OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Narciso Leandro Xavier Baez

Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis/SC. Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em Processo Civil. Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Chapecó/SC. Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

Germano Alves de Lima

Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR. Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Joaçaba/SC. Delegado de Polícia Civil no Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar e identificar os limites à autonomia privada no Direito Brasileiro, à luz da sistemática una do ordenamento jurídico implantada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tanto, realiza, inicialmente, breve abordagem histórico-conceitual da autonomia privada e de seu conteúdo jurídico. Posteriormente, analisa as alterações da tutela da autonomia privada decorrentes da constitucionalização do Direito Civil, promovida a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Por fim, examina os limites da autonomia privada decorrentes da proteção à dignidade humana, aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Autonomia privada. Limites à autonomia privada. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: 1 Introdução – **2** Origem e conceito da autonomia privada – **3** Contornos atuais da autonomia privada no Brasil – **4** Limites à autonomia privada após a constitucionalização do Direito Civil brasileiro – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

MIOLO RBDFI.indd 115

No final do século passado, os chamados direitos da personalidade foram juridicamente reconhecidos e alteraram a noção de personalidade, atribuindo-lhe, além de um aspecto subjetivo, um aspecto objetivo.

Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016

A proteção constitucional de tais direitos trouxe consigo uma reformulação dogmática acerca do Direito Privado, notadamente no que concerne à elevação da pessoa para a base nuclear do sistema jurídico, trazendo à tona a necessidade de repaginar-se paulatinamente o Direito Privado à luz dos preceitos constitucionais.

Com efeito, a autonomia privada, expressão da liberdade e princípio estruturante do Direito Civil, passa a ser o alvo das reflexões, deixando de representar um dogma voluntarista e absoluto para relativizar-se diante dos limites e restrições que lhe foram impostos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, em decorrência da colisão com os direitos individuais, a função social da propriedade e dos contratos e a boa-fé objetiva.

Nessa perspectiva, este artigo tem como objetivo analisar e identificar os limites à autonomia privada no Direito Brasileiro, sob a ótica da sistemática una do ordenamento jurídico inaugurada pelo Direito Civil-Constitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, realizar-se-á, inicialmente, breve abordagem histórico-conceitual da autonomia e de seu conteúdo jurídico, à luz das teorias propostas pelos clássicos filósofos iluministas.

Posteriormente, analisar-se-ão as alterações sobre a tutela da autonomia privada decorrentes da constitucionalização do Direito Civil, promovida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por fim, com enfoque nos contornos atuais da autonomia privada, examinarse-ão os limites decorrentes da proteção à dignidade humana, da proteção aos direitos da personalidade e da proteção aos direitos fundamentais.

2 Origem e conceito da autonomia privada

Do ponto de vista etimológico, o vocábulo "autonomia" deriva dos termos gregos *autós*, que significa "próprio", "individual", "pessoal", "incondicionado", e *nomía*, que significa "conhecer", "administrar". "O sentido originário da palavra, herdada da tradição, representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta" e, por consequência, o direito de ter suas regras reconhecidas pelos demais (RODRIGUES; RÜGER, 2007, p. 4).

No Direito, genericamente, o termo autonomia significa a possiblidade conferida a uma pessoa de administrar sua vida, em todos os aspectos (CASTRO; WELTER, 2014). Nessa esteira, De Marco (2011) afirma que a autonomia está ligada à competência para a normogênese jurídica, ou seja, à capacidade para criar, extinguir ou modificar direitos e deveres, cuja existência e validade estão vinculadas à observância do sistema de regras e princípios contido na ordem jurídica normativa.

Dada sua relevância, a autonomia há muito vem sendo considerada como dogma pela doutrina civilística (PERLINGIERI, 2008), especialmente porque consiste em um princípio normativo-jurídico que fundamenta o Direito Civil, abrangendo os aspectos psicológicos, éticos, filosóficos e jurídicos da vontade (SANTOS AMARAL NETO, 2010). Entretanto, seu conteúdo sofreu inúmeras transformações até ingressar no núcleo do ordenamento jurídico pátrio, por meio do processo de constitucionalização do Direito Privado. Dessa forma, para melhor compreensão da sua natureza e função, faz-se necessária breve abordagem das condições histórico-filosóficas em que tal princípio surgiu e se desenvolveu.

Na história da civilização ocidental, um dos marcos fundantes da autonomia privada pode ser encontrado no Direito Romano, no qual a *lex privata* – primeira forma de expressão do *ius civile* – tinha como base uma espécie de declaração solene com valor de norma jurídica que representava um acordo entre o declarante e o destinatário nos negócios particulares. Destaca-se, ainda, no Direito Romano, a valoração da vontade na formação da *lex publica*, precisamente no que diz respeito à aprovação de propostas do magistrado pelo povo (SANTOS AMARAL NETO, 2010).

Durante a vigência do Regime Absolutista, no qual o Estado buscava abster-se de intervir na esfera privada com o objetivo de garantir a preservação da liberdade nas relações entre particulares, a autonomia da vontade nasceu no sistema jurídico, representando a possibilidade – embora não ilimitada – de os particulares resolverem seus conflitos e regerem suas ações de acordo com seus próprios interesses (SCHOEMBAKLA, 2009).

Nessa perspectiva, Meireles (2009) salienta que a concepção negativa de liberdade influenciou a concepção de que a vontade individual representa a maior expressão da liberdade do indivíduo na esfera privada, na medida em que garante ao agente o poder de praticar um ato jurídico e determinar-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos de acordo com a sua vontade, sem qualquer interferência externa.

Inaugurada a livre autonomia, iniciou-se um movimento que buscava o rompimento do Regime Absolutista e a instauração de um regime em que vigorasse a unidade do direito, no qual todo o poder do Estado emanasse do próprio povo: o "liberalismo jurídico" do século XIX. Nesse aspecto, a Teoria do Contrato Social, de Jean-Jacques Rousseau, também contribuiu, no plano filosófico, para a teoria da autonomia da vontade, ao estabelecer o acordo de vontades como base de toda a autoridade entre os homens (AMARAL NETO, 2010).

Com a implantação do Estado Liberal, a autonomia da vontade assumiu grande relevo na formação da ordem jurídica privada dos Estados, desencadeando as primeiras codificações, das quais se tornou princípio e norma basilar (SCHOEMBBAKLA, 2009).

27/10/2016 14:51:22

MIOLO RBDFLindd 117

Nesse contexto, a filosofia de Kant (2007) atribuiu à autonomia da vontade conotação dogmática, transformando-a em imperativo categórico de ordem moral, ao considerar, em sua significação, a totalidade do ser humano e a sua racionalidade em sentido amplo, ao adotar nova conceituação, em que a autonomia caracteriza a vontade pura, determinando-se pela forma universal da lei moral, de acordo com as seguintes máximas: a) para agir moralmente, o indivíduo deve agir de tal forma que a sua ação possa ser transformada em lei universal de comportamento; b) o homem deve agir de modo a considerar o outro como tendo uma finalidade em si mesmo.

Contudo, o termo autonomia somente passou a ser usado, juridicamente, em 1899, a partir da crítica de Gény aos ideais sociais que pregavam maior intervenção estatal, no intuito de equilibrar as relações sociais e preservar o Estado de Bem-Estar Social e o convívio do homem (DE MARCO, 2011).

Como se vê, a concepção teórica da autonomia é produto do Individualismo, que reúne e consolida tendências presentes em outros momentos históricos de não menos importância, assentando como fundamento básico "[...] a liberdade de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual" (PERLINGIERI, 2008, p. 335).

Contemporaneamente, a massificação da sociedade revela que os valores morais e econômicos se inverteram, fazendo surgir a necessidade de maior e mais forte intervenção estatal, a fim de preservar-se o convívio humano e o Estado de Bem-Estar Social, o que fez diminuir o papel da vontade. Entretanto, vale ressaltar que a importância da vontade não foi extirpada do ordenamento jurídico, continuando a ser fator essencial de existência dos atos jurídicos (RODRIGUES; RÜGER, 2007).

Adicionalmente, Mendonça (2013) observa que a autonomia privada pode ser compreendida, atualmente, como a capacidade de o indivíduo ser livre e, pela declaração de sua vontade, criar direitos e contrair obrigações, em conformidade com a lei.

Realizada essa abordagem inicial, passa-se à analise dos contornos atuais da autonomia da vontade, com enfoque no cenário brasileiro, para, depois, explorar seus limites e restrições frente à constitucionalização do Direito Civil brasileiro.

3 Contornos atuais da autonomia privada no Brasil

3.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada

O advento do Estado de Bem-Estar Social trouxe consigo valores como a justiça social, a igualdade material e a solidariedade, impulsionando a redefinição dos

contornos da "vontade" ao atribuir-lhe natureza jurídica mais objetiva (FREITAS; PIRES. 2014).

Neste rumo, De Marco (2011, p. 247) adverte que, atualmente, interessam mais às relações jurídicas os efeitos produzidos pela ação humana do que a sua causa, vez que a autonomia passou a designar "o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e *nos limites traçados pela ordem jurídica*, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios jurídicos que pactuam" (grifo do autor).

Esse processo de transformação do conceito jurídico de autonomia decorre da funcionalização dos princípios fundamentais do Direito Privado, que, consoante Santos Amaral Neto (2010, p. 141-142), consiste na sua abordagem segundo o papel que cada princípio desempenha no interior de um sistema ou de uma estrutura:

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o Direito, em particular e a sociedade, em geral, começaram a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, através do exercício de funções distributivas, promocionais ou inovadoras, abandonando-se a costumeira função repressiva, principalmente na relação do Direito com a Economia. Daí falar-se na função econômico-social dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto e, o caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na autorregulamentação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circunstância possa representar, por ser o meio mais adequado à satisfação das necessidades sociais, com vistas ao bem-comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justica social, ideia essa que se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional.

A funcionalização de um princípio ou norma implica sua positivação normativa e o estabelecimento de limites por meio de regras ou princípios vinculantes, com o fim de evitar-se o abuso de direito. Isso porque, ao atribuir uma função social a determinado direito, o interesse social passa a se sobrepor ao interesse individual, justificando a intervenção do Estado no sentido de promover a igualdade material

MIOLO RBDFLindd 119 27/10/2016 14:51:23

necessária ao fiel cumprimento daquela função, de acordo com o bem comum (AMARAL NETO, 2010).

Assim, a autonomia assumiu a função de integrar as liberdades coexistentes, de acordo com os limites postos no ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento jurídico é que seleciona a vontade com ele condizente – e não a vontade que escolhe livremente as normas aplicáveis ao ato que o sujeito pretende praticar, como acontecia na vigência do modelo liberal. Por esta razão, a expressão "autonomia privada" tornou-se mais apropriada que a expressão "autonomia da vontade".

Para Schoembakla (2009), a nova concepção da autonomia surgiu da racionalidade formada a partir da segunda metade do século XX, advinda da necessidade de separação entre o Estado e a sociedade e da implantação de um sistema em que a dignidade do homem não é protegida apenas frente ao Estado, mas, também, entre as próprias partes.

Nesta perspectiva, a vontade individual deixa de ser aceita como fundamento do Direito Privado, passando a ser tutelada de acordo com o princípio da dignidade humana, entendida sob uma ótica solidarista (SCHOEMBAKLA, 2009).

Essa nova visão desencadeou, por consequência, a constitucionalização do Direito Privado, fazendo com que todos os princípios básicos do Direito Civil emigrassem do Código Civil para a Constituição, passando a ocupar posição central no ordenamento jurídico e vinculando-se a uma interpretação baseada nos princípios fundamentais da Carta Magna (SCHOEMBAKLA, 2009).

No que concerne aos ideais e valores trazidos pela nova concepção da autonomia, a separação entre Estado e sociedade acaba traduzindo-se em uma interferência cada vez maior do público sobre o privado, na medida em que aumenta, significativamente, a esfera de limites à autonomia dos particulares.

Há que se observar, contudo, que a transformação do conteúdo jurídico da vontade não retirou do ordenamento jurídico a sua importância; pelo contrário, manteve a vontade como essência dos negócios jurídicos, até porque a transformação no conceito de autonomia da vontade consistiu na mitigação do voluntarismo, que atribuía à vontade caráter absoluto (RODRIGUES; RÜGER, 2007).

Consoante Borges (2007), sob esta nova ótica, não basta apenas o querer, é preciso que a pessoa se comporte de forma a materializar sua vontade juridicamente, em conformidade com o consenso previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, a autonomia da vontade sem limites tornou-se insustentável, persistindo a autonomia privada, expressão da liberdade jurídica nas relações interprivadas, consagrada constitucionalmente como instrumento de promoção da personalidade para as situações existenciais protegidas por meio do poder de

autodeterminação, que tutela as escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade de quem as pratica, e como fundamento da livre iniciativa econômica, base constitucional para o lucro e o aumento patrimonial (MEIRELES, 2009).

Por sua vez, Baez e Freitas (2014) asseveram que a dimensão decisória da autonomia permite ao indivíduo exercer a sua identidade concreta, efetuando suas escolhas pelos próprios motivos e livre de qualquer influência ética ou ideológica, inclusive sem ter que justificá-las.

Steinmetz (2004) aprofunda ainda mais o alcance da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que a autonomia privada consiste no poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado no direito geral de liberdade, no princípio da livre iniciativa, no direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no direito de propriedade, no direito de herança e no direito de proteção da família, do casamento, da união estável (arts. 1º, IV; 5º, caput, XIII, XXII e XXX; 7º, XXVI; 170, caput; 226, caput, §§1º ao 4º, CF).

3.2 Das dimensões da autonomia privada

Para Meireles (2009, p. 74), a autonomia privada consiste em "[...] um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações jurídicas respectivas".

Considerando que os contornos atuais da autonomia privada indicam a possibilidade de conteúdo de duas naturezas – patrimonial e extrapatrimonial –, não pode haver um único fundamento constitucional para os atos de autonomia privada, motivo pelo qual esse princípio deve ser analisado em dois planos distintos: dimensão existencial e dimensão patrimonial.

No plano existencial, a autonomia privada assume a função de promover valores – especialmente aqueles que fazem parte do projeto constitucional, quais sejam, os princípios da igualdade, solidariedade, dignidade e justiça social (MEIRELES, 2009). Esta função tem como objetivo tutelar a dignidade humana, a qual está intrinsecamente ligada à noção de liberdade – já que, nas palavras de Maurer (2013, p. 132), "a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade".

Nessa perspectiva, ensina Meireles (2009) que, desde Kant, as noções de dignidade humana e liberdade estiveram muito próximas, na medida em que, para o filósofo, a autonomia é o fundamento da dignidade. No mesmo rumo, Sarlet (2013) observa que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana

27/10/2016 14:51:23

MIOLO RBDFLindd 121

continua vinculado à matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Os direitos e deveres abrangidos por esta dimensão da autonomia privada surgem como efeitos de fatos ou atos jurídicos, realizando-se como possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, nos limites da lei, razão pela qual se compreendem, nesta classe, os direitos de personalidade e os decorrentes do estado – civil, familiar ou político – das pessoas (AMARAL, 2003).

A dimensão patrimonial ou econômica da autonomia privada, por sua vez, corresponde à autonomia negocial, ou seja, à possibilidade jurídica objetiva de o indivíduo disciplinar suas relações patrimoniais – inclusive os negócios unilaterais, como o testamento –, com observância dos limites fixados na ordem jurídica (MEIRELES, 2009). Nessa dimensão, a autonomia desdobra-se em dois princípios: a) liberdade de contratar: faculdade de escolher pela celebração ou não do contrato e de escolher o contratante; b) liberdade contratual: liberdade para o estabelecimento do conteúdo do contrato.

Perlingieri (2008) assevera que a autonomia realiza não apenas direitos subjetivos, mas também os deveres de solidariedade – econômica, social e familiar –, de modo que se destina tanto ao cumprimento de deveres específicos quanto à realização de negócios, com o fim de direcionar os atos de autonomia à utilidade social, à segurança, à liberdade e à dignidade humana.

A distinção das dimensões da autonomia privada é essencial à compreensão dos limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que estes variam de acordo com a natureza do direito envolvido. Assim, concluída a análise dos fundamentos de cada dimensão, passa-se à abordagem dos limites à autonomia da vontade no Direito Civil brasileiro.

4 Limites à autonomia privada após a constitucionalização do Direito Civil brasileiro

4.1 Breves considerações sobre os limites à autonomia privada

Com o advento da funcionalização dos princípios e a consequente mitigação do voluntarismo, tornou-se necessária a intervenção estatal, com o objetivo de garantir o exercício da autonomia privada e preservar a expectativa decorrente das declarações de vontade nas relações entre particulares (SCHOEMBAKLA, 2009). Isso porque, como bem observa Sarmento (2006), impor limites à autonomia privada é o que assegura o pleno desenvolvimento da personalidade e o próprio

exercício da autonomia, pois, sem demarcações, a vontade passa a ser absoluta, prejudicando a parte mais débil da relação jurídica privada.

Nesse viés, o exercício da autonomia privada passou a ser limitado pela ordem jurídica contemporânea, de acordo com a ordem pública e os bons costumes, com vistas à utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade.

Assevera Amaral (2003) que o limite conhecido como "ordem pública" tem como objetivo evitar o abuso de direito, por meio de um conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e, no Direito Privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, a exemplo do Código Civil e da Constituição Federal. O limite denominado "bons costumes", por sua vez, representa o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios – lealdade contratual, proibição do lenocínio, contratos matrimoniais, etc. –, com vistas à proteção da boa-fé.

Como se vê, buscam-se, na própria sociedade, os limites para a autorregulação dos atos particulares, de modo que os limites à autonomia são expressão direta do ato e de seu significado constitucional (PERLINGIERI, 2008).

Considerando que, atualmente, a vontade é formada por fontes diversas, emanadas da liberdade jurídica dos sujeitos, das normas cogentes, da moral e dos bons costumes impostos pelo Estado, em concorrência com a sociedade, o sistema jurídico brasileiro impõe à autonomia limites negativos – caracterizados pela não intervenção do Estado nas decisões autodeterminantes dos indivíduos –, que conferem ampla atividade criativa aos sujeitos, e limites positivos, que têm por finalidade a criação de deveres jurídicos às pessoas, independentemente da sua vontade, a fim de conter o abuso de direito.

Tais limites respeitam uma espécie de escala de intensidade que varia de acordo com as dimensões econômica e existencial que caracterizam a situação, de modo que, quanto maior for o interesse patrimonial envolvido, maior será o exercício da vontade pelo particular, sendo menores os limites impostos, ou seja, na dimensão econômica, os limites negativos são mais evidentes que os positivos, enquanto na dimensão existencial o controle da autonomia é mais rigoroso, em virtude da proteção ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Em algumas situações, os limites são aplicados por mera subsunção do fato à hipótese prevista em lei, como é o caso das regras referentes à capacidade civil prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil; em outras, contudo, os limites são tênues e precisam ser ponderados com outros valores existentes no ordenamento jurídico.

Dentre os limites à autonomia privada existentes no ordenamento jurídico brasileiro, alguns merecem destaque e passam a ser abordados neste momento.

MIOLO RBDFLindd 123 27/10/2016 14:51:23

4.2 Dos limites de proteção à dignidade humana

Como amplamente abordado neste ensaio, a dignidade humana desempenha papel essencial no Estado Democrático de Direito, constituindo elemento decisivo para a interpretação dos direitos à luz dos dispositivos constitucionais.

Por oportuno, vale mencionar que, apesar da grande dificuldade em se obter uma definição clara e precisa do conteúdo da dignidade humana, observa-se que as diferentes proposições que buscam conceituá-la convergem no sentido de que se trata de um atributo inerente a todos os seres humanos, que os diferencia das outras criaturas da natureza, e que o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor (SARLET, 2013).

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela ONU, em 1948, proclama que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, consagrando uma cláusula geral que passou a ser adotada mundialmente nos sistemas constitucionais.

No Brasil, essa cláusula geral de proteção à dignidade humana está consagrada no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que elevou a dignidade humana a princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio, ao consagrar como valor supremo do ordenamento jurídico o ser – e não o ter (TEPEDINO, 2008).

Assim, considerando que o bem jurídico tutelado por esta cláusula geral é a dignidade, característica exclusiva do ser humano, tem-se que o ser humano é o sujeito dessa tutela, de modo que o limite da dignidade é o próprio homem e qualquer atitude conflitante com a dignidade humana deve ser intolerável pelo Direito (SARLET, 2013).

Desse modo, a dignidade humana será violada sempre que o homem deixar de corresponder a um fim em si mesmo, sendo transformado em instrumento para fins alheios a ele, de modo a descaracterizar-se a pessoa humana como sujeito de direitos.

Nessa linha, afirma Barroso (2005) que, no âmbito público, ainda que determinada política represente a concretização de uma meta coletiva de importância significativa – a exemplo da garantia da segurança pública ou da saúde –, se violar a dignidade humana de uma única pessoa, deverá ser preterida.

Precisamente, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se como pressuposto imprescindível para o exercício efetivo da autonomia privada, de modo que, quando faltarem ao indivíduo condições essenciais para o gozo de uma vida digna, restará prejudicada sua capacidade de decidir, devendo o Estado intervir, por meio de medidas assistenciais e protetivas, para restabelecer a capacidade de o indivíduo escolher livre de qualquer influência.

4.3 Dos limites de proteção aos direitos da personalidade

Inicialmente, cabe consignar que se entende por personalidade a aptidão genérica que toda pessoa tem para adquirir direitos e contrair deveres; e por direitos da personalidade as expressões assumidas pela dignidade humana nas diversas situações jurídicas existenciais que podem ser experimentadas pelo ser humano.

Por seu turno, Tepedino (2008) aponta que os direitos de personalidade são aqueles considerados essenciais à tutela da dignidade e integridade humana.

Sintetizando, são direitos da personalidade a vida, a liberdade, a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem, dentre outros que, como consectários da dignidade humana, traduzem o modo de ser da pessoa, individualizando-a na sociedade (BAEZ; FREITAS, 2014).

No Direito Brasileiro, estes direitos têm fontes híbridas: a cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, III, CF), os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal e os artigos 11 e 12 do Código Civil.

Tais direitos são gerais, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis e vitalícios, extinguindo-se com a morte do titular. Dessas características, interessa ao presente estudo a indisponibilidade, ou seja, a impossibilidade de o sujeito determinar o destino de seus direitos subjetivos, a ponto de utilizá-los conforme os ditames da autonomia privada.

Nesse propósito, Meireles (2009, p. 183) leciona que o artigo 11 do Código Civil "[...] prevê como regra a vedação à limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade" e que a metodologia adotada no ordenamento jurídico brasileiro submete a disposição dos direitos da personalidade a hipóteses taxativas previstas em lei, o que indica a relatividade da indisponibilidade inicialmente apontada.

O autor, também, enumera hipóteses de disponibilidade de direitos de personalidade previstas no Código Civil, dentre as quais se destacam as seguintes: possiblidade de execução de atos de disposição do corpo que acarretem diminuição permanente da integridade física ou que contrariem os bons costumes nos casos de exigência médica; proibição de constrangimento de qualquer pessoa submeterse a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, com risco de vida; vedação do emprego do nome da pessoa por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público; inviolabilidade da privacidade; e, proibição da utilização da imagem de uma pessoa se não houver autorização expressa e se o ato atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do envolvido.

Sobre o assunto, Meireles (2009), Baez e Freitas (2014) sustentam que, na medida em que as restrições à autonomia privada existencial encontram respaldo na liberdade, fundamento constitucional de uma vida plena em dignidade, devem ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional.

MIOLO RBDFLindd 125 27/10/2016 14:51:23

Adicionalmente, Cohen (2012, p. 19) defende que os direitos de personalidade devem ser protegidos pela autonomia da decisão, ou seja, pela faculdade de escolha voluntária da própria concepção do bem e dos próprios objetivos de vida, argumentando que tal proteção "[...] é perfeitamente compatível com o reconhecimento do caráter intersubjetivo dos processos de formação da identidade pessoal e com a consciência das fontes históricas e contextuais de nossos valores".

Para Cohen (2012), a autonomia decisória consiste em privacidade necessária às escolhas do indivíduo socializado e pressupõe a capacidade de reflexão e raciocínio prático pautada em um desenvolvimento moral e ético adequado. Entretanto, o exercício dessa autonomia decisória depende do respeito e proteção estatal.

Outro ponto relevante sobre o assunto diz respeito às situações híbridas em que os limites legais não são de simples percepção, exigindo a realização de ponderação de interesses, casos estes que têm sido apreciados pelo Poder Judiciário ou discutidos em projetos de lei.

4.4 Autonomia privada e direitos fundamentais

Conforme ensina Alexy (2011), para que a proteção aos direitos fundamentais possa abranger as relações entre particulares, faz-se necessário desdobramento dos direitos fundamentais em duas perspectivas: uma objetiva e uma subjetiva.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais entende que tais direitos correspondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que formam o ordenamento jurídico e complementam a visão subjetiva e individual proposta por Jellinek, segundo a qual o indivíduo possui, perante o Estado, os seguintes *status*: *subiecciones*, em que o indivíduo é "súdito" do poder estatal; *negativus*, em que é reconhecida a liberdade do homem; *activus*, correspondente aos direitos políticos; e *positivus*, que confere ao indivíduo a garantia de reclamar prestações positivas do Estado (ALEXY, 2011).

Vale salientar que, embora os direitos de personalidade e os direitos fundamentais tenham o mesmo fundamento – qual seja, a cláusula geral de tutela da dignidade humana –, o desenvolvimento dessas duas classes de direitos ocorreu de forma bastante diferenciada: os direitos fundamentais surgiram com a função de proteger os indivíduos do poder estatal, enquanto os direitos de personalidade surgiram como instrumentos de garantia do pleno desenvolvimento da pessoa no âmbito das relações jurídicas privadas. Contudo, direitos de personalidade e direitos fundamentais são faces da mesma moeda: a tutela da dignidade humana.

No Brasil, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é aplicada, majoritariamente, com base na teoria da eficácia horizontal direta ou imediata

dos direitos fundamentais. De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais possuem eficácia operante em todo o ordenamento jurídico, a partir do próprio texto constitucional, que lhes dá aplicabilidade plena, sem, contudo, negar a existência de especificidades na sua aplicação ao caso concreto, permitindo, inclusive, a ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada (STEINMETZ, 2004).

Neste sentido, relacionando os direitos fundamentais à autonomia privada e à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, Steinmetz (2004) salienta que a autonomia privada consiste em um poder de autodeterminação e autovinculação constitucionalmente protegido e tutelado e, como tal, quando em conflito com outro direito constitucionalmente garantido, tem aplicada sobre si a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, como qualquer outro direito fundamental em sentido amplo.

Assim sendo, a autonomia privada, quando em colisão com um direito fundamental, não pode ser afastada sem maiores considerações, porque também consiste em restrição a tais direitos, devendo se proceder à ponderação entre os princípios constitucionais e os direitos fundamentais discutidos no caso concreto. Isso porque somente por meio da ponderação é possível constatar se a interferência dos direitos fundamentais na autonomia privada ocorreu de forma legítima, ou vice-versa.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais, assim como a própria autonomia privada, representam facetas de concretização do princípio da dignidade humana, devem ter seu núcleo essencial respeitado, de modo que, se o núcleo essencial de determinado direito fundamental mostrar-se prejudicado no caso concreto, o indivíduo não terá condições de exercer plenamente sua vontade, razão pela qual deverá ter restringido o exercício da autonomia privada até que se restabeleçam, integralmente, os direitos fundamentais mais urgentes e necessários (BARROSO, 2013). Isso porque, ao exercitar a autonomia privada quando desprovido de condições dignas de vida, o indivíduo, instintivamente, renuncia a parte de seus direitos, a fim de usufruir de outros que, momentaneamente, lhe pareçam mais urgentes e necessários.

Neste rumo, Freitas e Pires (2014) asseveram que a preferência de uma espécie de direitos em relação à outra se altera de acordo com o contexto em que se insere, com base nas características inerentes ao local, à sociedade e ao tempo em que analisado o fato, com o objetivo de adequar-se à função social dos princípios e normas discutidos.

5 Considerações finais

A autonomia privada, concebida inicialmente como uma possibilidade – embora não ilimitada – de os particulares resolverem seus conflitos e regerem suas

MIOLO RBDFLindd 127 27/10/2016 14:51:23

ações de acordo com seus próprios interesses, assumiu grande importância na formação da ordem jurídica privada dos Estados Liberais, desencadeando as primeiras codificações, das quais se tornou princípio e norma basilar.

Após diversas modificações ao longo do tempo e com o advento do Estado de Bem-Estar Social, a vontade teve diminuído seu papel, diante da massificação da sociedade e da necessidade de maior intervenção estatal, a fim de preservar-se o convívio humano.

Contudo, a autonomia continuou a ser fator essencial de existência dos atos jurídicos, na medida em que, diante do processo de funcionalização do direito, assumiu a função de integrar as liberdades coexistentes, de acordo com os limites postos no ordenamento jurídico, passando a ser tutelada de acordo com o princípio da dignidade humana.

Essa nova visão desencadeou a constitucionalização do Direito Privado e fez com que todos os princípios básicos do Direito Civil emigrassem do Código Civil para a Constituição, passando a ocupar posição central no ordenamento jurídico, onde se vinculam a uma interpretação baseada nos princípios fundamentais da Carta Magna.

Dessa forma, o exercício da autonomia passou a ser limitado pela ordem jurídica contemporânea, de acordo com a ordem pública, os bons costumes e a utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas à justiça social.

Tais limites têm como objetivo evitar o abuso de direito e estabelecer as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, assegurando o pleno desenvolvimento da personalidade e o próprio exercício da autonomia e devem respeitar uma espécie de escala de intensidade que varia de acordo com as dimensões econômica e existencial que caracterizam a situação.

Em algumas situações, são aplicados por mera subsunção do fato à hipótese prevista em lei, como é o caso das regras referentes à capacidade civil prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil; em outras, contudo, são tênues e precisam ser ponderados com outros valores existentes no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com os limites decorrentes da proteção à dignidade humana, da proteção aos direitos da personalidade e da proteção aos direitos fundamentais. Porém, em todas as hipóteses, o exercício da autonomia privada será limitado com vistas à justiça contratual e social. **Abstract**: The present article aims to analyze and identify the limits of private autonomy in Brazilian Right, in light of the systematic one of the implanted legal systems with the promulgation of the Federal Constitution 1988. Therefore, performs, initially, brief historical and conceptual approach of private autonomy and the its legal content. Then, it analyzes the changes in the protection of private autonomy resulting from a constitution of Civil Right, promoted from the enactment of the 1988 Federal Constitution. Finally, it examines the limits of the private autonomy arising from the protection of human dignity, of personality rights and fundamental rights.

Keywords: Private autonomy. Limits to private autonomy. Dignity of human person.

Contents: 1 Introduction – **2** Origin and Concept of Private Autonomy – **3** Contours Current of Private Autonomy in Brazil – **4** Limits on Private Autonomy after Constitutionalisation the Brazilian Civil Law – **5** Final Considerations – References

Referências

MIOLO RBDFI.indd 129

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Responsabilidade Civil* – v. 1: teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-144 (Edições especiais – Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas essenciais).

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; FREITAS, Riva Sobrado de. Privacidade e o direito de morrer com dignidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 249-269, jan./abr. 2014.

BARROSO. Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Publico. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos X Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2007.

CASTRO, Matheus Felipe de; WELTER, Izabel Preis. O direito à autonomia privada no Estado de Bem-Estar Social: o paradoxo de uma inversão. In: CONPEDI/UFSC (Org.); CLARK, Giovani; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SILVA, Maria Stela Campos da (Coord.). Direito e economia II [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 421-438. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db508d3639b6835d>. Acesso em: 28 nov. 2014.

27/10/2016 14:51:24

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 165-203, jan./abr. 2012.

DE MARCO, Cristhian Magnus. Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais* – desafios do século XXI. Joacaba: UNOESC, 2011, p. 245-259.

FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. *O direito de propriedade como garantia de liberdade:* a mitigação da autonomia privada em prol da efetivação do dever de solidariedade social. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3014fc356e77277. Acesso em: 28 nov. 2014.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 119-143.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDONÇA, Ana Paula. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares:* discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Renata de Lima; RÜGER, André. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil:* atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-24.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 15-44.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. A tutela constitucional da autonomia privada. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, UNIBRASIL, ano 11, v. 2, p. 1-18, 2009. Disponível em: http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/325/256. Acesso em: 4 nov. 2014.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Recebido em: 19.05.2015

Pareceres: 22.11.2015, 23.11.2015 e 06.04.2016

Aprovado em: 12.07.2016

131

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016.

Direitos Fundamentais & Justiça I Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016