

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF CONTRACT AND THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF THE WILL IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE RELATIONS

Tainah Simões Sales¹

Resumo: O trabalho busca analisar o direito à liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade face à constitucionalização das relações privadas. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se a transformação do Direito Civil, não mais pautado no individualismo e no patrimonialismo, mas em consonância com os valores, regras e princípios constitucionais, priorizando a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais. Não se pode admitir a interpretação e aplicação do Direito Civil em desconformidade com as diretrizes constitucionais. Trata-se de assunto relevante, merecendo proeminência e fomento a discussões aprofundadas sobre a temática.

Palavras-chave: Liberdade contratual. Autonomia da vontade. Constitucionalização das relações privadas.

Abstract: The paper aims to analyze the right to freedom of contract and the principle of autonomy of will from the perspective of constitutionalization of private relations. After the promulgation of 1988 Federal Constitution, we can realize the transformation of civil law, no longer guided in individualism and patrimonialism, but in line with the constitutional values, rules and principles, prioritizing human dignity and fundamental rights guarantee. We can not accept the interpretation and application of civil law without consider the constitutional guidelines. It is a relevant subject, deserving prominence and promotion of deep discussions about it.

Key-words: Freedom of contract. Autonomy of will. Constitutionalization of private relations.

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisa financiada pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Ceará. Email: tainahsales@gmail.com

1 Introdução

Anteriormente, verificava-se forte dicotomia entre os Direitos Público e Privado. O Código Civil era como a Constituição das relações privadas e previa ampla proteção ao indivíduo, principalmente sob o ponto de vista de sua atuação como contratante e proprietário, bem como às relações patrimoniais. O Direito Público e constitucional não interferia na esfera privada.

Após um longo período de transição, a partir da percepção de que essa realidade não mais se coadunava com as demandas sociais e da promulgação cada vez mais frequente de leis extravagantes e descodificadas, passou-se à fase da constitucionalização das relações privadas, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Mediante essa evolução, verificou-se que a Carta Magna tornou-se o ponto de referência das relações privadas, priorizando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dela decorrentes. Busca-se, assim, uma unidade de sentido no ordenamento, um sistema coerente e de acordo com os valores constitucionais.

As regras e os princípios que regem as relações privadas devem refletir a normativa constitucional, devem ser interpretados conforme a Lei Maior. No presente trabalho, objetivou-se analisar, sob esse aspecto, o direito à liberdade e o princípio da autonomia da vontade, ambos corolários do Direito Privado.

Realizou-se pesquisa bibliográfica, documental e pura. Inicialmente, analisou-se a teoria dos direitos fundamentais. Após, estudou-se o direito à liberdade e o princípio da autonomia da vontade. Pesquisou-se a evolução do Direito Civil até a fase da constitucionalização das relações privadas, destacando os principais aspectos desse momento histórico e os seus efeitos sobre a liberdade e a autonomia da vontade. Por fim, analisou-se o entendimento jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto.

Trata-se de tema relevante e atual. Não se pode permitir a interpretação de normas em desconformidade com os valores, princípios e regras constitucionais. O ordenamento jurídico é uno, não podendo ser aplicado de forma incoerente, sob pena de incorrer em graves injustiças e de ferir a dignidade e os direitos fundamentais de outrem.

2 A Teoria dos Direitos Fundamentais

A ideia de um Estado Liberal, após a queda dos regimes absolutistas, pautou-se na visão de que o interesse geral resultava espontaneamente da soma dos interesses pessoais. Ainda, primou-se pelo liberalismo, ou seja, pela intervenção mínima do Estado na economia e pela concepção do constitucionalismo clássico, no qual a Constituição deveria prever, tão somente, as limitações dos poderes do Estado.

Nesse diapasão, a Revolução Francesa de 1789 exprimiu, como lema, três princípios que albergavam todos os direitos fundamentais, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, que passaram a se manifestar, na ordem jurídica, mediante três gerações sucessivas, com base nos postulados revolucionários. Karal Vasak, estudioso tcheco, foi o precursor da teoria dos direitos fundamentais, associando os princípios da Revolução Francesa aos direitos fundamentais em 1979.¹

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais, a partir do surgimento do Estado Liberal, originam-se, então, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Trata-se dos direitos civis e políticos. São direitos com *status* negativo, uma vez que existem para limitar a atuação do Estado, baseados na não intervenção². Constituem garantias para os indivíduos em face da atuação do Poder Público. A liberdade, então, é o principal elemento dos direitos fundamentais de primeira dimensão.³

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, baseiam-se na igualdade. Surgiram a partir do advento do Estado Social, no século XX, e englobam os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos⁴. Possuem *status* positivo, tendo em vista que são direitos que demandam ações do Estado.

A fraternidade comporta os direitos fundamentais de terceira dimensão, quais sejam: os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade e o direito sobre o patrimônio comum da humanidade. Paulo Bonavides⁵ critica, posteriormente, a inclusão do direito à paz nessa dimensão, propondo, assim, que este faça parte da quinta dimensão de direitos fundamentais.

Em razão da globalização e do neoliberalismo crescentes no fim do século XX, que interferem na esfera normativa e na sociedade, surgem os direitos fundamentais de quarta dimensão, albergando os direitos à democracia participativa, à informação e ao pluralismo.

Deve-se salientar que os direitos fundamentais possuem a característica da interdependência, no sentido de que se completam e subsistem concomitantemente. Assim, a antiga denominação das “gerações” dos direitos fundamentais, tal como sugerida por Karal Vasak, pode ser substituída por “dimensões”, já que a primeira concepção pode exprimir,

erroneamente, a ideia de caducidade dos direitos das gerações antecedentes, de acordo com uma ordem cronológica.⁶

Após uma análise geral da teoria dos direitos fundamentais, cumpre destacar que o enfoque do presente trabalho encontra-se nos direitos fundamentais de primeira geração, mais especificadamente na liberdade, uma vez que esta é valor norteador das relações privadas.

3 O direito à liberdade

O liberalismo clássico iniciou-se na Inglaterra, a partir da obra de Adam Smith⁷ intitulada “A Riqueza das Nações”, em 1776. A partir da crença no individualismo, seria possível assegurar ao homem o progresso geral. “O indivíduo, na concepção de Smith, é guiado por uma mão invisível para promover um fim que não fazia parte de sua intenção.”⁸

Robert Malthus⁹, teórico da doutrina liberal, tornou-se conhecido pelo “Ensaio sobre a população”, em 1798. Na obra, apresentou a discordância entre o poder de reprodução da espécie humana e a capacidade de produção dos meios de subsistência. Enquanto a população aumenta numa progressão geométrica, os meios de subsistência aumentam de acordo com uma progressão aritmética.

Jeremy Bentham, por sua vez, foi reconhecido como importante filósofo utilitarista, entre os séculos XVIII e XIX, formulando o “princípio da utilidade”, segundo o qual “o critério que deve inspirar o bom legislador é o de emanar leis que tenham por efeito a maior felicidade do maior número.”¹⁰ Sobre o utilitarismo, cumpre destacar o seguinte:

os princípios utilitaristas têm por base apenas as utilidades e, embora os incentivos possam de fato ser levados em conta em seu aspecto instrumental, no final a única base considerada apropriada para a avaliação de estados de coisas ou para a avaliação de ações ou regras são as informações sobre utilidade. (...) Jeremy Bentham define utilidade como prazer, felicidade ou satisfação (...) questões potencialmente importantíssimas como a liberdade substantiva individual não podem influenciar diretamente uma avaliação normativa nessa estrutura utilitarista. Podem ter papel indireto apenas por meio de seus efeitos sobre os números relativos à utilidade (...) Ademais, a estrutura agregativa do utilitarismo não tem interesse na distribuição das utilidades (...) a concentração se dá inteiramente sobre a utilidade total de todos considerados em conjunto.¹¹

Importa destacar o papel de John Stuart Mill na transição da Escola liberal para o Socialismo no século XIX. O autor, também difusor do utilitarismo, foi liberal e democrata, uma vez que considerou a democracia como o desenvolvimento natural e consequente dos

princípios liberais. Ressaltou, ainda, a importância da doutrina utilitarista e iniciou uma nova ordem de preocupações, como a busca da “justiça social”.

No século XX, destacam-se os ensinamentos de Keynes¹² em sua obra “Teoria do emprego, do juro e da moeda”. Para o autor, a intervenção do Estado deve se dar de maneira mais ou menos permanente, com maior ênfase numa política de manipulação monetária. Assim, seria possível a criação de uma política tributária no qual o imposto seria um elemento ativo na distribuição dos rendimentos e na orientação da atividade econômica.

A partir da análise dos pensamentos dos teóricos acima descritos, percebe-se que o liberalismo clássico sofreu diversas alterações com o passar dos anos. O próprio termo “liberalismo” ganhou diversos significados, de acordo com o momento histórico. Hoje, percebe-se uma certa confirmação da visão clássica: “O liberalismo é a doutrina na qual a conotação positiva cabe ao termo ‘liberdade’, com a consequência de que uma sociedade é tanto melhor quanto mais extensa é a esfera da liberdade e restrita a do poder.”¹³

Nesse sentido, a liberdade deve ser ampliada. Entretanto, destaca-se que esta ampliação não deve ocorrer de forma ilimitada. Observa-se a esfera de liberdade desde que não haja danos aos outros indivíduos. Isso porque a liberdade pressupõe a vida em sociedade, já que “sendo a liberdade termo relacional, ninguém pode ser livre sozinho.”¹⁴ Conforme ensina John Stuart Mill¹⁵, “o único propósito para o qual o poder pode legitimamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua própria vontade, é impedir que se faça dano a outros.”¹⁶

A ampliação das liberdades pode ser verificada na medida em que o indivíduo tem maiores possibilidades de escolher a vida que deseja levar, a partir de suas próprias convicções. Seriam as oportunidades de tornar real aquilo que o indivíduo considera possível e relevante. Ou, ainda, uma liberdade “vista sob a forma de capacidades individuais para fazer coisas que uma pessoa com razão acredita.”¹⁷ Trata-se da necessidade de ampliar a capacidade de o indivíduo perceber o que é possível, desejar e tornar real¹⁸.

José Afonso da Silva¹⁹ conceitua a liberdade como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.” A liberdade, nesse sentido, relaciona-se com o subjetivismo de cada indivíduo, com a ideia de realização pessoal e autodeterminação, a partir da possibilidade de o indivíduo escolher a vida que deseja levar, de acordo com suas próprias razões. A liberdade, enfim, permite a transformação em realidade daquilo que o indivíduo pensa ser possível.

Atualmente, afirma-se que a liberdade é um dos pressupostos e a concretização direta da dignidade da pessoa humana, uma vez que consiste na autonomia de escolher os

rumos de sua própria existência. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet²⁰, “sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada”. Arnaldo Vasconcelos²¹, por sua vez, associa a liberdade ao princípio de tudo e explica que é pressuposto para a formação do Direito e da democracia. É inegável, portanto, a relevância desse direito e a sua necessidade de proteção e efetivação.

É importante destacar que o direito à liberdade, consolidado no *caput* do art. 5º e em diversos outros dispositivos da Constituição Federal de 1988, abrange diversas formas de atuação. Fala-se em liberdade de locomoção, liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de ação profissional, liberdade econômica, liberdade contratual, entre outras²². Embora os âmbitos de atuação sejam distintos, o sentido nuclear do termo “liberdade” não é alterado. Todos eles expressam a possibilidade de atuação conforme a consciência do indivíduo.

Para o presente trabalho, em virtude da sua finalidade e da necessidade de delimitação da temática a ser abordada, mais interessa a liberdade contratual, por ser fundamento das relações jurídico-privadas. Eis o que será analisado a seguir.

4 A liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade

Desde os primórdios do Direito Romano, os indivíduos são livres para contratar como quiser, quando quiser e com quem desejar. O poder dos contratantes de estabelecer os termos do pacto a ser realizado, disciplinando o conteúdo do contrato de acordo com os interesses das partes, consiste na liberdade contratual²³, uma das formas de exercício das liberdades, conforme já esclarecido.

No âmbito do exercício do direito à tal liberdade, encontram-se princípios fundamentais e norteadores do Direito Civil contratual. O princípio da autonomia da vontade, que estabelece a possibilidade e a faculdade de os indivíduos pactuarem sem a interferência do Estado, é o alicerce da liberdade de contratação.

Para a doutrina francesa, o princípio da autonomia da vontade é fundamento do direito à liberdade contratual, sendo “*la liberté de faire un acte juridique quelconque et on devrait en principe garder présente à l’esprit l’ampleur du domaine à explorer*”²⁴. Pode-se afirmar o seguinte:

L’individu est libre de contracter ou non, de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu et la durée du contrat... Le consentement est l’élément essentiel, si bien que le formalisme doit rester exceptionnel, et que la loi doit

*demeurer, en principe, supplétive de volonté, ou interprétative, la règle impérative ne devant intervenir que dans le cas où elle s'avère absolument indispensable*²⁵.

Corroborando esse entendimento, ressalta-se que, no Direito brasileiro, o princípio da autonomia da vontade fundamenta o desenvolvimento das relações privadas e é pautado nas ideias de consentimento²⁶, convergência das vontades dos contratantes (o que não se confunde com a semelhança de interesses, pois, muitas vezes, estes são opostos), bem como na liberdade de escolher o conteúdo, o tempo e os sujeitos do pacto a ser realizado.

Deve-se esclarecer que a liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade não são plenos, absolutos. Não se pode permitir, por exemplo, que estes justifiquem arbitrariedades e ofensas aos direitos e à dignidade alheia ou que estes prevaleçam sobre os interesses da coletividade. Fala-se, assim, na relativização ou na limitação desses valores, a fim de garantir uma ordem jurídica justa, em atendimento à isonomia e aos direitos constitucionais fundamentais.

A supremacia da ordem pública, a moral, os bons costumes e as liberdades dos demais indivíduos devem ser observadas. Nesse diapasão, o art. 421 do Código Civil brasileiro dispõe que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Verifica-se, assim, que os pactos firmados estão sujeitos às limitações impostas pela ordem jurídica vigente e devem observar a sua função social²⁷, partindo do pressuposto de que interesses individuais não podem violar interesses sociais mais relevantes.

A relativização do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual encontra respaldo nas teorias referentes à constitucionalização das relações privadas, no sentido de que, atualmente, o Direito Civil deve ser revisado e transformado em razão da normativa constitucional, não podendo mais ser estudado e aplicado como um bloco separado. O ordenamento jurídico brasileiro é um todo coerente. Não se poderia permitir a plenitude e a intangibilidade da autonomia da vontade, em detrimento da dignidade e dos direitos fundamentais das partes contratantes.

5 Constitucionalização do Direito Civil

Anteriormente, o Direito Civil era marcado, essencialmente, por características patrimonialistas e apartadas dos valores constitucionais. O Código Civil de 1916, influenciado, sobretudo, pelo Código de Napoleão, apresentava características de um

ordenamento individualista e voluntarista²⁸, com ênfase aos papéis dos contratantes e dos proprietários. Afirmava-se que o Código Civil era a Constituição do Direito Privado.

A esfera privada não sofria interferências do Direito Público e pautava-se na segurança e na estabilidade das relações. O que determinaria o sucesso ou as falhas de um negócio seria a maior ou menor capacidade e astúcia dos contratantes²⁹, uma vez que as regras permaneciam praticamente imutáveis. A liberdade de contratação era ampla e o princípio da autonomia da vontade prevalecia no Direito Privado.

Com o passar do tempo, essa visão não mais conseguia atender às demandas e às necessidades sociais. Passou-se por um processo de transformação, anunciando os primórdios de um Direito Civil Constitucional. A Constituição Federal de 1946 consolidou, em seu corpo, temas antes reservados à esfera privada, como a função social da propriedade, a família e as limitações das atividades econômicas³⁰. Leis extravagantes passaram a ser editadas com frequência cada vez maior, superando a exacerbada importância conferida ao Código Civil da época.

Entretanto, somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foi possível verificar uma nova fase do Direito Civil, que passou a ser analisado e valorado conforme os ditames e princípios constitucionais. Observa-se a etapa de polissistemas ou microssistemas do Direito Privado, sobretudo caracterizados pela maior quantidade e importância conferida aos estatutos³¹. Para Natalino Irti, é a chamada “era da descodificação”³². E a Constituição tem, nessa leitura, o papel de unificar os sistemas e harmonizar a diversidade de fontes normativas encontradas³³.

Para Pietro Perlingieri, o ordenamento só pode ser concebido enquanto uno e sistemático³⁴. A Constituição é a norma que possibilita o equilíbrio e a uniformidade de valores e princípios. É, nas palavras de Konrad Hesse³⁵, “a ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.

Nesse diapasão, as relações privadas não podem ser analisadas somente sob o prisma do Direito Civil. Os princípios, os valores e as regras da Constituição devem lhes conferir legitimidade e delimitá-las, sob pena da existência de uma ordem jurídica incoerente e injusta.

Tem-se, portanto, a era da constitucionalização das relações privadas ou a formação de um Direito Civil Constitucional. Dentre as consequências da evolução da doutrina civilista, apontam-se as seguintes: a unificação da ordem jurídica, com as normas constitucionais atuando como fundamento dos demais ramos do direito e a relativização da dicotomia entre Direito Público e Privado; e a simplificação do ordenamento jurídico, a partir

da adoção da Constituição como referência para interpretação e aplicação das diferentes normas vigentes³⁶.

Não se pretende, contudo, afirmar que o Direito Civil perdeu a importância ou que as regras do Código Civil não mais possuem eficácia. Apenas se defende a uniformidade do ordenamento, uma coerência axiológica e a interpretação das normas de Direito Privado conforme os valores constitucionais explícitos ou implícitos na Constituição.

5.1 A liberdade e a autonomia da vontade face à constitucionalização das relações privadas

A Constituição Federal de 1988 priorizou a proteção à dignidade da pessoa humana, à sua personalidade e elencou inúmeros direitos e garantias fundamentais. Sabe-se que os princípios e direitos lá consagrados devem ser aplicados em todas as esferas de atuação jurídica. Em outras palavras, tem-se “a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”³⁷. As normas civilistas, portanto, devem ser harmonizadas conforme os ditames da Carta Magna.

Fala-se de uma era de “despatrimonialização” do Direito Privado. A proteção à propriedade e à atividade empresária, por exemplo, deve ser observada em razão de sua função social; a regulamentação e o exercício da atividade econômica devem atender aos princípios constantes, sobretudo, no art. 170 da Lei Maior; as políticas de desenvolvimento urbano devem buscar o bem estar dos habitantes, etc. Verifica-se, assim, que as normas do Direito Privado passam a demandar uma interpretação conforme os valores contidos nas normas constitucionais³⁸.

Com o princípio da autonomia da vontade e o direito à liberdade contratual não seria diferente. Conforme já exposto, trata-se de premissas não absolutas, cujos limites visam à efetivação de relações justas, solidárias e dignas³⁹, e ao atendimento aos direitos fundamentais, justamente em consonância com o disposto na Constituição.

Ademais, importa destacar que os direitos fundamentais previstos na Carta Magna são essenciais não só na limitação dos diversos direitos e princípios relativos ao Direito Privado, como também na sua aplicação e efetivação. São, ainda, relevantes instrumentos e vetores de interpretação e de concretização de suas cláusulas gerais. Claus-Wilhelm Canaris⁴⁰ afirma, nesse sentido, que “os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais de direito com nível infraconstitucional”.

Atualmente, o Direito Civil não caminha sozinho. Não é uma esfera absolutamente apartada das diretrizes que regem o Direito Público, tampouco pode ser interpretado de maneira isolada, sem considerar o sistema unitário no qual está inserido. Não se pode admitir, assim, um princípio da autonomia da vontade que prejudique a dignidade de outrem⁴¹, que não atenda à função social do contrato, que imponha obrigações degradantes para uma das partes, enfim, que não seja condizente com as normas constitucionais que regem a sociedade.

Desse modo, a delimitação da autonomia da vontade ou a sua relativização objetivam atingir o equilíbrio da relação contratual, a isonomia entre as partes e a proteção dos direitos de terceiros. Seguindo o mesmo raciocínio, torna-se inadmissível um ordenamento justo cuja liberdade é exacerbada e garantida ao extremo. A ordem pública e a moral, por exemplo, são institutos que limitam o direito à liberdade, assim como a vedação de práticas discriminatórias, degradantes e a inibição de condutas que atentam à boa-fé e à ordem econômica e ambiental.

A Constituição Federal garante a proteção e o direito à propriedade, porém o indivíduo não tem o poder de utilizá-la da forma como bem entender, sem observar a sua função social. Não pode criar associações de caráter paramilitar, mesmo sendo garantida a liberdade de associação. Ademais, embora seja garantida a liberdade de expressão, não se pode permitir a divulgação de imagens ou dizeres discriminatórios ou que denigam a vida íntima de outrem. Por fim, destaca-se que, apesar de a liberdade de contratar ser prevista no ordenamento, as partes não podem dispor sobre conteúdos ilícitos ou que atentem contra a moral ou a ordem pública.

Todos os exemplos demonstram que a liberdade encontra tanto garantia quanto limitação no corpo constitucional. Nesse diapasão, as relações e as normas de Direito Privado devem ser aplicadas e interpretadas de acordo com as diretrizes e os valores que regem a Constituição Federal, sendo esta a norma maior, que estabelece o equilíbrio no sistema jurídico e apresenta-se como o eixo de ligação entre as diferentes espécies normativas.

5.2 A jurisprudência e a constitucionalização das relações privadas

Não só a doutrina defende a consolidação da era da “despatrimonialização” do Direito Privado. Os Tribunais, em seus mais diversos julgados envolvendo relações entre particulares, também passaram a admitir essa nova realidade e a interpretar as demandas conforme os ditames da constitucionalização do Direito Civil.

A emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 477554, julgado em 16 de agosto de 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, reflete a evolução da interpretação e da aplicação do Direito Civil segundo os valores, regras e princípios resguardados pela Constituição Federal⁴².

Em fevereiro de 2012, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no REsp 1183378/RS reconhecendo o direito ao casamento de pares homoafetivos, baseando-se nos direitos constitucionais à liberdade, à isonomia, à não discriminação e ao livre planejamento familiar, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana⁴³. Os artigos do Código Civil referentes à entidade familiar devem ser interpretados conforme a Constituição Federal, não havendo óbice à união estável ou ao casamento homoafetivo.

Destaca-se que, em 2005, o Supremo Tribunal Federal já se posicionava em prol da necessidade de compatibilização entre o Direito Privado e os direitos fundamentais. No julgamento do RE 201819, houve menção expressa à vinculação direta dos direitos fundamentais não só às relações entre o indivíduo e Estado, mas igualmente às relações travadas entre particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas⁴⁴. A autonomia da vontade, segundo o Ministro Gilmar Mendes, não pode ser invocada em prejuízo dos direitos fundamentais de terceiros e nem autoriza o descumprimento dos mandamentos constitucionais.

No âmbito das relações contratuais, a realidade não é diferente. Quanto aos pactos de seguro de saúde, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou, em maio de 2012, no sentido de não ser possível a aplicação do prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência relativos a tratamento de tumor cerebral, uma vez que se trata de violação ao direito fundamental à vida⁴⁵.

Ademais, as operadoras de plano de saúde não estão autorizadas a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, cabendo somente ao médico determinar o tratamento adequado ao paciente. Desse modo, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1053810/SP, a seguradora não pode escusar-se de conferir cobertura a um transplante de órgãos se este é o tratamento que poderá salvar a vida do indivíduo⁴⁶.

Para os contratos bancários, a jurisprudência também admite a revisão das cláusulas contratuais e a relativização do *pacta sunt servanda*, diante dos princípios constitucionais, da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da era do dirigismo contratual. Como exemplo, verifica-se o julgamento do Ag 1394166/SC em 08 de maio de 2012, pelo Superior Tribunal de Justiça, em que decidiu-se que não se deve admitir a

cumulação da comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios ou multa contratual, ainda que tenha sido avençado entre as partes⁴⁷.

Ainda em relação aos contratos bancários, ressalta-se a decisão do mesmo Tribunal, no REsp 1223838/RS, que reconheceu a legalidade da limitação de 30% do desconto em folha de pagamento referente à contratação de empréstimos consignados, em razão da natureza alimentar do salário e do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸. O particular, assim, não é absolutamente livre para dispor de sua remuneração, se isso significar atentado contra a sua dignidade.

Conforme já verificado, não se pode permitir que a autonomia da vontade e a liberdade contratual prevaleçam em detrimento de outros valores priorizados pela Constituição Federal. Trata-se de entendimento não só doutrinário, mas de uma realidade já perceptível nos mais diversos julgados do país.

6 Considerações Finais

Vive-se a era da constitucionalização do Direito Civil, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988. Nessa fase, admite-se o ordenamento jurídico como um todo uniforme, sistemático, axiológico, cuja Carta Magna se apresenta como o eixo central, determinando os vetores de interpretação e limitação das diferentes espécies normativas infraconstitucionais.

As relações privadas, nesse diapasão, não podem ser observadas sem exprimir os valores, princípios e regras constitucionais. A propriedade, a empresa, a família e os contratos, por exemplo, não devem ser concebidos como antigamente, considerando aspectos unicamente individualistas e patrimoniais. Atualmente, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são aspectos essenciais dessa leitura, não sendo possível a sua exclusão.

O presente trabalho buscou a análise do direito à liberdade, sobretudo a contratual, e do princípio da autonomia da vontade face à constitucionalização da esfera privada, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Conclui-se que qualquer norma ou cláusula contratual deve refletir a normativa constitucional, que prioriza a dignidade da pessoa humana e a garantia de um rol extenso de direitos fundamentais. Assim, a liberdade e a autonomia da vontade não são institutos absolutos, plenos e intangíveis, pois encontram limitação no corpo constitucional.

Com isso não se afirma que o Direito Civil está ultrapassado ou que perdeu a importância. Apenas defende-se a sua aplicação segundo os princípios e direitos priorizados

pela Lei Maior. Busca-se um sistema jurídico justo, uno, sem contradições e consoante os valores primordiais albergados pelo ordenamento jurídico e compartilhados pela sociedade.

¹ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 3, abr.-jun., p. 83, 2008.

² LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

³ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 517.

⁴ ALBUQUERQUE, Ana Paula Martins; MATIAS, João Luís Nogueira. A vida em conflito. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Org.). **Neonstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240-258, p. 246.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 85.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 47.

⁷ Adam Smith via a origem das riquezas no trabalho do homem. A eficácia do trabalho quanto ao rendimento era mais importante que a quantidade de trabalho empregado. Se a divisão do trabalho proporcionasse altos rendimentos, era fator de bem-estar para o indivíduo e de riqueza para o país. SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 326.

⁹ MALTHUS, Robert. **Ensaio sobre a população**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 283.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 63.

¹¹ SEN, Amartya. Op. Cit., p. 81.

¹² KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego dos juros e do dinheiro**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

¹³ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 89.

¹⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 54.

¹⁵ MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364-399, p. 385.

¹⁶ John Rawls, nesse mesmo sentido, destaca: “a única razão para restringir as liberdades fundamentais e torná-las menos extensas é que, se isso não fosse feito, interfeririam umas nas outras.” RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 77.

¹⁷ SEN, Amartya. Op. Cit., p. 80.

¹⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

²¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 2008.

²² Conforme ensina Hans Carl Nipperdey, “a liberdade é um todo indivisível, no qual, à liberdade política, religiosa, espiritual e econômica, a liberdade humana original do particular em todos os âmbitos da vida tem de associar-se.” DÜRIG, Günter; SCHWABE, Jürgen; NIPPERDEY, Hans Carl. **Direitos fundamentais e direito privado**. Organização de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 70.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III, p. 20.

²⁴ CABRILLAC, Rémy; ROCHE-FRISON, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris : Dalloz, 2009, p. 684.

²⁵ Ibid., p. 685.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v.1, p. 455.

²⁷ De acordo com Nelson Nery Junior, “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” Sobre a função social do contrato e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ler NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: **O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). São Paulo: LTr, 2003, p. 423.

-
- ²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.
- ²⁹ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luís Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, *passim*.
- ³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 7.
- ³¹ *Ibid.*, p. 11.
- ³² IRTI, Natalino. Op. Cit.
- ³³ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.
- ³⁴ PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. In: **Rassegna di diritto Civile**, v. I, p. 191-192, 2005.
- ³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 18.
- ³⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **Constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48-49.
- ³⁷ *Ibid.*, p. 38.
- ³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, direito e sociedade**, v. I, 1991. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.
- ³⁹ Conforme ensina Canaris, “as leis de Direito Privado têm, em numerosos casos, uma clara natureza ofensiva – e isto, nalgumas circunstâncias, de forma massiva. Então constitui um imperativo de coerência controlá-las, nessa medida, em princípio também à luz da proibição de excesso. Em CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 33.
- ⁴⁰ *Ibid.*, p. 75.
- ⁴¹ Nesse diapasão, destaca-se o ensinamento de Ingo Sarlet: “todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera entre particulares.” Em SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 133.
- ⁴² A decisão fundamentou-se, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão constitucional do afeto e no direito constitucional à busca pela felicidade, que decorre, implicitamente, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287.
- ⁴³ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.
- ⁴⁴ Nas palavras do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.
- ⁴⁵ REsp 962.980/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012.
- ⁴⁶ “Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.” REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010.
- ⁴⁷ AgRg no Ag 1394166/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 04/06/2012.
- ⁴⁸ AgRg nos EDcl no REsp 1223838/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ana Paula Martins; MATIAS, João Luís Nogueira. A vida em conflito. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Org.). **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240-258.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v.1.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 3, abr-jun. 2008.
- CABRILLAC, Rémy; ROCHE-FRISON, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). **Libertés et droits fondamentaux**. 15 ed. Paris: Dalloz, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- DÜRIG, Günter; SCHWABE, Jürgen; NIPPERDEY, Hans Carl. **Direitos fundamentais e direito privado**. Organização de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luís Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.
- KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego dos juros e do dinheiro**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MALTHUS, Robert. **Ensaio sobre a população**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução por Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364-399.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, direito e sociedade**, v. I, 1991. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: **O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). São Paulo: LTr, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. In: **Rassegna di diritto Civile**, v. I, Napoli, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 120.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **Constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 2008.