail: amanda.alves1@fatec.sp.gov.br

Comparecemos às aulas de um curso, assistimos um programa em uma rede de *streaming*, tomamos o transporte público, cumprimos nosso expediente no trabalho. Diversos são os contratos que movimentam nosso cotidiano, alguns com forma mais simples, geralmente verbal, outros que firmamos através da tela de nossos celulares, e tantos outros que possuem estrutura mais complexa, escrita, firmada pelos contratantes e testemunhas.

Certo é que uma pessoa não vive um dia sem estabelecer novos contratos ou usufruir daqueles que já foram pactuados. O contrato é instrumento basilar das relações jurídicas, sociais, econômicas e até mesmo afetivas (redes sociais) das pessoas humanas. O direito fundamental à liberdade se materializa também na liberdade contratual, ao possibilitar que cada indivíduo defina com quem quer contratar e como quer contratar, de forma livre e desembaraçada, baseado no princípio da autonomia privada contratual.

Ocorre que, em determinadas situações, questiona-se se um indivíduo, maior e capaz, pode usufruir de sua emancipação em plenitude, realizando qualquer contrato que não seja expressamente proibido, ainda que tal contrato atinja sua esfera particular de direitos fundamentais. O debate recai sobre a influência dos direitos fundamentais sobre a liberdade contratual, de forma a impedir o indivíduo de firmar cláusulas que digam tão somente à sua pessoa, mas que colidam com seus direitos fundamentais.

Dessa maneira, o presente trabalho buscou responder o seguinte questionamento: os direitos fundamentais podem limitar a autonomia privada contratual? Foi realizada pesquisa bibliográfica quali-quantitativa explicativa. Para os levantamentos bibliográficos, foram utilizadas doutrinas de Direito Civil, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, além de da legislação vigente e jurisprudência dos tribunais superiores. O método de abordagem utilizado para a pesquisa foi o dedutivo.

Inicialmente, foi apresentado o conceito e características dos direitos fundamentais, com a explicação de suas gerações e eficácia horizontal. Posteriormente, discorreu-se sobre contratos, o princípio da autonomia privada contratual e se este seria um direito fundamental. Por fim, tratou de analisar situações em que direitos fundamentais estariam em confronto com a autonomia privada contratual, apresentando possibilidades de sopesamento para tal conflito.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito e características

Os direitos fundamentais podem ser vistos como uma categoria jurídica complexa, uma vez que seu significado no constitucionalismo contemporâneo vem sendo construído de forma progressiva num processo histórico. (PEREIRA, 2018, p. 113) Por esse motivo, diversos são os seus conceitos doutrinários, dos quais selecionamos alguns para o presente trabalho.

Marmelstein (2019, p. 18) apresenta um conceito de direitos fundamentais composto por cinco elementos básicos: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Barroso (2019, p. 492-493) descreve os direitos fundamentais como os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico, sendo a positivação dos direitos morais das pessoas, feita pelo Estado. São direitos subjetivos, protegidos pelo Direito, podendo ser pleiteados juridicamente, Explica, ainda, que podem estar expressos ou implícitos no texto constitucional.

Na mesma linha, Figueiredo Dantas (2014, p. 270) descreve os direitos e garantias fundamentais como aqueles que:

Fundamentados no princípio da dignidade humana e diretamente relacionados com o Estado Democrático de Direito, dizem respeito às esferas de interesse essenciais ao gênero humano, destinando-se não só à tutela dos direitos individuais, como também dos direitos políticos, dos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos de fraternidade e de solidariedade.

Os direitos fundamentais possuem características adotadas pela maioria da doutrina de forma unânime, sendo elas: universalidade, historicidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, relatividade, inviolabilidade, complementaridade, efetividade e interdependência. Para cumprir com a proposta do presente trabalho, discorreremos sobre algumas das características apresentadas. (MASSON, 2018, p. 216-218)

Os direitos fundamentais são chamados de universais por indicarem um núcleo mínimo de direitos inerentes à todas as pessoas e em todos os lugares, sem distinções. São inalienáveis considerando que, em regra, não possuem conteúdo econômico patrimonial, impedindo que seus titulares os negociem, transfiram disponham ou renunciem. Ainda, são imprescritíveis porque o decurso de tempo não pode limitar seu exercício. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 669-674)

Ainda, são classificados como indivisíveis por formarem um sistema harmônico, coerente e indissociável, impedindo sua fragmentação em âmbito interpretativo ou na aplicação em casos concretos. Também são interdependentes, por possuírem ligações intrínsecas, objetivando a intensificação de sua proteção. Por fim, são relativos, ao considerar que são frequentes os conflitos entre si, cabendo ao intérprete jurídico sopesar a predominância de um direito fundamental sobre o outro, no caso concreto. (MASSON, 2018, p. 217-218)

1.2 As gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais se desenvolveram de forma vagarosa, através de uma evolução histórico-social e em decorrência de conquistas políticas angariadas pelo homem. O precursor da teoria das gerações de direitos fundamentais foi o jurista francês de origem checa Karel Vasak, tratando do assunto em uma conferência realizada pelo Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, no ano de 1979. Na época, classificou os direitos humanos em três gerações³, partindo dos lemas da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. Contudo, o doutrinador que mais se destacou no estudo das gerações dos direitos fundamentais foi Paulo Bonavides. (MASSON, 2018, p. 214)

Os direitos fundamentais de 1ª geração consagram as liberdades individuais, de forma a limitar os abusos estatais, passando de um Estado autoritário para um Estado de Direito. Suas principais características se relacionam à atuação negativa do Estado, tratando de direitos civis e políticos, tendo como seu titular o indivíduo. Alguns documentos históricos marcam a consagração desses direitos, dentre eles: A Magna Carta do João Sem Terra (1215), a Paz de Westfália (1648), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1688) e as Declarações Americana (1776) e Francesa (1789). (LENZA, 2015, p. 1140)

A Revolução Industrial e os problemas sociais dela decorrentes marcaram a 2ª geração de direitos fundamentais, baseados na igualdade. Diferentemente da 1ª geral, que buscava uma atuação negativa do Estado, a 2ª geração de direitos fundamentais demanda uma atuação positiva, na busca pela concretização de direitos sociais, culturais e econômicas, fundada na igualdade. Essa geração baseia-se em diretrizes, deveres e tarefas a serem

³ A nomenclatura “geração” não é pacífica, uma vez que pode trazer a ideia de superação de uma geração pela que a sucede, levando alguns autores a adotar o termo “dimensão”. Entretanto, ambas as terminologias são largamente utilizadas pela doutrina.

realizadas pelo Estado, na busca de melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade para a população. (MARMELSTEIN, 2019, p. 46)

A 3ª geração vem marcada pela coletividade ou fraternidade, a partir da formação da ideia do indivíduo como parte de um todo. Os direitos dessa geração são transindividuais, e têm como objetivo proteger o gênero humano. Podemos destacar nessa geração os direitos de desenvolvimento, meio ambiente, comunicação, propriedade do patrimônio comum da humanidade, direito do consumidor, direito da infância e juventude e autodeterminação dos povos. (LENZA, 2015, p. 1143-1144; MASSON, 2018, p. 2015)

A globalização possibilitou a discussão de direitos considerados universais, levando ao surgimento de uma 4ª geração de direitos fundamentais. Dentre eles, estariam o direito à democracia, informação e pluralismo, e ainda, segundo Norberto Bobbio, os direitos relacionados à pesquisa biológica, responsável pela manipulação de patrimônio genético. Paulo Bonavides defendeu, por fim, a existência de uma 5ª geração de direitos fundamentais, na qual estaria o direito à paz, que teria papel central de supremo direito da humanidade. (MASSON, 2018, p. 216)

1.3 Eficácia horizontal de Direitos Fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia privada ou externa, surge em contraponto à ideia de eficácia vertical. A eficácia vertical consiste na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o Poder Público, aplicação essa indiscutível, uma vez que esses direitos possuem matriz eminentemente liberal, surgindo para limitar o exercício dos poderes do Estado, conforme já visto anteriormente. (LENZA, 2015, p. 1149-1150)

Noutro giro, a eficácia horizontal trata da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. A nomenclatura de eficácia vertical e horizontal se baseia na arquitetura jurídico-social dos entes contrapostos: o particular se mostra enfraquecido frente ao Estado forte e opressor, originando a ideia de subordinação e verticalidade. Já entre os particulares, entende-se que ambos se encontram, em regra⁴, numa situação de forças equilibradas, em plano horizontal de relacionamento. (MASSON, 2018, p. 224)

4 A autora aborda, ainda, a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, incidente nas relações entre particulares que não possuem situação simétrica, verificando-se a hipossuficiência de uma das partes, como ocorre em relações consumeristas. Para cumprir com o que se propõe no presente estudo, abordar-se-á tão somente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Historicamente, o primeiro reconhecimento expresso da eficácia horizontal se deu em 1958, no julgamento do caso Luth pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF). Na icônica lide, Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, promoveu um boicote contra o filme *Amada Imortal*, de Veit Harlen, pois seu diretor teria apoiado o antissemitismo durante o regime nazista. Luth pressionou distribuidores e donos de cinema para que não incluíssem o filme em sua programação, afirmando que “alemães decentes” tinham o dever de não assistir à produção, caso essa entrasse em cartaz. (MARMELSTEIN, 2019, p. 345)

Tal movimento fez com que a produtora e a distribuidora do filme tentassem impedir o boicote judicialmente, sob alegação de prejuízo financeiro. O pleito foi acolhido pela Corte Estadual, que proibiu Luth de expressar qualquer opinião sobre o filme. Inconformado com tal decisão, ele acionou o TCF invocando seu direito de liberdade de expressão, por entender que proibir qualquer comentário a respeito de um assunto violaria o seu direito de manifestação do pensamento, garantido pela Lei Fundamental alemã. (MARMELSTEIN, 2019, p. 346)

O TCF entendeu que as cláusulas gerais do direito privado invocadas na decisão da Corte estadual deveriam ser interpretadas com base nos valores constitucionais, considerando os direitos fundamentais lá abarcados. Dessa maneira, decidiram que o boicote representava exercício da liberdade de expressão de Luth, não podendo ser proibido, ainda que a produtora e a distribuidora do filme estivessem sofrendo prejuízo em decorrência de seus comentários. Consagrou-se assim um dos mais icônicos casos de eficácia horizontal de direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2019, p. 346)

Hoje, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é incontestável, já que se reconhece que o particular pode ser tão opressor quanto o Estado, violando direitos nas relações que firma. Entretanto, a forma de incidência desses direitos ainda não está pacificada, originando teses diferentes sobre a operacionalização e manejo de direitos fundamentais nas relações privadas. (MASSON, 2018, p. 224) Duas teorias merecem destaque, a de eficácia indireta e a de eficácia direta.

A eficácia indireta ou mediata sugere que os direitos fundamentais só poderiam ser invocados em relações particulares por meio de legislações infraconstitucionais, não figurando como direitos subjetivos invocáveis automaticamente pelas partes. Tal teoria assume que as partes poderiam renunciar a esses direitos nas relações contraídas, respeitando

a ideia de autonomia privada. O precursor dessa tese é Durig, que discorreu sobre o tema na doutrina alemã em 1956. (TAVARES, 2020, p. 388)

Masson (2018, p. 225) esclarece que a adoção dessa tese traz ideia de dependência, já que a efetividade dos direitos fundamentais na esfera privada estaria condicionada à existência de produção legislativa infraconstitucional ou à interpretação judicial da norma constitucionalmente adequada, quando o caso assim exigisse. A teoria de eficácia indireta defende que a incorporação dos direitos fundamentais em âmbito privado deve ser originada pelo legislador, sob pena de ofender o princípio da autonomia de vontade, norteador do direito privado.

Tal posicionamento conclui que a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser feita por intermédio do próprio material normativo do direito privado, evitando o domínio de um sobre o outro. Os direitos fundamentais comporiam um sistema de valores basilares do próprio direito privado, responsável pelas cláusulas gerais contratuais. (SILVA, 2005, p. 76)

Em contrapartida, temos a teoria da eficácia direta ou imediata, que dispõe que os direitos fundamentais poderiam ser aplicados nas relações privadas, independentemente de intermediação legislativa infraconstitucional. A posição pioneira da tese foi defendida por Hans Nipperdey em 1954. Diversas críticas são feitas a essa tese, ao considerar que ela contradiz a autonomia do Direito Privado, constitucionalizando praticamente todas as suas relações. (TAVARES, 2020, p. 388)

No Brasil, essa é a teoria que vem ganhando força doutrinária e jurisprudencial, por ser a que mais se aproxima ao espírito constitucional impresso em nossa Carta Magna. Como exemplo, temos o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, julgado pelo STF em 2005. O caso tratava aplicação do contraditório e da ampla defesa em um caso de expulsão de sócio de uma sociedade civil.

A Corte já havia decidido de forma similar anteriormente, ao julgar o RE 158.215/RS, defendendo a garantia do devido processo legal em ação de exclusão de associado de cooperativa.

Outro caso paradigmático é o RE 161.243/DF, em que um funcionário brasileiro da empresa aérea Air France pleiteava direito à isonomia salarial em relação aos empregados da mesma empresa de origem francesa. O STF acolheu o pleito, aplicando o direito fundamental da igualdade em uma relação privada de contrato de trabalho.

Cabe destacar um terceiro posicionamento acerca da eficácia horizontal, adotado pelos Estados Unidos da América. Nesse país, ocorre a negativa completa da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com predominância da doutrina da *state action* (ação estatal). Tal doutrina prevê que os direitos fundamentais só podem ser aplicados nas relações particulares quando o agente particular estiver exercendo uma função estatal. (MARMELSTEIN, 2019, p. 347)

2 AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL

2.1 Contratos: conceito e princípios

Os contratos são tão antigos quanto a própria humanidade, uma vez que retrata a vontade das partes de negociarem entre si, relação essa que surge quando as pessoas começaram a viver em sociedade e a se relacionar. Sua formatação atual vem sendo construída desde o Direito Romano, usando sempre como base a realidade social. (TARTUCE, 2019, p. 2)

Diversas são as definições doutrinárias de contratos. Donizetti e Quintella (2020, p. 421) os conceituam como:

Negócio jurídico de Direito Privado, por meio do qual dois ou mais sujeitos se vinculam para regular interesses concernentes a objetos economicamente apreciáveis, buscando a satisfação de necessidades, em que criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres.

Nas palavras de César Fiuza (2015, p. 524):

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica e extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas de Direito Privado, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.

Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 429) apresentam um conceito permeado de princípios, ao dizer que “o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”.

Gonçalves (2017, p. 25-61) elenca em sua obra oito princípios fundamentais do direito contratual, sendo eles: autonomia da vontade, supremacia da ordem pública, consensualismo, relatividade dos efeitos do contrato, obrigatoriedade dos contratos, revisão dos contratos ou onerosidade excessiva, boa-fé e probidade. Ainda, inclui o princípio da

função social do contrato como princípio moderno, que se alia diretamente aos princípios tradicionais da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes e sobressaindo a esses.

O artigo 421 do Código Civil dispõe que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato, dispondo em seu parágrafo único que o princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual prevalecerão nas relações contratuais privadas. Cabe dizer que essa é a redação atual do dispositivo, que foi recentemente alterado pela Lei 13.874/2019, chamada de Declaração de Direito de Liberdade Econômica.

Dos princípios contratuais elencados, dar-se-á destaque ao da autonomia privada contratual, por se tratar de pedra angular para o presente trabalho.

2.2 Princípio da autonomia privada contratual

A autonomia privada contratual, também chamada de autonomia da vontade, reflete o elemento propulsor dos contratos, a vontade das partes de acordar entre si. Tal iniciativa e intenção das partes é o que diferencia os fatos humanos dos fatos naturais, trazendo os contratos para a esfera de atos jurídicos em sentido amplo.

Quanto à nomenclatura, há uma corrente doutrinária que propõe que autonomia privada contratual seja o termo mais adequado a ser empregado, por estar diretamente atrelado ao princípio da função social dos contratos. Noronha (apud Tartuce, 2019, p. 57), esclarece que as concepções voluntaristas de negócio jurídico e o liberalismo econômico foram revistos, momento esse em que se começou a falar em autonomia privada contratual.

Esse princípio se origina do Código francês, que dispõe que o contrato faz lei entre as partes. A liberdade contratual sempre encontrou limitações, em especial nos princípios de ordem pública, mas atualmente vem encontrando maior interferência do Estado, em especial pela função social a qual o contrato se submete. De toda maneira, o princípio da autonomia privada implica essencialmente em liberdade de contratar e liberdade contratual. (VENOSA, 2019, p. 15)

A liberdade de contratar se relaciona com a escolha das pessoas entre as quais o negócio será pactuado, tendo como regra a liberdade plena. Todavia, algumas pessoas não podem contratar de forma livre, como é o caso das vinculadas ao Poder Público, que dependem de trâmites específicos para firmar contratos. Também ocorrem casos em que não

há opções de pessoas a serem contratadas, como em segmentos marcados pelo regime de monopólio. (TARTUCE, 2019, p. 57; GONÇALVES, 2015, p. 43)

Ainda nesse aspecto, podemos tratar da vontade de firmar contratos, uma vez que, em regra, ninguém pode ser forçado a firmar negócios jurídicos, sendo o vício de consentimento causa de sua anulabilidade. Como exceção à vontade de contratar, podemos falar de situações de contratação obrigatória, como é o caso de algumas modalidades securitárias. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 435)

Já a liberdade contratual se relaciona com o conteúdo do negócio jurídico, no qual as partes acordarão sobre cláusulas que melhor atendam suas necessidades. Nesse aspecto, a liberdade contratual encontra limitação na função social do contrato, conforme prevê o artigo 421 do Código Civil, explanado anteriormente. Também é possível identificar conteúdos que não podem ser objeto de contrato, como é o caso da herança de pessoa viva, nos termos do artigo 426 CC.

É possível encontrar na doutrina quem entenda que a liberdade de contratar e a liberdade contratual são princípios derivados da autonomia privada contratual, juntamente com os princípios da obrigatoriedade contratual, consensualismo, relatividade contratual, imutabilidade ou intangibilidade, irretratabilidade e justiça contratual. Tal divisão pode ser vista na obra de Fiuza (2015, p. 556-559).

As limitações impressas ao direito contratual são chamadas de dirigismo contratual, fenômeno que possibilita a intervenção do Estado nos contratos com objetivo de assegurar o cumprimento de sua função social e o respeito à dignidade dos contratantes. Esse fenômeno está diretamente relacionado à mudança da nomenclatura principiológica já abordada, e traz, em síntese, três esferas contratuais em que o Estado pode intervir: na imposição de contratação, na imposição ou proibição de cláusulas, e na revisão do conteúdo contratado. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2020, p. 495)

O fenômeno vai ao encontro da Teoria Preceptiva, nascida da revolução da forma como as pessoas contratam atualmente, de forma que os contratos não podem mais estar centralizados exclusivamente na vontade, seguindo o paradigma liberal individualista. A teoria expressa que as obrigações contratuais interessam à toda sociedade, uma vez que trazem consequências econômicas e sociais. (FIUZA, 2015, p. 561)

2.3 A autonomia privada é um direito fundamental?

É necessário, para alcançar o objetivo do presente estudo, indagar se a autonomia contratual, a liberdade de contratar e a liberdade contratual são direitos fundamentais, de forma que são protegidos constitucionalmente, o que tornaria tais institutos de observação prioritária em nosso ordenamento jurídico, dada a sua natureza essencial.

Uma leitura rasa da nossa Constituição Federal, especialmente do rol contido no título dos direitos fundamentais, não encontra nenhuma menção expressa e direta à autonomia privada contratual como um direito ou garantia individual ou social. A partir da noção de que os direitos fundamentais são aqueles *positivados* em nossa lei maior, seria possível, em um primeiro momento, descartar a “fundamentalidade” de tal instituto, sendo plausível constatar que a autonomia privada contratual é uma norma tão somente acolhida em nosso Código Civil e legislação extravagante, de forma que não há um direito fundamental à liberdade contratual.

Esta assertiva, contudo, não parece ser a mais adequada. Recordemos que a ideia de autonomia privada contratual invoca a ideia de liberdade para realizar contratos e para definir como esses contratos são. Tal liberdade não é concedida apenas a uma classe privilegiada economicamente ou mesmo está restrito a uma lista de requisitos (até mesmo uma bebê pode ser parte de um contrato, sendo, obviamente, representada no ato, conforme a legislação civil).

De outro lado, devemos reconhecer que a autonomia privada para os contratos é uma realidade cotidiana e necessária para todos que vivem em um Estado que adotou a livre iniciativa como princípio econômico (art. 170 da CF/88). Não há como afastar, assim, que a liberdade contratual tem dentre seus atributos uma espécie de universalidade, de historicidade e de necessidade, o que evidencia sua proximidade do que consideramos como direitos fundamentais.

Desta forma, podemos propor que a autonomia privada contratual é um direito fundamental. Apesar de não haver expressamente e literalmente a previsão da autonomia privada nos dispositivos do título sobre direitos fundamentais, não há como afastar que o instituto é um dos aspectos do direito à liberdade, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Ter a liberdade para contratar, com quem se quer contratar, e ter a liberdade de contratar, da forma que se quer contratar, são dimensões claras dos valores de autodeterminação que qualquer pessoa humana (ou jurídica) deve ter em um Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental à liberdade deve ser entendido de uma forma muito mais ampla do que apenas o direito a não ser detido ou preso sem justificativa. A liberdade fundamental da pessoa humana é muito mais do que a liberdade física. Trata-se de poder de autonomia, de emancipação, da capacidade de poder determinar suas ações, os seus interesses, a sua vida, os seus objetivos, e, especialmente para o nosso ensaio, os seus negócios.

Sem se aprofundar em um estudo mais complexo, é possível observar que o mundo hodierno é uma realidade que impõem ao indivíduo a necessidade de realização de uma pluralidade de pactos cotidianamente, mesmo para aquelas pessoas cujas pretensões se resumem apenas à sobrevivência diária.

Desde que acorda de manhã até o retorno para o local de descanso, o sujeito contemporâneo participa de novos contratos, às vezes quase de forma inconsciente, como, por exemplo, ao contratar o serviço de transporte com a concessionária de transporte público, ao comprar um alimento na cantina no intervalo de sua aula de Direito Constitucional, ao utilizar um aplicativo de celular e, até mesmo, ao aceitar, algumas vezes sem ler previamente os termos contratuais, “participar” de uma nova rede social, clicando no ícone com a palavra “sim”.

Da mesma forma, todos os dias nós estamos usufruindo de um contrato anteriormente estabelecido, ao comparecer em uma aula na escola de línguas, ao assistir uma nova série em sua rede de streaming, ao ingressar na academia para “pagar” seus exercícios diários e, inclusive, ao comparecer e cumprir seu ofício no seu local diário de labuta, cumprindo a sua parte no contrato de trabalho.

Resta claro, assim, que uma pessoa não vive um dia sem estabelecer novos contratos ou usufruir daqueles que já foram pactuados. O contrato é instrumento basilar das relações jurídicas, sociais, econômicas e até mesmo afetivas (redes sociais) das pessoas humanas. A liberdade, direito fundamental de primeira geração, portanto, somente se materializa, no século XXI, com a liberdade contratual, permitindo-se que cada indivíduo, desembaraçadamente, defina com quem quer contratar e como quer contratar. Liberdade de contratar e liberdade contratual não são apenas institutos civilistas, mas sim verdadeiros institutos constitucionais, fruto do desejável fenômeno da constitucionalização do direito civil (privado).

Ademais, a autonomia privada contratual também encontra guarida no direito fundamental à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII, e art. 170, inciso II, ambos da

CF/88). O núcleo duro de um direito à propriedade privada conta com a compreensão de que somente há propriedade privada quando há a capacidade de dispor deste patrimônio. Os contratos, mesmo tendo em vista a função social contratual e patrimonial, são destinados a reger relações econômicas e, por isso, patrimoniais. Somente é possível entender os contratos em um Estado que eleva a propriedade privada como direito fundamental no sentido de que qualquer pessoa poderá dispor **livremente** de seu patrimônio (ênfase na qualidade **privado**) através de negócios jurídicos. A autonomia privada contratual, assim, também é um aspecto intrínseco do direito à propriedade privada.

Concluimos, assim, positivamente a indagação feita no início da presente seção.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE PARA A AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL

Para apresentar a discussão da limitação da autonomia privada contratual pelos direitos fundamentais, traremos a obra clássica “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. A trama se desdobra sobre a execução de um contrato particular de empréstimo firmado entre um mercador cristão e um agiota judeu. O contrato determinou que, caso o mercador não pagasse o empréstimo na data avençada, o agiota poderia cortar uma libra de carne de seu corpo. Como a quantia não foi paga em tempo, o agiota ingressou com ação judicial para executar o contrato.⁵

Tal enredo reflete a discussão aqui suscitada: as partes podem firmar contratos de forma livre, dispondo inclusive de seus direitos pessoais?

Outra reflexão: Um participante de um programa de *reality show* poderia assinar um contrato com a emissora abrindo mão do seu direito fundamental à intimidade, mesmo que temporariamente?

E um contrato entre duas pessoas adultas, capazes e conscientes, em que fosse estabelecido que um dos contratantes se tornaria uma espécie de vassalo do outro contratante, inclusive com submissão nas esferas da liberdade física e da liberdade sexual? Tal negócio jurídico seria válido?

Uma pessoa poderia assinar um contrato de trabalho em que a função a ser exercida seria se apresentar como uma figura artística em razão única de uma qualidade sua que poderia ser causa de depreciação de sua imagem, como, por exemplo, o nanismo?

⁵ Referência literária apresentada na obra de Marmelstein (2019, p. 342).

Em suma, desejamos inquirir se é possível limitar a liberdade de contratar e a liberdade contratual tendo por motivação a proteção de direitos fundamentais.

À primeira vista, a resposta não demanda muita complexidade para ser ofertada. Levando-se em conta que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis, quase certo se concluir que em nenhuma hipótese uma pessoa poderá contrair qualquer negócio jurídico que resulte na violação de qualquer dos seus direitos fundamentais. Tal assertiva não está errada, mas ela é simples, e por isso não é completa, pois deixa de analisar algumas complexidades que envolvem o tema.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que as normas de direitos fundamentais são abertas, já que trazem um valor (como dignidade, liberdade, vida, imagem, honra, intimidade, saúde, educação) que dependem de um processo hermenêutico de interpretação para alcançarem um grau de conceituação suficiente para serem aplicados em casos concretos.

Como definir qual o núcleo duro de um direito à imagem ou a honra, por exemplo? Quando se afirma que tais direitos são irrenunciáveis ou inalienáveis, o que se quer dizer? Que uma pessoa não pode, por exemplo, fazer uma piada sobre seu próprio aspecto físico para o público? Que uma pessoa não pode usar sua imagem pessoal em uma campanha publicitária, com o intuito de auferir lucro?

Percebe-se que a mera letra constitucional não basta. É necessário interpretar o que se entende por renúncia ou alienação de direito fundamental. Muitos defendem que há, sim, uma margem de disposição do direito fundamental reservada para a pessoa humana. Como titular do seu próprio direito fundamental, o seu uso moderado, mesmo com fins lucrativos, como as figuras públicas que usam sua imagem pessoal, não se constitui em renúncia do direito fundamental, mas sim uma “flexibilização” tolerável.

Pedro Augustin Adamy, por exemplo, em monografia especializada sobre o tema (2011), defende que a renúncia a direito fundamental pode ocorrer, desde que observados limites, como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as regras constitucionais, as proteções institucionais, a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o livre desenvolvimento de atividade profissional ou econômica e a segurança jurídica.

Desta feita, é possível a limitação de um direito fundamental, desde que observado algumas balizas mínimas para essa renúncia parcial. Tal conclusão pode levar à afirmação de que, portanto, uma pessoa poderá limitar um direito fundamental dentro de um contrato. Tal

assertiva, contudo, ainda não responde completamente ao questionamento central do presente ensaio.

A indagação central é sobre a possibilidade de os direitos fundamentais limitarem a autonomia da vontade contratual. Queremos saber se o contratante poderá usufruir de sua emancipação em plenitude, realizado qualquer contrato que não for expressamente proibido (recorde-se do princípio da legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – Artº 5, inciso II, CF/88), ou se os direitos fundamentais podem obstruir a liberdade contratual, proibindo a pessoa de incluir certas cláusulas em seus negócios jurídicos bilaterais.

Ao afirmar que a pessoa poderia limitar ou renunciar parcialmente a um direito fundamental seu, há ao menos uma evidência de que um contrato poderia ser feito mesmo que violasse um direito fundamental, mas desde que esse direito fundamental fosse parcialmente limitado ou renunciado por vontade próprio do contratante. Contudo, acreditamos que uma perspectiva melhor para abordar o caso é da concorrência de direitos fundamentais.

Em essência, quando se afirma que uma pessoa voluntariamente decidiu limitar ou renunciar parcialmente um dos seus direitos fundamentais, o que se pretende dizer é que em prol do direito à liberdade do indivíduo, que é um direito fundamental, outro direito fundamental (imagem, honra, integridade física, etc.) foi mitigado ou relativizado.

Há, portanto, um conflito entre direitos fundamentais e, aqui, a importância de se entender os efeitos horizontais dos direitos fundamentais nas atividades privadas. Ao se contratar, sempre haverá a repercussão de direitos fundamentais entre os contratantes, seja porque a própria negociação é o exercício do direito à liberdade, seja porque o conteúdo da negociação poderá dispor sobre direitos fundamentais, seja em sentido ampliador (efetivação de um direito, como o direito à vida ou à educação) como em sentido limitador (mitigação do direito à intimidade ou à imagem). Os contratos, hodiernamente, tratam de questões intrínsecas aos direitos fundamentais, uma vez que é o instituto pelo qual o sujeito realiza parte majoritária de suas relações jurídicas no mundo contemporâneo.

Desta maneira, os contratos privados, mais do que se imagina, são instâncias prolíferas para o choque de direitos fundamentais, uma vez que é comum que o direito à liberdade, com seu aspecto da autonomia contratual, será confrontado por diversas vezes com aspectos de outros direitos fundamentais individuais, sociais e difusos.

A concorrência de direitos fundamentais encontra “dificuldade quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a *limites divergentes*, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo” (CANOTILHO, 2003, p. 1269).

Contudo, o problema é evitar o puro subjetivismo ao decidir os casos de concorrência. O julgador ou autoridade que resolverá sobre a validade de cláusula contratual não pode se valer de entendimentos pessoais ou de convicções íntimas para definir quais direito fundamental em concorrência assume relevo decisivo. Além da questão da proporcionalidade e da razoabilidade, é indispensável adotar um critério, o mais objetivo possível, para que o processo de resolução de um conflito de direitos fundamentais em um negócio privado seja resolvido.

Inicialmente, observamos que há certas concorrências que são apenas aparentes, uma vez que já há uma definição no nosso ordenamento jurídico. No direito do consumidor, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor determinar uma série de limitações para a autonomia contratual. As leis trabalhistas, igualmente, restringem a liberdade contratual nas relações de emprego. Na ocasião em que há lei informando as restrições ao direito de contratar, já há uma solução razoável para a questão.

É plausível, contudo, estabelecer que um direito fundamental à liberdade pode ser limitado por uma regra legal, supostamente de hierarquia inferior? Na verdade, as regras legais apenas reafirmam e ajustam direitos fundamentais, como direito proteção aos direitos do consumidor (art. 170, CF/88) e aos direitos trabalhistas (art. 7º, CF/88), de forma que tais restrições do direito à autonomia privada podem ser consideradas soluções *a priori* para possíveis colisões entre o direito à liberdade e demais direitos constitucionais. Ademais, as leis são expressões da vontade popular, elaboradas dentro da dinâmica da democracia representativa.

Na ausência de uma norma legislada, expressa e literal, restringindo a autonomia privada de forma expressa, ou no caso dessa norma ser inconstitucional, é necessário, havendo no caso concreto cláusula contratual dispendo sobre um direito fundamental do contratante, determinar se estamos ou não diante de um contrata válido, isto é, que tenha preservado os direitos fundamentais, apesar do conteúdo.

Em outras palavras, diante de uma concorrência de direitos fundamentais, deve-se analisar se haverá a preponderância da autonomia contratual, conservando-se o pactuado, ou a

preponderância do direito fundamental disposto (indevidamente disposto, neste caso), com a declaração de nulidade da cláusula ou do contrato como um todo.

Propomos que, neste caso, o sopesamento de direitos fundamentais parta do princípio que estamos diante de um contrato, cujo cerne é a autonomia contratual e a necessária liberdade de contratar. Assim, no caso dos contratos que sejam pactuados por pessoas capazes, sem ocorrência de erro ou qualquer tipo de dissimulação, em uma relação leal e com boa-fé (objetiva e subjetiva), o direito fundamental à liberdade (contratual) deve ser priorizado.

Isso porque, levando-se em consideração que o Estado Democrático de Direito determina que as pessoas sejam emancipadas e autodeterminadas, e, que o direito fundamental é um direito individual, para os contratos realizados entre indivíduos, e com efeitos principais apenas sobre estes, o negócio jurídico deve ser preservado, mantendo-se o que foi concordado e admitindo-se a disposição do direito fundamental “flexibilizado”, já que o titular deste direito voluntariamente decidiu por esta disposição.

A autonomia contratual, contudo, não deve prevalecer, caso a disposição do direito fundamental seja total ou integral, isto é, a ponto de anular, inviabilizar ou implicar na renúncia total do direito fundamental. O contrato (ou cláusula) deve ser considerado nulo caso não se preserve o núcleo base mínimo do direito fundamental. Tal exigência decorre da própria regra do sopesamento que, na concorrência de direitos fundamentais, não se deve permitir a obliteração de um dos direitos envolvidos na “disputa”.

Igualmente, o negócio jurídico poderá ser considerado integralmente ou parcialmente nulo nos casos em que há desproporcionalidade no caso concreto, ou seja, nas situações em que a proteção ao direito fundamental disposto no contrato é de tal monta que a preservação do direito à liberdade contratual não seria razoável diante das consequências negativas à esfera do conteúdo do direito disposto. Apesar de depender de um certo grau de subjetivismo do julgador da causa ou do agente jurídico que poderia declarar tal nulidade, é indispensável ter em mente que a solução de uma concorrência de direitos fundamentais nunca poderá levar a uma situação de indignidade para qualquer um dos contratantes, mesmo que tal consequência decorra do livre arbítrio do indivíduo.

Desta forma, *verbi gratia*, não é possível um dos contratantes abrir mão totalmente do seu direito à vida, permitindo ser morto pelo outro contratante, ou do seu direito à

intimidade, permitindo que o outro contratante vigie a sua vida pessoal de forma constante e permanente.

O direito fundamental à liberdade contratual também não deve prevalecer na situação em que os efeitos do contrato extravasam a esfera pessoal dos contratantes. Na situação em que a disposição do direito fundamental pelos contratantes de alguma forma alcança a esfera de interesse jurídico de outras pessoas ou da coletividade, não é possível permitir que a autonomia privada seja meio para a violação dos direitos (também fundamentais) de outras pessoas. Aqui se aplica o famoso brocardo “a sua liberdade termina onde começa a liberdade do próximo”.

Não se deve permitir, por exemplo, que certo contratante abra mão de seu direito de imagem e honra a ponto de permitir que uma rede de televisão explore uma condição física sua que afete também outras pessoas, não contratantes, que possuam a mesma característica e sejam constrangidas em decorrência deste contrato de uso de imagem.

Ressalte-se que a presente solução decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O respeito e a proteção dos direitos fundamentais devem ocorrer inclusive nas relações privadas. Os negócios jurídicos são naturalmente disposições entre particulares e, mesmo assim, não devem ser alheios aos direitos fundamentais, sendo certo que os contratantes imperiosamente, ao pactuar, devem, como protagonistas do sistema jurídico, ponderar sobre eventual concorrência entre o direito à liberdade contratual e de contratar e a possível mitigação de outros direitos fundamentais das partes, devendo todos, dentro do próprio escopo de lealdade e boa-fé, evitar cláusulas que eliminem ou reduzam desproporcionalmente a dignidade de qualquer envolvido ou mesmo de terceiros.

Em suma, sendo o contrato privado necessário para a concretização da individualidade, da autonomia e da autodeterminação da pessoa humana, há de se presumir, havendo boa-fé e respeitada a função social do contrato, que a liberdade contratual é preponderante diante de parcial mitigação de outro direito fundamental da esfera pessoal do contratante.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia privada contratual, apesar de não figurar de forma expressa no texto constitucional como direito fundamental, deve ser encarada como se o fosse, uma vez que derivada do direito à liberdade e necessária concretizar o princípio econômico da livre

iniciativa. Dessa maneira, quando nos deparamos com casos em que a autonomia provada contratual entra em choque com outros direitos fundamentais, devemos tratar o caso como uma concorrência de tais direitos.

Assim, ao realizar o sopesamento de direitos fundamentais, o julgador da questão não deve se valer de suas convicções pessoais para avaliar a validade do contrato. Ao verificar que os contratos foram pactuados por pessoas capazes, sem ocorrência de erro ou qualquer tipo de dissimulação, a liberdade contratual deve ser priorizada. Entretanto, mais fatores devem ser analisados.

A autonomia contratual não deve prevalecer em casos de disposição integral dos direitos fundamentais, inviabilizando seu exercício. Ainda, não deve prevalecer na situação em que os efeitos do contrato alcancem a esfera de interesse jurídico de outras pessoas ou da coletividade.

Nesse ponto, cabe ressaltar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser respeitados em uma relação privada, mesmo que diante de um negócio que atinja apenas a esfera pessoal dos pactuantes, uma vez que, em nome da liberdade contratual, não é possível reduzir os demais direitos fundamentais aquém do núcleo mínimo da prerrogativa essencial ou apenas eliminar a proteção de tal direito.

Diante do exposto, considera-se que, sendo o contrato privado necessário para a concretização da individualidade, da autonomia e da autodeterminação da pessoa humana, há de se presumir que a liberdade contratual seja preponderante sobre outro direito fundamental da esfera pessoal do contratante, desde que o contrato esteja permeado de boa-fé e seja respeitada sua função social.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 224 p.

BARROSO, Roberto, L. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 576 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/>. Acesso em: 08 maio 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 920p.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2020. 1162 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025026/>. Acesso em: 06 maio 2020.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1373 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - volume 3: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. 728 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. 1560 p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 552 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 06 maio 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1567 p.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1632 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611430/>. Acesso em: 08 maio 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 473 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/>. Acesso em: 06 maio 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.

STOLZE, Pablo, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil - volume único**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1776 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610648/>. Acesso em: 06 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 825 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984014/>. Acesso em: 06 maio 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1239 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. Acesso em: 06 maio 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos - Vol. III**, 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. 991 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019704/>. Acesso em: 06 maio 2020.