

A tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada: perspectivas teóricas no direito civil brasileiro

Ricardo Alves de LIMA*

Henrique Cassalho GUIMARÃES**

RESUMO: A constitucionalização do direito privado espraia seus efeitos nos mais variados campos da dogmática jurídica. A construção teórica deste fenômeno, no entanto, ainda se encontra inacabada, como bem se nota na tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Aspirando solver tal problemática, inúmeros juristas se debruçam sobre o tema, com vistas a identificar qual valor deve preponderar em uma relação jurídica concreta. Nesta linha de ideias, este artigo, edificado a partir do método analítico, tem por objetivo explicitar alguns mecanismos hermenêuticos defendidos por autores brasileiros acerca da atividade interpretativa, partindo de uma reflexão crítica calcada nos pilares do atual Estado Democrático de Direito e à luz da Constituição do Brasil de 1988. O propósito principal do trabalho, é bom que se diga, não é apresentar respostas inatacáveis, mas levantar pontos para a reflexão, por parte dos operadores do Direito e, em especial, dos advogados, sobre este tema da dogmática contemporânea. A conclusão obtida, ainda que parcial, revela a importância da construção teórica dos autores abordados, sempre em torno do eixo da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; hermenêutica; civil; autonomia; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; – 2. Notas históricas: contextualização e problematização do tema; – 3. Perplexidades do direito civil no constitucionalismo contemporâneo: entre o paternalismo estatal e o anarquismo; – 4. Perspectivas hermenêuticas no Brasil; – 4.1. Daniel Sarmento; – 4.2. Ingo Sarlet; – 4.3. Virgílio Afonso da Silva; – 5. Considerações finais.

TITLE: *The Tension Between Fundamental Rights and Private Autonomy: Theoretical Perspectives in Brazilian Civil Law*

ABSTRACT: *The constitutionalization of the private law extends its effects to a great number of fields of the juridical dogmatic. The theoretical building of this phenomenon, however, is still unfinished, as it is disclosed in the tension between the fundamental rights and the private autonomy. Aspiring to solve such issue, numberless jurists have approached the subject, aiming to identify which of the values must surpass in a concrete juridical relationship. This paper, built from the analytical method, targets to bring out a few hermeneutical mechanisms defended by Brazilian authors, conceived from a critical reflection based on the pillars of the current Democratic State on the rule of law and in the light of the Constitution of the Republic of 1988. The partial conclusion that was obtained reveals the importance of the theory built by the authors, always around the dignity of the human person.*

KEYWORDS: *Constitutionalism; hermeneutics; civil; autonomy; fundamental rights.*

* Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, onde exerce o cargo de Professor Adjunto. Pesquisador do grupo de pesquisa Margens do Direito.

** Mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador do grupo de pesquisa LIDE 2.0 - Direito Constitucional, Empresarial e Saúde. Professor. Subprocurador-Geral do Município de Pouso Alegre.

CONTENTS: 1. Preliminary considerations; – 2. Historical notes: contextualization and problematization of the theme; – 3. Perplexities of Civil Law in the contemporary constitutionalism: between state paternalism and anarchism; – 4. Hermeneutical perspectives in the Brazil; – 4.1. Daniel Sarmiento; – 4.2. Ingo Sarlet; – 4.3. Virgílio Afonso da Silva; – 5. Final considerations.

1. Considerações preliminares

A complexidade que permeia as relações sociais é notória. No âmbito jurídico, em particular, ambivalências são a todo momento alvo de investigações, almejando-se uma visão orgânica e harmônica do ordenamento jurídico, a lume dos primados constitucionais e com vistas à concreção de direitos fundamentais. Certa problemática, no entanto, parece intransponível: como compatibilizar uma economia de mercado inserida em um contexto globalizado – cuja racionalidade instrumental é a busca incessante pelo lucro – com o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária?

Responder a esta indagação é uma das grandes questões do Direito na contemporaneidade, e o seu enfrentamento deve articular o relacionamento entre a Constituição e o Direito Civil, mais especificamente, a tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Em vista disso, juristas exponenciais teorizam mecanismos para a transposição deste aparente conflito. Muito embora se reconheça que tal problema não se restringe à realidade brasileira – isso ocorre no mundo todo – e que renomados juristas estrangeiros com ele se defrontam, em virtude de um necessário corte epistemológico se opta, no presente artigo, por encará-lo a partir de teorias defendidas por juristas brasileiros da atualidade, a saber: Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet e Virgílio Afonso da Silva. Tal opção, embora discricionária à primeira vista, consiste numa escolha metodológica, já que a restrição do espectro de autores permite uma incursão mais profunda em cada uma das obras.

Não se tem por intuito uma análise exauriente acerca das concepções hermenêuticas de cada um dos referidos autores, o escopo tencionado é propiciar uma reflexão crítica sobre aspectos pontuais que envolvem a teorização da constitucionalização do Direito Civil na perspectiva destes juristas. Muito antes de oferecer uma resposta peremptória ao problema indicado – o que seria demasiadamente pretencioso –, almeja-se colher subsídios para pensar a tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. A proposição aqui apontada aninha-se no saudável desconforto da ausência de soluções fáceis, fomentando a percepção crítica e construtiva de um novo desenho jurídico das relações privadas.

Com este intento, num primeiro instante será realizada uma contextualização da aludida tensão envolvendo os direitos fundamentais e a autonomia privada. Enfatiza-se, nessa ocasião, alguns dos fatores determinantes que refletem esta nova vertente publicizada do Direito Civil, derivada de um processo de despatrimonialização e humanização do Direito como um todo.

No momento subsequente, buscar-se-á descrever algumas das perplexidades que orbitam o objeto deste estudo, com destaque a uma visão equilibrada da relação entre direitos fundamentais e autonomia privada. Ainda que esta análise possa parecer uma digressão, em verdade ela ressalta importantes nuances do problema que se examina, indicando uma postura condizente ao Estado Democrático de Direito.

Superadas tais etapas a análise ingressará ao cerne do objeto desta pesquisa. Destacando-se alguns mecanismos para o necessário equilíbrio do Direito Civil em face dos postulados constitucionais, objetiva-se, nesse momento, evidenciar as principais virtudes das teorias dos autores acima elencados, isto é, vê-las sob sua melhor luz. Posteriormente, será apontada alguma fragilidade que, aos olhos destes articulistas, merecem ser refletidas não só pelos teóricos do Direito, mas, sobretudo, por aqueles que o operam: os advogados.

Sublinha-se desde logo que toda e qualquer crítica que se faça não desmerece em nada as teorias analisadas. Cumpre reiterar que tal tema é de elevada complexidade, e uma reunião de esforços é indispensável para que se possa aplanar as arestas e aperfeiçoar as fragilidades existentes nos mecanismos indicados pelos autores.

Este estudo vale-se do método analítico, sendo a técnica bibliográfica a principal ferramenta utilizada. Nesta pesquisa, adianta-se, não se encontrará respostas, apenas indagações e pontos para reflexão. O que se pretende mostrar, afinal, é que refletir sobre a temática proposta é imperativo, a efetivação dos direitos fundamentais tem pressa, mas não pode se dar de modo aténico e a qualquer custo, sob o risco de, paradoxalmente, fragmentar o próprio sistema de direitos fundamentais. Adentremo-nos, então, nesta temática tão rica e relevante jurídica e socialmente.

2. Notas históricas: contextualização e problematização do tema

A dicotomia entre o direito público e o direito privado, há tempos, é alvo de duras críticas na seara acadêmica em diversos países do mundo ocidental. A divisão do universo jurídico em duas esferas inconciliáveis e independentes – a pública e a privada – remonta à época

do *Corpus Juris Civilis* romano¹. Os critérios de distinção, todavia, passaram a basear-se em diversificados motivos a partir daí. De toda feita, em que pese o esforço despendido na teorização de pontos de dissidência entre o público e o privado, uma relação de exclusão entre eles tornou-se insustentável.

Na França do início do século XX, o discípulo de Émile Durkheim, Léon Duguit, ao defender o Direito fundado na solidariedade social, refutava a existência de uma relação de oposição entre direito público e direito privado. “Nas relações dos governantes com os governados”, segundo o autor, “só pode haver uma regra de direito, que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento”². Contra a doutrina que defendia haver espíritos peculiares que orientavam ambas as ramificações do Direito, salientava o autor que a filosofia que deve reger o estudo do Direito, sem quaisquer distinções, é a justiça³.

O debate travado pelos denominados *solidaristas*, nos quais se inclui Léon Duguit, reivindicava uma atuação do Estado em conjunto com a sociedade civil na busca de uma sociedade solidária de caráter coletivamente salutar, a ponto de permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais do ser humano. Isto se justifica pelo reconhecimento de que os indivíduos são partícipes de uma coletividade – nascem e se constituem em sociedade – em que a desigualdade, além de patente, é imposta aos sujeitos.

A sofisticação desse discurso humanista e solidário é encontrada no constitucionalismo, mormente com a superação do paradigma liberal. Neste contexto, o individualismo jurídico sem peias – inspirado pelo Código Napoleônico de 1804 em conjunto ao método exegético de aplicação do Direito – perdeu suas forças⁴. A Constituição foi erigida ao ápice do ordenamento jurídico, e, por conseguinte, passou a se vislumbrar a fragmentação das fronteiras entre o público e o privado, ao passo que o objeto primordial de tutela do Direito foi sendo paulatinamente substituído, do patrimônio para a dignidade do ser humano.

Nesta nova ótica, a Constituição deixou ser tão somente uma carta que se limita a projetar a forma do governo para reforçar a garantia de direitos, instituindo a noção de *princípios fundamentais* que caracterizam um regime político e lhe dá uma precisa identidade no

¹ No Digesto [D 1.1.1.2.] encontrava-se estatuída a seguinte definição: “Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais” (FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudencia*. Juína, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan./jun. 2013, p. 10).

² DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

³ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 75.

⁴ Cf. GOMES, Orlando. A evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1. São Paulo, p. 121-134, mai. 2005.

plano histórico-constitucional. Com efeito, a Constituição passa a ter disposições inatacáveis pelo legislador infraconstitucional, sob pena de romper com a própria identidade de uma comunidade política concreta. Eis que exsurge a doutrina da inviolabilidade dos direitos fundamentais⁵.

A supremacia de uma Constituição garantista dotada de direitos fundamentais, sem dúvida, abalou radicalmente as estruturas de um direito privado eminentemente patrimonialista e materialmente desigual. Uma nova lógica tinha de ser estabelecida. Iniciou-se, então, um processo de *publicização do direito privado*, onde a Constituição, situada em lugar cimeiro, irradiava seus valores às demais áreas do direito, sendo sua observância uma exigência substancial para a legitimidade de todo e qualquer ato jurídico e político.

Essa imbricação entre o público e o privado, cujos parâmetros nem sempre é de fácil percepção, tornou-se evidente na Alemanha com o advento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, onde está prescrito em seu artigo 1.º, n.º 3, que “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”⁶.

Derivada desta constitucionalização do direito privado, a indagação pelo destinatário dos direitos fundamentais passou a ser objeto de debate na Alemanha. Na tentativa de uma resposta satisfatória sobressaíram duas teorias: (i) da “eficácia externa mediata”, em que os direitos fundamentais produzem efeitos sobre as relações entre sujeitos jusprivatistas *mediatamente*, principalmente através de cláusulas gerais e demais técnicas jurídicas que possuem uma textura aberta; e (ii) da “eficácia externa imediata”, a qual, segundo Claus-Wilhelm Canaris, “implica que todos os direitos fundamentais conduzem, *sem mais nem menos*, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas”, independentemente de sua implementação no próprio sistema de regras do direito privado⁷.

A incidência de direitos fundamentais nas interações entre particulares – no Brasil mais comumente chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – aliado à doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais – que, ao contrário da Alemanha, é a melhor

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In _____ (Org.). *El estado moderno en Europa: Instituciones y derechos*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004, p. 38.

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 237.

aceita em solo nacional – perfazem o ponto nevrálgico sobre o qual, como já salientado, recairá a análise do vertente trabalho: a complexa tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

No Brasil, muito embora se tenha uma Constituição de feição social e garantista desde 1988, os juristas se despertaram para tal temática com certo vagar. A teorização acerca da relação entre direitos fundamentais e autonomia privada teve sua gênese – fundada especialmente em doutrina estrangeira – no limiar deste milênio⁸.

Sobre o tema, preleciona Pietro Perlingieri que:

A normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores⁹.

Se assim o é, então a harmonização entre os direitos fundamentais e a autonomia privada faz-se impreterível¹⁰.

Feita esta breve e despreziosa situação historiográfica do leitor atinente aos contextos e contornos da problemática a ser enfrentada, ingressamo-nos a uma análise mais contundente das derivações da tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada, o que já fora chamada de a “problemática do século”¹¹.

3. Perplexidades do direito civil no constitucionalismo contemporâneo – entre o paternalismo estatal e o anarquismo

A relação envolvendo direitos fundamentais e direito privado, como visto, atravessou momentos distintos durante o curso da história. Pode-se dizer, até mesmo, que se deu em um movimento pendular, onde ora havia a proeminência do individualismo, ora o que

⁸ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 1, v. 1. São Paulo, p. 173-180, mai. 2005, p. 174.

⁹ PERLINGIERI Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

¹⁰ Esta necessidade de harmonização entre o público e o privado é tema constantemente revisitado no âmbito da história das ideias. Tensão similar à aqui tratada é a existente entre as exigências da vida comunitária e as exigências de liberdade individual, sobre a qual Bertrand Russel assim se manifestou: “essa dualidade entre a moralidade cívica e a pessoal é algo que precisa ser levado em conta por qualquer teoria ética adequada. Sem a moralidade cívica, as comunidades perecem; sem a moralidade pessoal, sua sobrevivência não tem valor. Portanto, tanto a moralidade cívica quanto a pessoal são igualmente necessárias para um mundo bom” (GIANNETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, 96).

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

sobressaía era a salvaguarda de direitos de cariz individual e social qualificado como fundamentais¹². Os paradigmas de Estado Liberal e de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) testemunham eloquentemente esta inversão de polos.

Entretanto, hodiernamente – sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito fundado em uma economia de mercado – é injustificável a defesa de pontos extremos. Isto é, o *paternalismo estatal*, onde os direitos fundamentais são assegurados a qualquer custo em detrimento da liberdade individual, o que caracterizaria um Estado totalizante e regulador; e o *anarquismo*, onde o individualismo encontra-se despido de quaisquer limitações pela anulação do Estado. A coexistência harmônica entre direitos fundamentais e autonomia privada é o ideal a ser alcançado. A necessária parcimônia é explicitada por Ludwig Raiser:

O direito privado torna possível a múltipla diferenciação da e na sociedade, constituindo um precioso contrapeso ao assistencialismo e reforçando, com seus instrumentos, o sentido de auto-responsabilidade do indivíduo, oferecendo, com isso, uma preciosa contribuição à democracia. Portanto, é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental¹³.

Tal tarefa, contudo, revela-se ainda inalcançada de forma satisfatória, e, apesar de seu indubitável valor, a constitucionalização do Direito Civil ainda carece de aperfeiçoamento, visto que não há respostas evidentes no ordenamento jurídico e na hermenêutica constitucional para diversas questões submetidas frequentemente ao Judiciário. Uma releitura do Direito Civil à luz das premissas constitucionais e democráticas por mais óbvio que possa parecer, possui diversas nuances cuja complexidade é de difícil precisão.

Dentre tantas perplexidades, ressalta-se a renúncia de direitos fundamentais, que toca diretamente a problemática em análise.

O primeiro objeto de controvérsia sobre este tema é quanto ao vocábulo *renúncia*, julgado como inadequado por alguns, que defendem a utilização de verbetes como *suspensão*,

¹² FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudencia*. Juína, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan./jun. 2013, p. 12.

¹³ Apud. FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudencia*. Juína, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan./jun. 2013, p. 36.

restrição, ou, ainda, *limitação*¹⁴. Isto porque parte-se da premissa de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis (o que não significa dizer que são absolutos). Para fins deste estudo, entende-se como renúncia a não incidência dos direitos fundamentais em dada situação jurídica por autodeterminação do contratante, seja em caráter temporário ou permanente.

Ilustrando o problema, pensemos na hipótese de renúncia do direito aos alimentos entre cônjuges; tendo por pressuposto que o direito aos alimentos muitas vezes é essencial para a subsistência de uma pessoa. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 379, a qual possui o seguinte teor: “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”. O Superior Tribunal de Justiça, na contramão do aludido entendimento, por diversas ocasiões decidiu que “A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo” (REsp 701902/SP).

Outro exemplo é a possibilidade de renúncia ao direito de propor uma ação judicial ante uma cláusula compromissória que institui certo juízo arbitral. Tal cláusula pode ser considerada como válida? E na hipótese de uma das partes não possuir condição econômico-financeira para ingressar com uma ação na câmara arbitral contratualmente estipulada (não se podendo olvidar o elevado valor deste empreendimento no Brasil)?

É notável a dificuldade de se responder com certeza a estas questões. A decisão sobre o que deve prevalecer, os direitos fundamentais ou a autonomia privada, iniludivelmente não possui uma resposta *a priori* que seja adequada socialmente à totalidade dos casos que provocam os advogados e que batem às portas do Judiciário.

Este tormentoso dilema envolvendo a renúncia de direitos fundamentais, consoante Benedita Silva Mac Crorie, apenas é possível de se aferir em consideração às circunstâncias

¹⁴ "Da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusive no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito" (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 235).

dos casos concretos e “devem seguir-se algumas linhas de argumentação que permitem tornar o processo de ponderação mais racional e menos sujeito a interpretações subjetivas”¹⁵.

Para a mesma autora – que possui certa tendência liberal – tem de se partir de um conceito de homem digno que é “capaz de conformar o seu próprio destino”, motivo este pelo qual defende que a limitação da possibilidade da renúncia deve ser rigorosamente fundamentada¹⁶. Não obstante, tem-se um contraponto acerca deste rigor na restrição da renúncia em José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual “é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade humana”¹⁷.

É certo que autonomia privada que outrora reinou no Direito Civil há de ser interpretada sob o enfoque constitucional, com louvor à dignidade da pessoa humana, mas como fazê-lo? A resposta a esta questão já intrigou inúmeros juristas brasileiros, passamos a analisar algumas destas perspectivas teóricas.

4. Perspectivas hermenêuticas no Brasil

De antemão, cumpre reiterar que o presente trabalho tem por intuito tão somente analisar pontos atinentes a como interpretar a constitucionalização do Direito Civil no Brasil em observância ao vigente paradigma de Estado Democrático de Direito. Eventual simplificação ou incompletude do pensamento dos autores abaixo citados são de exclusiva responsabilidade destes articulistas.

Nas próximas linhas analisar-se-á determinados aspectos – como formação, marco teórico, influências doutrinárias, pontos fortes e fragilidades – no constructo teórico de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet e Virgílio Afonso da Silva.

4.1. Daniel Sarmento

Na obra *Direitos fundamentais e relações privadas*, fruto de sua tese de doutorado defendida em 2003 pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sob a orientação de Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento enfrenta com propriedade o desafio

¹⁵ CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 318.

¹⁶ CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 318.

¹⁷ *Apud* CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 23.

em questão. A partir de uma tipologia que releva o posicionamento das partes (simétrico/assimétrico) e à natureza dos bens em lide (patrimonial/existencial), o autor fornece encaminhamentos para a tomada de decisão sobre o que deve prevalecer em um caso concreto, os direitos fundamentais ou a autonomia privada.

O primeiro dos critérios encontra esteio na igualdade material existente entre as partes em uma relação particular. Nesta senda, o autor coloca a autonomia privada ao lado da possibilidade de autodeterminação fática dos contratantes, de tal forma que quanto maior a igualdade fática entre as partes, maior deverá ser a defesa da autonomia privada. Noutra norte, quanto menor a igualdade fática na relação, de modo mais incisiva deve ser a aplicabilidade dos direitos fundamentais¹⁸.

Em sendo assim, a incidência dos direitos fundamentais deverá se dar na mesma proporção da desigualdade fática entre os contratantes, de forma tendente a anular o desnivelamento que permeia a relação entre as partes. Em suma, os direitos fundamentais têm por escopo equilibrar os pratos da balança.

Tal perspectiva mostra-se relevante à medida que permite uma aproximação do Judiciário à efetiva realidade das partes, levando em consideração um elemento fundamental dos contratos privados: a livre manifestação de vontade. Isso porque, como salienta Daniel Sarmiento, na sociedade brasileira contemporânea as relações privadas são repletas de assimetria e opressão, o que propicia um terreno fértil para a violação de direitos fundamentais¹⁹. Neste contexto, é questionável a existência de uma *livre* manifestação de vontade, e a tutela dos direitos fundamentais faz-se impreterível ante a inexistência desta liberdade.

Ainda, uma maior defesa da autonomia privada em um contexto de igualdade fática é algo absolutamente justificável, haja vista a plena possibilidade de autodeterminação do indivíduo, o que, conseqüentemente, incute-lhe a necessidade de responsabilizar-se por sua conduta. É contra os constrangimentos à liberdade humana que, em regra, devem incidir os direitos fundamentais no campo das relações particulares²⁰, se são inexistentes tais constrangimentos, a autonomia privada deve preponderar.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303-304.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, n. 23, v. 6. Rio de Janeiro, p. 272-297, 2003, p. 297.

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 85.

Por outro lado, pertinentes são as críticas de Virgílio Afonso da Silva sobre a aludida obra de Daniel Sarmento, por ele resenhada. A desigualdade fática, utilizada como sinônimo de desigualdade material, não é um conceito seguro para a determinação do nível de incidência dos direitos fundamentais, sendo possível uma autenticidade e sinceridade de vontades em um contexto de abrupta discrepância material entre as partes contratantes²¹.

No tocante à distinção traçada entre bem existencial e patrimonial, Daniel Sarmento enfatiza a necessária prevalência dos direitos fundamentais quando o que houver em jogo for questões existenciais da parte²². Exemplo típico de situação degradante destas questões existenciais – onde está inserida a dignidade da pessoa humana – é o caso do “lançamento de anão”, sempre revisitado pela doutrina, consistente em um “entretenimento” de alguns bares pelo mundo em que se tem de arremessar anões (tal como se objeto fossem), ganhando a competição aquele cujo arremesso for o mais longo²³.

Algo que merece ser pontuado sobre a distinção supra é a imprecisão semântica de *questões existenciais*. Sem desmerecer tal distinção, que com certeza não é vã, falta subsídios para discernir o que é ou não uma *questão existencial*. O problema maior que se pode identificar quanto a isso não é o caráter geral da expressão, mas a falta de balizas para a sua interpretação, o que poderia conduzir a um juízo de discricionariedade, que, ao que parece, não se coaduna com os primados democrático-constitucionais.

Persistindo na espécie de bens patrimoniais, possui relevância para o deslinde de um caso concreto a *essencialidade* do bem²⁴. Este posicionamento cauteloso também é digno de nota. Ao traçar tal distinção, Daniel Sarmento torna possível, mais uma vez, uma aproximação da atividade jurisdicional com a realidade da questão da lide, permitindo se aferir as necessidades em jogo em um processo judicial. Como aduz o autor, “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade”.

A contribuição de Daniel Sarmento, aqui sucintamente explicitada, possui grande ênfase quanto aos critérios axiológicos envolvendo a temática, preocupando-se com os valores postos em disputa em ambos os polos. Como dito alhures, o autor fornece

²¹ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 1, v. 1. São Paulo, p. 173-180, mai. 2005, p. 176.

²² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 308-309.

²³ Levada à Organização das Nações Unidas (ONU) a problemática da (i)lícitude da prática de lançamento de anão, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, entendeu que ela violaria a ordem pública e a dignidade humana.

²⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 309.

encaminhamentos para o deslinde de uma causa. Entretanto, a teoria cunhada pelo autor possui um déficit metodológico no que se refere à discricionariedade judicial. Em outras palavras, o autor não cria mecanismos capazes de seguramente evidenciar qual dos valores deve prevalecer num contexto de intersubjetividade. Não obstante, a proficiência do trabalho de Daniel Sarmento é inegável.

4.2. Ingo Sarlet

Ingo Wolfgang Sarlet é um dos pioneiros, em solo nacional, acerca da problematização dos direitos fundamentais face aos direitos privados. Como se tem dito, tal temática é *genuinamente germânica*²⁵, e em seu doutoramento, defendido em 1997 na Alemanha pela Ludwig-Maximilians-Universität, embora o autor não tenha tratado diretamente do tema, abordou com profundidade o objeto *direitos fundamentais*, o que lhe possibilitou um significativo contato com a problemática na qual estamos imersos.

A importância prática dos direitos fundamentais, averba o autor, “está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição”, ou seja, “de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que ‘estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações’”²⁶. Na seara cível, é precisamente as restrições aos direitos fundamentais o ponto nodal de todas as perplexidades envolvendo a autonomia privada, e sobre este aspecto é que recairá nossa atenção sobre o trabalho desenvolvido por Ingo Sarlet – pode-se dizer, um ponto ínfimo ante toda uma teorização acerca dos direitos fundamentais cunhada pelo autor – com o intuito de tornar a operacionalidade dos direitos fundamentais mais clara e previsível.

Confrontando a “teoria interna” (pela qual os limites dos direitos fundamentais são imanentes, conformados em fronteiras implícitas de natureza apriorística) e a “teoria externa” (segundo a qual há o direito em si que é ilimitado, e, mediante imposições eventuais de restrições, este direito vai tornando-se limitado; sendo na primeira vertente um direito fundamental *prima facie* e, após a restrição, definitivo), considera o autor que a teoria externa é a mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa dos confrontos entre direitos fundamentais, haja vista a necessidade de imposição de limites a tais direitos em consideração às especificidades fáticas do caso concreto²⁷.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 1, v. 1. São Paulo, p. 173-180, mai. 2005, p. 174.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406-408.

A limitação de direito fundamental, é válida a menção, compreende uma redução do alcance de conteúdo *prima facie* em virtude de imposições restritivas, minorando o âmbito de proteção de dado direito, seja pela afetação de seu exercício (*aspecto subjetivo*) ou pela diminuição de deveres estatais de garantia e proteção (*aspecto objetivo*)²⁸.

Dentre as variadas formas de limitações possíveis, a que sobressai ao presente estudo é a decorrente do confronto de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que tornaria legítima a restrição de um direito ainda que não prevista constitucionalmente. Nesta vereda, no processo de tomada de decisão, Ingo Sarlet aduz ser necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, que torne possível aferir o modo da sobreposição de um direito em detrimento de outro por uma forma racional²⁹.

Para tanto, caberia ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais, a partir das circunstâncias do caso concreto, conferir importância distinta aos valores em conflito, tomando em consideração as hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado e os limites aos limites dos direitos fundamentais. Evidencia-se, deste modo, a importância acerca da racionalização na aplicação dos direitos fundamentais, bem como a insuficiência da mera exaltação, em uma decisão judicial, dos valores em jogo, como se fossem por si só incontroversos quanto seu conteúdo e alcance.

Desta forma, tal concepção teórica repele o “uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade”³⁰, que fazem crer que tais postulados são destituídos de substância, como reles argumento de autoridade.

Todavia, o autor não explicita o *como fazê-lo*, isto é, o *modus operandi* de sua teoria tendente a precisar os limites dos direitos fundamentais. Muito embora se reconheça que importantes passos tenham sido direcionados no sentido de o que fazer e o que não fazer, algumas etapas como a distinção dos valores pela aferição de sua densidade ou a hierarquização axiológica dos atos normativos carecem de maior sistematização.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 409.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 412.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 412.

Persistindo nesta análise teórica, é notável a diligência do autor ao tratar dos *limites aos limites dos direitos fundamentais*. Se crer em direitos fundamentais ilimitados é lhes retirar a eficácia por sua impraticabilidade social e esvaziamento axiológico – *se tudo é, nada é* – a possibilidade de restringir tais direitos em demasia convergiria ao mesmo resultado.

Atribuindo ao princípio da proporcionalidade uma dupla face, a de *proibição de excesso* e *proibição de proteção insuficiente*, o autor pugna pela utilização da proporcionalidade em sua acepção técnico-jurídica de influência germânica, entendendo tal princípio como um instrumento metódico de controle de atos (comissivos e omissivos) dos poderes públicos e privados. Ademais, é dado destaque para a atuação dos direitos fundamentais como *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*, o que implica em uma postura positiva do Estado, obrigando-o a intervir inclusive diante de agressões oriundas de particulares, com vistas a controlar a legitimidade constitucional de medidas restritivas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como também exercer o controle da omissão insuficiente no cumprimento dos deveres de proteção estatal.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade o intérprete deve se pautar congruente à máxima de Robert Alexy, perpassando pelos juízos de (a) adequação; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito; sendo nesta última etapa dirigida a análise da razoabilidade. A crítica aqui cabível é de plena ciência do autor, que entende a necessidade da dogmática constitucional brasileira avançar contra o subjetivismo intrínseco à teoria da ponderação alexyana³¹.

Outro limite aos limites dos direitos fundamentais identificado por Ingo Sarlet é a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sob este aspecto, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. “Existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares”³².

A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais almeja impedir restrições que tornem o direito tutelado sem um significado para a vida social como um todo. Isso não equivale a dizer, contudo, que há a salvaguarda de um conteúdo mínimo de todo direito

³¹ Uma crítica consistente contra a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy é encontrada em SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 312 e ss.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 412.

fundamental cuja incidência é absoluta nos litígios forenses. Ilustra a noção que se apresenta sobre a adequada garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais a disposição contida no artigo 60, § 4º, da Constituição da República de 1988, que estabelece limites materiais ao poder reformador.

O contraponto que se pode fazer atinente a este núcleo essencial dos direitos fundamentais refere-se à sua nebulosidade, tanto em relação à sua delimitação quanto à forma de controle de sua eficácia, cujos parâmetros reclamam maior desenvolvimento.

Por fim³³, tem-se a noção da proteção da dignidade como limite dos direitos fundamentais e como limite à sua restrição.

Nesta ótica, a dignidade da pessoa humana, erigida a uma condição de destacada primazia no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988, assume uma dupla faceta: (a) cumpre relevante papel como elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e contra o uso abusivo dos direitos; e (b) justifica a imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando como elemento limitador destes³⁴.

Por mais que se ratifique esta conclusão, toda a carga axiológica de tal princípio não pode ofuscar a necessidade de um rigoroso controle material das restrições, dada a generalidade e abstração imbuídos na própria noção de dignidade. Imposições unilaterais e arbitrárias da substância da dignidade humana, ainda que comprometida com o bem e a justiça, oferece sérios riscos à própria compreensão de dignidade e, por conseguinte, à atividade jurisdicional.

Outro dilema que merece atenção e um exauriente estudo versa sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Não é de se olvidar que a capacidade do indivíduo se autodeterminar, de exercer sua liberdade consoante suas vontades e desejos, em certa medida parece consubstanciar a própria noção de dignidade humana.

4.3. Virgílio Afonso da Silva

³³ A título de informação, ainda em se tratando dos limites aos limites dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet discorre sobre o poder de reforma da Constituição e a proibição de retrocesso, que por despende um maior aprofundamento foge aos escopos deste trabalho, e aqui não será tratado.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 157.

Luís Virgílio Afonso da Silva também se doutorou na Alemanha, na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, acompanhando de perto toda a problematização atinente a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. A contribuição do autor na qual iremos nos deter nesta pesquisa – até mesmo como forma de continuidade do tópico precedente – refere-se ao *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, teoria analisada na tese que lhe rendeu a cadeira de professor titular de Direito Constitucional na Universidade de São Paulo e fruto de inúmeros trabalhos.

Em situações práticas cotidianas, como já foi versado, é comum o atrito entre direitos fundamentais e a autonomia privada. Potencial meio para uma releitura desta questão é sob o prisma do conteúdo essencial do direito fundamental eventualmente em conflito.

Como é intuitivo, para que possua relevância dado direito fundamental é imprescindível que seja garantido um mínimo deste mesmo direito. Ocorre que um *conteúdo essencial* se revela como algo complexo, envolvendo problemas inter-relacionados: “(a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições”³⁵.

Para uma delimitação conteudística, Virgílio Afonso da Silva entende como necessário retrabalhar com o conceito de suporte fático ao lado dos direitos fundamentais como norma *prima facie*. Importante salientar que ao se basear em um modelo com um suporte fático amplo, o conceito de intervenção, para o autor, também deve ser interpretado amplamente.

O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial – ou real – restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis – impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação³⁶.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. São Paulo, p. 23-51, out./dez., 2006, p. 24.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. São Paulo, p. 23-51, out./dez., 2006, p. 25.

Como se depreende pelo fragmento acima, na articulação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais com a possibilidade de restrição deste mesmo direito sobressai a noção de ônus argumentativo. Esta atribuição de um ônus argumentativo nas hipóteses de restrição de direitos evidencia a sofisticação da teoria do autor – de cariz dialógica – que tem como injustificáveis restrições *a priori* de direitos fundamentais.

O conteúdo essencial de um direito fundamental, deste modo, se dá mediante a análise do caso *in concreto* com a observância do suporte fático, que deve ser compreendido como “condição para que a consequência jurídica possa ocorrer”³⁷. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, isto é, não é universal, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

Na interpretação do suporte fático relevante se faz a análise de uma dualidade, o âmbito de proteção do direito fundamental e a intervenção estatal. Tal binômio é encontrado no modelo proposto por Robert Alexy, quem foi orientador de Virgílio Afonso da Silva, marcando significativamente sua corrente teórica.

Importante nuance, para o autor, é que “é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção”. Estes casos podem ser denominados de intervenção estatal fundamentada. “Quando isso ocorre, não se está diante de uma *violação* a um direito fundamental, mas diante de uma *restrição*”³⁸, o que não fere a garantia da essência do direito fundamental.

Por tudo, tem-se que o exercício da autonomia privada que potencialmente seja hábil a restringir um direito fundamental deve, considerando o suporte fático, se ater ao ônus argumentativo, sendo a fundamentação constitucional o limite delineador entre violação ou não de direito fundamental.

Tal ensinamento proposto por Virgílio Afonso da Silva em muito colabora com o tema enfrentado, com a garantia do conteúdo essencial em respeito ao suporte fático. Não obstante, os limites argumentativos devem ser passíveis de um controle racional, e para este problema não foi apresentada uma resposta satisfatória à luz da filosofia da linguagem, que é de extrema relevância enquanto paradigma do conhecimento.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. São Paulo, p. 23-51, out./dez., 2006, p. 29.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. São Paulo, p. 23-51, out./dez., 2006, p. 35.

5. Considerações finais

Entre sólidas premissas e obscuras dúvidas encerra-se este artigo. Dentre as certezas invocadas tem-se a Constituição da República de 1988 como o centro gravitacional do Direito Civil. A dúvida mor é a precisa dosagem da incidência dos direitos fundamentais perante as relações privadas.

Encarar o sistema de direitos fundamentais como um meio de emancipação do indivíduo sem dúvida alguma subsidia um caminho próspero para a superação da tensão que envolve os direitos fundamentais e a autonomia privada. Na mesma proporção que valoriza a individualidade e a liberdade do cidadão, as decisões tomadas em um contexto de fática e material igualdade evita a fragilização dos direitos fundamentais, que em razão de ingerências de cunho totalizante poderia ruir todo o arsenal de tutela de direitos prescritos constitucionalmente. Peca-se pela falta, mas também pelo excesso.

A imbricação dinâmica e dialética das esferas pública e privada, como se tentou demonstrar, é uma realidade incontestável, mas cujos traços reclamam uma maior sistematização, a fim de que se possa ainda falar em uma relativa autonomia do Direito Civil, indispensável para a autodeterminação do indivíduo.

No âmbito da arquitetura constitucional, a dignidade da pessoa humana é o que tangencia esta aludida necessidade de emancipação e autodeterminação do indivíduo. Em sendo assim, a dignidade humana é um parâmetro inafastável nesta atitude teórica de se pensar a constitucionalização do Direito Civil. Como já se disse, “A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”³⁹.

Partindo destas bases, predomina as significativas contribuições dos autores utilizados – sendo reconhecida a importância de inúmeros outros autores que em virtude de uma necessária delimitação do tema não integrou este artigo. Ainda que a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada seja passível de variadas leituras e, conseqüentemente, de diversas propostas de superação, o confronto entre estas concepções teóricas refinam o modo de se ver o problema, potencializando um aprimoramento de teorias existentes e a sofisticação de teorias vindouras, além de uma maior probabilidade de realização prática de tais teorias, em prol da afirmação adequada dos direitos fundamentais.

³⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

Tem-se neste artigo um pequeno passo, que, ainda que vacilante, carrega em si a melhor das intenções. Fomentar o estudo da constitucionalização do direito privado é preciso. A chave que decifra este verdadeiro hieróglifo jurídico ainda se encontra por construir, mas por detrás deste esforço nos espera a tradução de um modelo que respeita as exigências dos direitos fundamentais e da autonomia privada, franqueando um mundo melhor no porvir. O afã de apontar veredas para a construção desta estrada com um fim certo é o combustível destas linhas pregressas, mas uma efetiva conclusão resta por ora inalcançada.

Referências

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CRORIE, Benedita da Silva Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudencia*. Juína, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan.-jun./2013.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: _____ (Org.). *El estado moderno en Europa: Instituciones y derechos*. Tradução: Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2004.

GIANNETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

GOMES, Orlando. A evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1. São Paulo, p. 121-134, mai. 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PERLINGIERI Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36. São Paulo, p. 54-104, 2000.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, n. 23, v. 6. Rio de Janeiro, p. 272-297, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 1, v. 1. São Paulo, p. 173-180, mai. 2005.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Coord.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. São Paulo, p. 23-51, out.-dez./2006.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, v. 798. São Paulo, p. 23-50, abr. 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 3.1.2019
Aprovado em:
27.4.2019 (1º parecer)
6.6.2019 (2º parecer)

Como citar: LIMA, Ricardo Alves de; MAGALHÃES, Henrique Cassalho. A tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada: perspectivas teóricas no direito civil brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-tensao-entre-os-direitos-fundamentais-e-a-autonomia/>>. Data de acesso.