



## RENÚNCIA CONTRATUAL A DIREITOS FUNDAMENTAIS

### *CONTRACTUAL RENOUNCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Celiana Diehl Ruas<sup>1</sup>

André Fernandes Estevez<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa a admissibilidade de renúncia contratual a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Examina-se primeiramente o contrato sob influência dos direitos fundamentais, estudando-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a concepção de contrato como “ponto de encontro” de direitos fundamentais e aspectos da liberdade e da autonomia privada. Em um segundo momento, o trabalho centra-se na questão específica da admissibilidade da renúncia contratual a direitos fundamentais, analisando-se o conceito de renúncia a direito fundamental, a diferenciação de institutos afins e as modalidades de renúncia, bem como o fundamento jurídico, requisitos e pressupostos da renúncia. Por fim, estabelecem-se critérios orientadores da ponderação de interesses com vista à solução dos problemas relacionados ao controle da validade da renúncia. O objetivo é, uma vez constatada a possibilidade de renúncia contratual a direitos fundamentais, sistematizar os requisitos, pressupostos e critérios de controle de validade da renúncia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Direito privado. Renúncia. Contratos. Critérios.

**ABSTRACT:** This article analyses the admissibility of contractual renounce of fundamental rights in the context of private relationships. First, it examines the contract under the influence of fundamental rights, studying the incidence of fundamental rights in relations between individuals, contract design as "meeting point" of fundamental rights and aspects of liberty and personal autonomy. In a second step, focuses on the specific issue of the admissibility of contractual waiver of fundamental rights by analyzing the concept of renunciation of fundamental rights, the differentiation from related institutes, modalities of resignation and the legal basis, requirements and assumptions of resignation. Finally, set up the criteria that guide balancing of interests to solve the problems related to the control of the validity of the resignation. The goal is, once we found the possibility of contractual waiver of fundamental rights, systematize the requirements, assumptions and validity of the resignation control criteria.

**KEY-WORDS:** Fundamental rights. Private law. Renunciation. Contracts. Criteria.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O contrato sob a influência dos direitos fundamentais; 2.1 A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; 2.2 O contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais”; 2.3 Liberdade e autonomia privada; 3. Renúncia contratual a direitos fundamentais; 3.1 Conceito e admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas; 3.2 Pressupostos e

---

<sup>1</sup> Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado na Faculdade de Direito da PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Advogada.

<sup>2</sup> - Professor de Direito Privado na PUCRS. Doutorando em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS.



requisitos da renúncia; 3.3 Critérios para ponderação de interesses: controle da validade da renúncia; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cujo debate foi inaugurado pela doutrina e jurisprudência alemã nos anos 50 deste século, tem cada vez mais atraído a atenção da doutrina nacional e é objeto de importantes estudos acadêmicos.<sup>3</sup>

Atualmente, a doutrina majoritária reconhece que os direitos fundamentais projetam-se não apenas nas relações entre Estado e indivíduo, mas também nas relações entre particulares, em decorrência, principalmente, das mudanças de concepção operadas pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social, bem como da força normativa da Constituição, embora haja certo dissenso doutrinário acerca da forma como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia direta/imediata ou indireta/mediata).

A superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, aliada ao processo de constitucionalização, implica a irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento jurídico e, assim, acarreta relevante alteração de paradigmas no âmbito do Direito Privado. O Código Civil deixa de representar o centro gravitacional único do Direito Privado, o qual passa a ser a Constituição. A constitucionalização e o influxo dos direitos fundamentais importam em mudanças substantivas na maneira de se

---

<sup>3</sup> Dentre os quais, cita-se, exemplificativamente: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004 e SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.



conceber e interpretar os institutos tradicionais de Direito Privado.

Os direitos fundamentais, no entanto, não podem ser protegidos de maneira ilimitada por nenhuma ordem jurídica. É consensual na doutrina contemporânea a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, ou, em outras palavras, não são totalmente blindados contra qualquer tipo de restrição, seja na esfera objetiva ou na esfera subjetiva.<sup>4</sup>

Neste contexto e, considerando que o contrato é o principal instrumento de circulação de riquezas e fonte de obrigações, traduzindo-se na espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, questiona-se acerca da possibilidade de renúncia contratual a direitos fundamentais.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, “todo aquele que celebra um contrato renuncia a uma parcela de sua liberdade”.<sup>5</sup> A questão que se apresenta neste âmbito, portanto, é a de investigar a admissibilidade da renúncia contratual a direitos fundamentais nas relações privadas e quais são os limites da liberdade e da autonomia privada na disposição dos direitos fundamentais.

A maioria dos trabalhos nacionais sobre renúncia a direitos fundamentais dedica-se à análise do assunto no âmbito das relações entre Estado e indivíduo,<sup>6</sup> razão pela qual o desenvolvimento do tema com ênfase nas relações privadas se mostra necessário diante da realidade fática e ao mesmo tempo instigante. Com efeito, não é difícil imaginar situações, na seara contratual, nas quais um particular consinta com uma determinada cláusula que implique em restrição de um direito fundamental de sua titularidade.

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 405-406.

<sup>5</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.

<sup>6</sup> Neste sentido, recomenda-se a obra de ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.



Assim, cumpre, em um primeiro momento, (i) analisar o contrato no âmbito dos direitos fundamentais, estudando-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a concepção do contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais”<sup>7</sup> e aspectos da liberdade e da autonomia privada, para, após, (ii) examinar a questão específica da admissibilidade da renúncia contratual a direitos fundamentais, analisando-se o conceito de renúncia à direito fundamental, a diferenciação de institutos afins e as modalidades de renúncia, bem como o fundamento jurídico, requisitos e pressupostos da renúncia. Por fim, pretende-se estabelecer critérios orientadores da ponderação de interesses com vista à solução dos problemas relacionados ao controle da validade da renúncia.

## 2. O CONTRATO SOB A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A possibilidade de renúncia contratual a direitos fundamentais pressupõe a aplicabilidade dos mesmos às relações privadas,<sup>8</sup> razão pela qual é necessário fazer uma digressão, ainda que breve, acerca dos fundamentos de tal incidência, bem como posicionar-se sobre a forma como os direitos fundamentais incidem nas relações particulares.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem direta relação com o modelo de Estado e suas transformações, bem como com o

---

<sup>7</sup> Expressão cunhada por Cláudia Lima Marques na obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210-211.

<sup>8</sup> MENDES, Laura Schertel Ferreira. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. In: *Direito Público* Porto Alegre, v.4, n.13, p.121-133, jul./set. 2006. p. 123.



constitucionalismo, uma vez que “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais reconhecidos nas primeiras constituições escritas foram produto da ideologia liberal<sup>10</sup>, representada pela classe burguesa, vitoriosa nas revoluções liberais ocorridas durante os séculos XVII e XVIII e empenhada, após o período absolutista, em livrar-se da forte interferência estatal no âmbito das relações privadas.

Assim, em razão do contexto histórico em que estavam inseridos, os direitos fundamentais inicialmente positivados foram concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, ou, em outras palavras, como direitos de defesa, de cunho negativo, uma vez que estabeleciam uma zona de não intervenção do Estado na esfera da autonomia individual. Tais direitos, também chamados de “direitos fundamentais de primeira dimensão”, são dirigidos a uma abstenção do Estado e consistem no direito à vida, à liberdade, à propriedade e igualdade perante a lei. Acrescem-se a esses direitos, posteriormente, as denominadas liberdades de expressão coletiva e os direitos de participação política.<sup>11</sup>

À limitação à ingerência do Estado deveria corresponder um amplo espaço de atuação no âmbito da liberdade individual. O Estado, pouco intervencionista, tinha seu

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 35.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 46.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 46-47.



papel adstrito a assegurar e a proporcionar as condições necessárias à convivência social harmônica, abstendo-se de interferir na esfera privada dos cidadãos.<sup>12</sup>

A ética que predomina nesse período é a da liberdade formal, com um Estado liberal e pouco intervencionista. Vive-se o liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No âmbito jurídico, tais concepções desembocam na “ética do individualismo”, com a preocupação em tutelar as ideias de patrimônio, propriedade territorial com caráter absoluto, liberdade e autonomia contratual e igualdade meramente formal.<sup>13</sup>

A liberdade contratual é então concebida como instituto apto a instrumentalizar as transferências e a criação de riquezas e possibilita a livre movimentação no espaço econômico privado. O individualismo, a autonomia privada e a liberdade contratual, nesse contexto, são erigidos a valores a serem privilegiados.<sup>14</sup>

Trata-se da era das codificações, representada pelo *Code Civil* de 1804 e se pretendia que a legislação civil fosse completa, clara e coerente.<sup>15</sup> Segundo Thiago Sombra, o contrato, no *Code Civil*, recebeu uma regulamentação condizente com os ideais do liberalismo. Segundo o autor, as bases doutrinárias sobre as quais fora construído o modelo liberal de contrato estão vinculadas ao voluntarismo e ao

---

<sup>12</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

<sup>13</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42-43.

<sup>14</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42-43.

<sup>15</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.



consensualismo, ideias segundo as quais o contrato é um acordo de vontade entre indivíduos, que prescinde, em princípio, de maiores formalidades.<sup>16</sup>

Nessa primeira fase histórica, direito constitucional e direito civil viviam em mundos apartados: à Constituição cabia o papel de Carta Política, que regulamentava as relações entre o Estado e o cidadão e ao Código Civil cabia reger as relações entre os particulares.

No entanto, o Estado Liberal não foi capaz de garantir uma igualdade substancial entre os indivíduos, gerando conflitos desencadeados pela exploração das classes menos favorecidas que redundaram, no século XX, no advento do Estado Social.<sup>17</sup> Trata-se da segunda etapa do constitucionalismo moderno, consagrado na Constituição de Weimar (1919). O Estado passa a interferir nas relações entre os particulares e a constituição adquire características mais dirigistas, com introdução de normas de ordem pública, bem como incorpora institutos tradicionalmente ligados ao direito privado.

Conforme aponta Ingo Sarlet, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, de dimensão positiva, cuja característica é outorgar ao indivíduo prestações sociais estatais.<sup>18</sup>

O Estado Social, contudo, não evitou a experiência totalitária na Europa. Com o fim da Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo ingressa na terceira e atual fase, na qual a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são consagrados como valores máximos da ordem constitucional. No Brasil, tal concepção foi introduzida a

---

<sup>16</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10-11.

<sup>17</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, 1999, p.101.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 47-48. Cabe ressaltar, entretanto, que tais direitos foram mais amplamente positivados em um número significativo de Constituições apenas após o segundo pós-guerra.



partir da Constituição de 1988. Veja-se a lição de Luís Roberto Barroso sobre a mudança de paradigma e seu efeito no direito civil:

Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF/1988). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.<sup>19</sup>

No âmbito do Direito Privado esse período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado, limitação que se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A concepção individualista vai sendo superada pela concepção da solidariedade, relativiza-se a proteção da autonomia da vontade e se prioriza a proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>20</sup>

Ainda, as mudanças ocorridas após o fim da Segunda Guerra Mundial acarretaram uma alteração de paradigma na concepção que encarava a Constituição como mera proclamação política com papel limitado e sem aplicação direta. Em razão inclusive da experiência do nazismo e no intuito de criar mecanismos para conter abusos do legislador e das maiorias políticas, passa-se a conceber a Constituição como

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. p. 12.

<sup>20</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.



norma. No Brasil, tal mudança é recente e ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988.<sup>21</sup>

Com efeito, aponta Wilson Steinmetz que no segundo pós-guerra o princípio da constitucionalidade ganha relevo, de forma que a Constituição se torna a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais. Trata-se de uma das dimensões do princípio da supremacia da Constituição. Segundo o autor, as normas constitucionais e, sobretudo as normas de direitos fundamentais, em razão de sua supremacia normativa, são aptas a incidir sobre as relações jurídicas interprivadas, independentemente de necessária intermediação legislativa ordinária.<sup>22</sup>

A evolução histórica do constitucionalismo, o reconhecimento da força normativa da constituição<sup>23</sup> e as mudanças de paradigmas daí decorrentes, acarretaram importantes reflexos na seara do Direito Privado e na forma como esse se relaciona com o Direito Constitucional. Dentre os aspectos mais relevantes para o tema em estudo, ressalta-se o que a doutrina denomina *constitucionalização do direito privado*, que envolve dois fenômenos distintos: constitucionalização-inclusão e constitucionalização-releitura. O primeiro consiste na inclusão, na Constituição, de temas tradicionalmente afeitos ao direito privado. A constitucionalização-releitura, por sua vez, consiste na irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento e implica na necessidade de interpretação deste em conformidade com os princípios e valores emanados da Constituição.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27.

<sup>22</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 103-104.

<sup>23</sup> A teoria da força normativa da Constituição, preconizada por Konrad Hesse, prescreve que, na resolução de problemas jurídicos-constitucionais, se dê preferência à interpretação que confira maior efetividade à Constituição. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 68.

<sup>24</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 44.



Portanto, o advento do Estado Social e dos direitos fundamentais de segunda dimensão, aliados ao reconhecimento da força normativa da Constituição e à superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, operam significativa mudança no âmbito dos direitos fundamentais, a qual repercutirá na possibilidade da incidência dos mesmos nas relações particulares.

Segundo Daniel Sarmento, “no bojo desta redefinição das fronteiras entre o público e privado no Estado Social, pode se situar a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas”.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, Ingo Sarlet aponta que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre da transição do Estado Liberal para o Estado Social, bem como da necessidade de reconhecer que, neste último, os direitos fundamentais são suscetíveis de violação não apenas pelo Estado, mas também pelos detentores de poder na esfera privada:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 25.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 395.



Virgílio Afonso da Silva, no entanto, sustenta que, quando se menciona a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, deve-se com isso incluir todos os particulares em todas as suas relações entre si e não somente as relações entre particulares e grandes corporações, sob pena de se subentender que somente essas últimas estariam vinculadas aos direitos fundamentais.<sup>27</sup>

Em conclusão, Ingo Sarlet sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, inclusive nas relações entre particulares, “não é de ser refutada, ainda mais levando em conta o grande comprometimento da ordem constitucional brasileira com os direitos sociais e com a justiça social, que, importa destacar, constitui princípio informador da ordem constitucional econômica”.<sup>28</sup>

Embora a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não seja objeto, atualmente, de maior divergência na doutrina, a forma dessa vinculação, por sua vez, ainda divide opiniões. Didaticamente, a maioria da doutrina costuma dividir as teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas em quatro grupos: (1) teorias negativas, que rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, (2) teoria da eficácia indireta e mediata, (3) doutrina dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais e (4) teoria da eficácia direta e imediata.

A análise pormenorizada de cada uma das teorias foge ao objeto e espaço limitado deste trabalho,<sup>29</sup> razão pela qual cumpre posicionarmo-nos desde já no sentido de adoção da teoria da eficácia direta ou imediata, que significa, “em termos gerais, que

---

<sup>27</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.21.

<sup>29</sup> Para aprofundamento sobre as teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, recomenda-se a leitura de SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.



podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não restando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”.<sup>30</sup>

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi elaborada na Alemanha na década de 50 por Hans Carl Nipperdey. Embora não seja a concepção dominante na Alemanha, é acolhida em países como Espanha, Portugal, Itália e Argentina.<sup>31</sup> No Brasil, a teoria da eficácia direta encontra respaldo de doutrina majoritária, representada por Ingo Sarlet, Daniel Sarmiento e Wilson Steinmetz, bem como tem sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>32</sup>

Com efeito, a teoria da incidência direta *prima facie* é a mais adequada quando se pensa em um modelo hermenêutico comprometido com os valores insculpidos na Constituição Federal de 1988 e com a força normativa da constituição.

Há que se ressaltar, no entanto, que o reconhecimento da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não se dá de forma absoluta e incondicionada. Tal concepção demanda soluções diferenciadas, sobretudo porque no outro polo da relação existe outro titular de direitos fundamentais.<sup>33</sup>

## 2.2. O contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais”

Judith Rochfeld aponta que a concepção clássica concebe o contrato como um

---

<sup>30</sup> Neste sentido, vide, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 204-216.

<sup>32</sup> Vide, exemplificativamente: STF, RE 201819/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.2005.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.27.



encontro de vontades com o objetivo de criar efeitos de direito e de realizar trocas econômicas. No entanto, sustenta a autora, as mudanças sociais ocorridas nos séculos XIX e XX, aliadas à maior complexidade das relações, tornaram necessárias relações mais duráveis, de forma que atualmente há que se compreender o contrato também como uma relação de poder, diretamente relacionada com a esfera social e com o fator do tempo de duração do contrato.<sup>34</sup>

O contrato é um ato jurídico cuja validade decorre de sua conformidade às normas superiores. Deve, portanto, ser legítimo à luz dos direitos fundamentais consagrados pelos níveis hierarquicamente superiores, consubstanciados na norma constitucional ou em instrumentos internacionais. Em outras palavras, um contrato não é válido senão em respeito à lei, mas também à Constituição, às convenções internacionais ou, em última análise, às liberdades fundamentais.<sup>35</sup>

Cláudia Lima Marques, citando Erik Jaime, sustenta que os direitos fundamentais devem ser encarados como novas “normas fundamentais” e aponta que estes direitos constitucionais influenciam o direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, qual seja, o de proteger o indivíduo e inibir abusos, ou, em outras palavras, atuar como limite.<sup>36</sup>

Com efeito, a concepção clássica de contrato, pautada pelo individualismo e pelo voluntarismo, dá lugar a um novo modelo, voltado à promoção dos valores e princípios constitucionais da dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana.<sup>37</sup>

Lucien Maurin aponta que, de um lado, a incidência dos direitos fundamentais sobre os contratos tende cada vez mais a se afirmar como inafastável. De outro lado,

---

<sup>34</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 423.

<sup>35</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013. p. 20.

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 219.

<sup>37</sup> MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 179.



ressalta, o contrato permanece, irredutivelmente, com sua lógica própria, por vezes “perturbado”, mas muitas vezes reforçado pelos direitos fundamentais.<sup>38</sup>

Acerca da inclusão dos direitos fundamentais na esfera contratual, Lucien Maurin aponta que, de um ponto de vista teórico, essa inclusão se traduz pela multiplicação de referências feitas aos direitos fundamentais nos projetos de reforma do direito contratual, em âmbito nacional e supranacional, ressaltando, inclusive, que no cenário da União Europeia tal constatação se confirma, uma vez que, no *Projet de cadre commun de référence*, os direitos fundamentais são plenamente integrados, tanto no nível de condições de validade, quanto de interpretação contratual.<sup>39</sup>

De um ponto de vista prático, o autor assinala que tal inclusão se traduz na possibilidade de contratar sobre os direitos fundamentais. Tal contratualização, ressalta, pode ser tanto positiva quanto negativa. Será negativa quando o contrato comportar uma renúncia expressa total ou parcial à direito fundamental ou a certas modalidades de exercício do mesmo. Será positiva na hipótese de a validade e/ou a execução do contrato impor certas garantias para uma proteção efetiva dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Thiago Sombra igualmente sustenta que o contrato é um instrumento concretizador dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

“O contrato conquista o posto de instrumento da realização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, à medida que a promoção da liberdade contratual, em consonância com os ditames do Estado Social, permeia a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e, *a fortiori*, a promoção do próprio princípio da liberdade.”<sup>41</sup>

Ainda, ressalta o autor que, por representar um dos institutos mais importantes

---

<sup>38</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 16.

<sup>39</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 15.

<sup>40</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 15.

<sup>41</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 28.



do Direito Privado, no qual emerge a autonomia privada, o contrato pode desempenhar uma função de elemento de conexão entre o Direito Privado e os direitos fundamentais, os quais, em última análise, possuem uma íntima relação, uma vez que o conteúdo de algumas cláusulas gerais e conceitos indeterminados estão ontologicamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>42</sup>

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques:

A nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns mercedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Oportuna e valiosa a lição de Lucien Maurin, no sentido de que “se os direitos fundamentais podem, ao crepúsculo deste capítulo, anunciar o fim de um certo mundo contratual, eles podem também, ao amanhecer do novo capítulo, contribuir para a criação de um mundo contratual melhor”.<sup>44</sup>

### 2.3. Liberdade e autonomia privada

Para Paulo Mota Pinto, a autonomia privada consiste na possibilidade de os sujeitos jurídico-privados governarem espontaneamente a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica. Para o autor, a autonomia privada deriva da autodeterminação do

---

<sup>42</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

<sup>43</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210.

<sup>44</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 198.



indivíduo e de sua liberdade e constitui um princípio jurídico fundamental, inspirador da liberdade contratual.<sup>45</sup>

Segundo Daniel Sarmento, a autonomia privada, entendida em sentido amplo, é a capacidade do sujeito de direito de determinar o seu próprio comportamento individual e envolve tanto aspectos ligados a escolhas existenciais quanto a celebração de contratos e demais negócios jurídicos patrimoniais.<sup>46</sup>

Para o autor, “a autonomia privada é um dos componentes primordiais da liberdade”.<sup>47</sup> Observa, no entanto, que a proteção da autonomia privada não pode prescindir das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito na realidade fática.<sup>48</sup>

Baseado na doutrina de Norberto Bobbio, Daniel Sarmento esclarece a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva. Por liberdade negativa, entende-se a liberdade como ausência de constrangimentos, ou seja, a situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de agir ou não agir, sem que seja obrigado a isso ou que o impeçam outros sujeitos. Por sua vez, a liberdade positiva é a liberdade como capacidade de autodeterminação e corresponde à possibilidade de o indivíduo orientar sua vontade em rumo a um objetivo, decidir sem ver-se determinado pela vontade alheia. A liberdade positiva não se esgota na mera ausência de impedimentos externos, de forma que

---

<sup>45</sup> PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 324-325.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 167-168.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 182.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 170.



pressupõe que o sujeito tenha as condições necessárias para agir.<sup>49</sup>

Daniel Sarmento defende que não se pode rejeitar a ideia de liberdades positivas, uma vez que é insuficiente o mero reconhecimento de liberdades jurídicas, relacionadas à autonomia privada ou pública, sem que sejam outorgadas as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las. Tal conclusão é calcada também no fato de que atualmente, ao refletir sobre liberdade no contexto de sociedade de massas, não devemos limitar-nos às opressões que podem ser desencadeadas pelo Estado, pois, em razão das várias relações de poder existentes na sociedade, podem ocorrer limitações muito mais graves do que as provenientes do Estado.<sup>50</sup>

Assim, antes de mais nada, é necessário garantir ao indivíduo condições básicas existenciais, a fim de que este possa usufruir efetivamente de todas as potencialidades de sua autonomia privada e, em última análise, de sua liberdade.

Daniel Sarmento aponta que há dimensões da autonomia privada que ostentam importância mais elevada, de forma que, enquanto no Estado Liberal o foco da proteção conferida à autonomia privada era o patrimônio individual e direitos correlatos, no Estado contemporâneo o núcleo são os direitos de caráter existencial.<sup>51</sup>

Ingo Sarlet observa que a autonomia privada e a liberdade contratual são direitos fundamentais implicitamente consagrados na Constituição de 1988 e representam importantes limites para as intervenções no âmbito das relações entre particulares. Inobstante, tal fato não pode ser considerado um obstáculo à eficácia direta dos direitos

---

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 174-175.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 176-177.

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 186.



fundamentais em tal área.<sup>52</sup>

Embora esteja indissociavelmente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada não é absoluta. Portanto, deve ser conciliada com a liberdade dos demais indivíduos e com os outros valores igualmente relevantes no Estado Democrático de Direito, tais como a democracia, a igualdade, a solidariedade e a segurança.<sup>53</sup>

Para Daniel Sarmiento, a liberdade que a Constituição de 1988 visa assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, de forma que a proteção à autonomia privada na Constituição brasileira deve ser examinada a partir da seguinte “moldura axiológica”: embora nosso modelo de constituição econômica seja o de uma economia capitalista, com a consagração da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, há uma forte preocupação com a igualdade material, com a solidariedade e com a justiça social.<sup>54</sup>

Por fim, sustenta o autor que o nível de proteção da autonomia privada do indivíduo dependerá de sua posição na seguinte escala:

Quanto mais se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar desse campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será essa tutela.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.29.

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 182.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 205-207.

<sup>55</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 211.



Do exposto, sobressai que a autonomia privada ainda desempenha um papel central no Direito Privado, contudo, inegável vislumbrar que, em razão das próprias mudanças de paradigma operadas na evolução do Estado Liberal para o Estado Social - sobre as quais se discorreu no item 2.1. -, a autonomia privada também sofreu alterações em sua configuração, de forma que, atualmente, a mesma comporta limitações sempre que for exercida de maneira que não se coadune com os fins constitucionalmente consagrados, limitação essa que se dá em decorrência dos interesses sociais e dos direitos fundamentais.<sup>56</sup>

### 3. RENÚNCIA CONTRATUAL A DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 Conceito e admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas

Virgílio Afonso da Silva ensina que o instituto da renúncia é conhecido desde o direito romano, mas que sua recepção no âmbito do direito público sempre foi controversa e, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, é questão que encerra posições divergentes. No entanto, observa, com razão, que há exemplos e situações do cotidiano que colocam a noção de irrenunciabilidade em xeque, razão pela qual uma solução simples e genérica não dá conta de resolver as situações concretas.<sup>57</sup>

Segundo Jorge Reis Novais, a renúncia a direitos fundamentais pode ocorrer tanto nas relações entre Estado e cidadão como nas relações jurídicas privadas. O autor exemplifica citando hipóteses tais como: um jogador de futebol, ao celebrar um contrato de trabalho com um clube ou sociedade desportiva, se compromete a observar os

---

<sup>56</sup> PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 176-187, mai-ago. 2015. p. 185-186.

<sup>57</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61-63.



regramentos internos de tal entidade que prevejam, por exemplo, a proibição de conceder entrevistas sem autorização da direção, ou que estabeleçam, para o caso de transferência para um clube estrangeiro, ao retornar ao país, a obrigação de jogar apenas no clube de origem, ou, ainda, a situação na qual um indivíduo aceita submeter-se a experiências de teste de um novo medicamento em um laboratório privado. Segundo o autor, em qualquer uma dessas situações – e em tantas outras que possamos imaginar –, em uma eventual controvérsia jurídica acerca da validade das cláusulas contratuais, está em causa, direta ou indiretamente, um problema de renúncia a direitos fundamentais.<sup>58</sup>

Ainda, observa que as conclusões quanto à admissibilidade e limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo são, na sua quase totalidade, aplicáveis, com as devidas adaptações, às relações jurídicas privadas, excluindo a problemática da reserva de lei.<sup>59</sup>

Jorge Reis Novais aponta que “a expressão renúncia a direitos fundamentais é utilizada em Direito Constitucional para designar todo um feixe complexo de situações, por vezes muito diferenciadas na sua natureza e estrutura”.<sup>60</sup> O fator comum a todas essas situações é a existência prévia de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, através da expressão de vontade de seu titular, sofre um enfraquecimento, no caso em estudo, frente a outro particular. O autor ressalta, no entanto, que podem ser muito distintas, em cada situação, tanto o tipo de posição jurídica que se prescinde ou se enfraquece, como a forma como o particular expressa o seu consentimento bem como as consequências jurídicas da renúncia.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 265-266.

<sup>59</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 266.

<sup>60</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 267.

<sup>61</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 267.



O núcleo essencial do conceito de renúncia a direitos fundamentais é a existência de uma decisão voluntária do titular do direito, a qual produz um enfraquecimento da proteção de um direito fundamental, à qual corresponde, de outro lado, uma ampliação da margem de atuação da contraparte.<sup>62</sup>

A renúncia a direitos fundamentais, em última análise, é uma forma de restrição a direitos fundamentais.<sup>63</sup> Com isso em mente, oportuna lição de Lucien Maurin acerca do tema em estudo, no sentido de que a restrição é um arranjo contratual sobre um direito fundamental ou, ao menos, uma de suas modalidades de exercício. Segundo o autor, a restrição pode ser voluntária ou involuntária. Será voluntária quando os contratantes convencionarem uma renúncia de um direito fundamental de um deles ou de ambos. Por outro lado, será involuntária quando um dos contratantes perceber posteriormente e invocar, em juízo, uma violação não consentida a um de seus direitos fundamentais.<sup>64</sup>

É necessário distinguir a renúncia de outros institutos jurídicos afins, tais como a perda e o não exercício. Conforme exposto acima, na renúncia o particular vincula-se a não invocar um direito fundamental do qual é titular, ou em outras palavras, a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que integram tal direito. Na perda, embora haja também um enfraquecimento de um direito fundamental do particular, esse não é decorrente da decisão voluntária do titular, mas sim do ordenamento jurídico – ou seja, heteronomamente determinada –, preenchidos alguns pressupostos fáticos. No não exercício, o particular tem uma posição que a ordem jurídica lhe faculta exercer ou não exercer, sendo que ambas as

---

<sup>62</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 271.

<sup>63</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 288.

<sup>64</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 243.



possibilidades são configuradas modalidades de exercício de direito fundamental, *lato sensu*.<sup>65</sup>

As consequências jurídicas também são diferentes em cada um dos institutos, sendo que o mais relevante é destacar que, no caso da renúncia, o particular pode revogar a mesma, uma vez que, ao renunciar ao exercício de um direito, permanece na titularidade do mesmo. Na situação de não exercício, o particular, em princípio, pode sempre exercer o direito, uma vez que não há qualquer vinculação jurídica não sentido de não o fazer. No entanto, no que concerne à perda, é a própria titularidade da posição jurídica que se extingue, razão pela qual não há como recuperá-la.<sup>66</sup>

Jorge Reis Novais ressalta a pertinência da distinção entre renúncia ao direito fundamental e renúncia ao exercício do direito fundamental, na medida em que permite visualizar mais claramente os valores a considerar na ponderação acerca da validade de uma renúncia em concreto. Segundo o autor, renunciar à titularidade do direito fundamental significa renunciar total e irrevogavelmente a capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem da mesma, pelo tempo previsto na declaração de renúncia. Caso a renúncia à própria titularidade seja válida, a revogação da mesma não dependerá apenas da vontade do titular, mas sim também de uma decisão heterônoma. De outro lado, a renúncia ao exercício de um direito fundamental é menos grave e jamais é definitiva, pois o titular continua na titularidade da posição jurídica e pode sempre, em tese, reassumir a plenitude da capacidade de exercício mediante revogação da renúncia.<sup>67</sup>

Ainda, a respeito do aspecto quantitativo do objeto da renúncia, há que se observar que a mesma pode ser total ou parcial, uma vez que é necessário saber,

---

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 273.

<sup>66</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 277.

<sup>67</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 278-283.



também para fins de controle da validade da renúncia, se a mesma abrange a titularidade ou o exercício do direito fundamental como ou todo ou se apenas a algumas das posições jurídicas subjetivas individuais que o integram.<sup>68</sup>

Estabelecidas tais premissas básicas acerca da renúncia, cabe agora perquirir acerca da admissibilidade da renúncia contratual a direitos fundamentais.

Conforme ensina Jorge Reis Novais, a titularidade de um direito fundamental confere ao indivíduo um feixe de posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais, que correspondem a um conjunto de pretensões, faculdades e poderes. Assim, a titularidade de qualquer direito fundamental envolve, *a priori*, o poder de disposição sobre as possibilidades de ação dele decorrentes, sobretudo sobre se o direito será efetivamente exercido ou não, quando e como. Logo, sustenta o autor, se como indivíduo, posso decidir livremente, via de regra, sobre o exercício ou não de um determinado direito fundamental de minha titularidade, também posso manifestar a intenção de não exercício e, em última análise, a vincular-me juridicamente, mediante renúncia, a não o exercer.<sup>69</sup>

Para Jorge Reis Novais, a possibilidade de renunciar a direitos fundamentais decorre da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual.<sup>70</sup> Há, portanto, um poder básico de disposição, no qual a vontade e a decisão individual do titular são juridicamente relevantes. Contudo, cabe ressaltar que disso não decorre que este poder seja incondicionado ou ilimitado, conforme será analisado adiante.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 283-285.

<sup>69</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 285-287.

<sup>70</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 287.

<sup>71</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 288.



A renúncia pode ser considerada também como uma forma de exercício do direito fundamental, uma vez que sua realização inclui a possibilidade de dispor do mesmo e inclusive de limitá-lo, desde que a renúncia seja uma expressão verdadeira do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade do titular. Acrescente-se a isso o fato de que, através da renúncia, o titular prossegue a realização de interesses e fins particulares que, de resto, certamente considera mais relevantes do que o exercício positivo do direito fundamental renunciado.<sup>72</sup>

Na mesma perspectiva, Pedro Augustin Adamy sustenta a dupla dimensão da renúncia a direitos fundamentais, entendida como exercício e como restrição de um direito fundamental:

Tal qual no não exercício impróprio, a renúncia representa uma forma de exercício do direito fundamental renunciado em conjunto com o direito fundamental à liberdade, a todos garantido. Por outro lado, a renúncia pode ser entendida, também, como uma forma de restrição autônoma, uma auto-restrição. Assim, ao renunciar a um direito fundamental, estará o titular exercendo o direito fundamental de duas formas variadas: a primeira como uma das possíveis formas de exercício daquele direito em conjunto com o seu direito de liberdade e a segunda como meio autônomo de restrição ou limitação do direito renunciado.<sup>73</sup>

Jorge Reis Novais defende a admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais, partindo da premissa de que a renúncia é também um exercício de direito fundamental, seja porque decorre do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, seja porque deriva de cada um dos direitos fundamentais em concreto, na medida em que no núcleo de cada um há uma dimensão de autodeterminação, consubstanciada em um poder de disposição sobre as faculdades que o compõem, tão amplo quanto possível.<sup>74</sup> Em outras palavras:

---

<sup>72</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 271.

<sup>73</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 49.

<sup>74</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 299.



Do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, decorre, também, o poder se auto-determinar, de dispor livremente das possibilidades de conformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental.<sup>75</sup>

Adiante, conclui o autor:

Sobre a admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais, diremos, sintetizando, que da análise das objeções correntemente invocadas não resulta qualquer impedimento genérico decisivo, pelo que, com base na caracterização do instituto como modalidade específica de exercício de direitos fundamentais, concluiremos pela sua admissibilidade *prima facie*.<sup>76</sup>

José Carlos Vieira de Andrade observa que os indivíduos, no uso de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e seu projeto de vida como lhes aprouver, bem como, ressalvados os limites da dignidade da pessoa humana, harmonizar e ajustar entre si os seus interesses, no exercício de sua liberdade negocial.<sup>77</sup> A partir de tal concepção, infere-se que o autor admite a renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, conforme se extrai do seguinte trecho:

Assim, por exemplo, nos casos de *renúncia* e, em geral, de *autorrestricção* do titular do direito fundamental, que são aqueles que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceitamos (pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos e a existência de uma vontade livre e esclarecida) que ela exclua a aplicação do preceito constitucional, mas, ainda aí, só se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objeto ou de não pessoa – nestes casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 327.

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 301.

<sup>77</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 258.

<sup>78</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 258.



No mesmo sentido, Ingo Sarlet reconhece a possibilidade de situações nas quais ocorra uma “autolimitação” de determinados direitos ou de dimensões dos direitos inerentes à personalidade, mas ressalva que deve sempre ser observada a própria dignidade da pessoa humana como limite da autonomia da vontade.<sup>79</sup>

Para Lucien Maurin, “não há nenhuma incompatibilidade entre o reconhecimento do caráter fundamental do direito em juízo e a possibilidade de renúncia contratual a este direito”.<sup>80</sup>

Do exposto, verifica-se que é admissível a renúncia contratual a direitos fundamentais, cujo fundamento reside na própria dignidade da pessoa humana e na liberdade de escolha como forma de desenvolvimento da personalidade. Ressalta-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que os direitos fundamentais não são absolutos ou irrestingíveis, conforme se denota do julgamento do MS 23.452/RJ. Contudo, tal liberdade não é ilimitada, razão pela qual se faz necessário examinar os pressupostos e requisitos de validade da renúncia contratual a direito fundamental.

### 3.2 Pressupostos e requisitos da renúncia

Pressuposto básico da renúncia contratual a direitos fundamentais é a existência de uma declaração de vontade dirigida e hábil a produzir o enfraquecimento de uma posição garantida por uma norma de direito fundamental, o que pressupõe que o renunciante seja o titular de tal posição e possa dispor da mesma.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

<sup>80</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 251.

<sup>81</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 302.



Jorge Reis Novais ensina que a renúncia se manifesta sob a forma de uma declaração de vontade unilateral e que pode surgir como prestação ou contraprestação de um contrato. Ainda, aduz o autor, que à renúncia no âmbito dos direitos fundamentais devem ser aplicadas as regras desenvolvidas no direito civil concernentes à forma de declaração da renúncia, caráter expresso ou tácito - embora sempre inequívoco e concludente - e necessidade de caráter receptício. Ressalva, contudo, que embora aplicáveis as regras de direito civil, não se deve perder de vista a especificidade dos interesses em questão na renúncia aos direitos fundamentais, bem como as possíveis situações de desigualdade nas quais se encontrem as partes.<sup>82</sup>

A declaração deverá ser expressa e inequívoca, de forma que não reste quaisquer dúvida acerca da intenção do titular no que se refere a sua vontade em renunciar ao direito fundamental,<sup>83</sup> razão pela qual a renúncia não se presume.<sup>84</sup> Lucien Maurin aponta que a aceitação deverá ser “esclarecida”, o que pressupõe que o contratante que renuncia a direito fundamental tenha suficiente informação acerca de tal circunstância, bem como que tome tal decisão tendo refletido sobre as consequências do seu ato.<sup>85</sup>

Para Lucien Maurin, por recair sobre direito fundamental, a renúncia contratual deve ter um motivo justificado, razão pela qual é necessário estabelecer e explicitar razões válidas, justos motivos que fundamentem a escolha de recorrer à renúncia para restringir voluntariamente a liberdade ou um direito fundamental de um dos contratantes.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 303-304.

<sup>83</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 65.

<sup>84</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 244.

<sup>85</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 267.

<sup>86</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 274.



Ainda, a cláusula contratual que contém uma restrição a direitos fundamentais deve ser plenamente integrada no contrato, despida de ambiguidades e claramente redigida, ou seja, deve ser acessível intelectualmente.<sup>87</sup>

O caráter voluntário da declaração também é pressuposto imprescindível da renúncia contratual a direitos fundamentais. Repisa-se que a declaração de vontade apenas é considerada válida caso emitida de forma consciente e voluntária. Quem renuncia deve estar em condições de avaliar e estar plenamente esclarecido acerca das consequências de seu ato. Tal decisão deverá ser livre de quaisquer constrangimento ou coação, a fim de que a renúncia efetivamente trate-se de um exercício de autonomia da vontade e não de uma restrição heterônoma inadmissível a direitos fundamentais. Acrescente-se, na esteira do que foi exposto no item 2.3, que uma renúncia só é voluntária e constitucionalmente legítima enquanto expressão e exercício da liberdade quando o indivíduo tem alternativas reais de escolha e comportamento.<sup>88</sup>

Jorge Reis Novais, no entanto, aponta que os problemas difíceis de solucionar surgem em uma zona fronteira, razão pela qual pode ser bastante difícil discernir entre o consentimento voluntário e o consentimento sob circunstâncias de desigualdade material ou dependência econômica. Dessa forma, para o autor, o critério de existência de alternativas reais de comportamento para o indivíduo possui apenas importância relativa, sobretudo porque nem sempre a situação de desigualdade, pressão ou dependência entre as partes implicará, por si só, na ausência de caráter involuntário, a invalidar a renúncia.<sup>89</sup> Defende, portanto, que o pressuposto da voluntariedade na decisão da renúncia deve ser valorado juntamente com um conjunto de fatores e que

---

<sup>87</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 270.

<sup>88</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 304.

<sup>89</sup> No mesmo sentido, MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 263. A autora menciona que não se pode afirmar que toda renúncia contratual, para ser válida, deve ser livre de constrangimentos - sobretudo os econômicos - e inclusive aponta que a jurisprudência europeia confirma tal constatação.



apenas se deve partir da presunção da ausência de consentimento voluntário nos casos em que da renúncia não resulta nenhuma vantagem ao renunciante, ou em que esse acabe em situação pior.<sup>90</sup>

Quanto aos requisitos da renúncia, Jorge Reis Novais destaca que “enquanto exercício de direitos fundamentais, a renúncia de um particular às suas posições protegidas por normas de direitos fundamentais não carece de previsão legal”.<sup>91</sup> Com efeito, esclarece, o problema da reserva de lei diz respeito à atividade da Administração Pública e não ao exercício individual de direitos fundamentais, o qual está sujeito apenas às exigências da Constituição. Assim, “a possibilidade de renunciar a posições de direitos fundamentais, desde que admissível, não necessita de fundamento legal habilitante, ela decorre diretamente da Constituição”.<sup>92</sup>

Também é requisito da renúncia a sua conformidade material aos princípios e regras constitucionais, sobretudo aos atinentes às restrições a direitos fundamentais. Logo, importará saber se os interesses e razões constitucionalmente relevantes a favor do não enfraquecimento da posição jurídica tutelada pela norma de direito fundamental são mais fortes que as razões, também de relevância constitucional, que decorrem dos interesses dos particulares, aliados ao interesse público inerente a qualquer restrição de direitos fundamentais.<sup>93</sup>

A ponderação de interesses é a técnica a ser empregada para aferição de tal resultado e para assegurar que a renúncia não afete o conteúdo essencial de liberdade ou

---

<sup>90</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 305-307.

<sup>91</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 314.

<sup>92</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 314.

<sup>93</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 320.



do direito fundamental em causa, razão pela qual será tratada em específico no próximo tópico.

### 3.3 Critérios para ponderação de interesses: controle da validade da renúncia

A doutrina majoritária sustenta que os problemas ligados à colisão de direitos fundamentais em geral e entre estes e a autonomia privada devem ser resolvidos por um processo de ponderação, que deverá sopesar os diferentes valores envolvidos.<sup>94</sup>

Sobre a técnica da ponderação, lição de Luís Roberto Barroso:

A ponderação de valores é técnica pela qual o interprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional.<sup>95</sup>

Uma vez que o poder de disposição individual sobre direitos fundamentais é fundado na própria titularidade de tal direito e, embora não se limite a tal dimensão, é também um exercício do direito fundamental em causa, ele assume, segundo Jorge Reis Novais, a natureza de princípio, característica dos direitos fundamentais. Assim, o poder de disposição tem a natureza de comando, a exigir uma realização tão otimizada quanto for possível, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas. Logo, numa

---

<sup>94</sup> Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 29; BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*. v. 21. 2001. p. 68; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 186; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 259 e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, cit., p. 203.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*. v. 21. 2001. p. 68.



técnica de ponderação de bens, deve ceder apenas quando houver disposições constitucionais ou princípios mais fortes, que exijam solução diversa.<sup>96</sup>

Há que se compreender, desde logo, que os critérios adiante elencados não são inequívocos ou absolutos, mas antes “instrumentos de fundamentação e racionalização de um processo global de ponderação entre razões e interesses contrários”,<sup>97</sup> que visam orientar o processo decisório em um caso concreto.

Jorge Reis Novais aponta que a disponibilidade do direito fundamental é um pressuposto de possibilidade da renúncia e, ao mesmo tempo, serve como critério orientador da ponderação.<sup>98</sup> Neste sentido, o indivíduo dispõe de seus direitos fundamentais e pode, nas suas relações entre particulares, restringi-los mais ou menos e, ao mesmo tempo, não tê-los disponíveis nas suas relações com o Estado.<sup>99</sup> Tal pressuposto estabelece que o poder de disposição será maior quando o direito fundamental tiver relação apenas com o indivíduo e será menos intenso quando a proteção de outros valores fundamentais relevantes ao interesse público estiverem subjacentes ao direito fundamental.<sup>100</sup>

No entanto, o critério do caráter pessoal ou social do direito fundamental em causa, isoladamente, não permite a solução da questão, pois não é a natureza abstrata do direito fundamental que determina a sua disponibilidade, mas sim o sopesamento dos interesses contrários que, apesar da disponibilidade, se projetam e confrontam na situação concreta da renúncia. Releva o grau de intensidade com o qual, no caso

---

<sup>96</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 291.

<sup>97</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 321.

<sup>98</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 322.

<sup>99</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 80.

<sup>100</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 82-83.



concreto, são essencialmente afetados interesses públicos ou interesses predominantemente pessoais.<sup>101</sup>

Jorge Reis Novais elenca a dignidade da pessoa humana como critério orientador do processo de ponderação sobre a validade da renúncia<sup>102</sup> e não como limite condicionante de tal validade, como o faz Pedro Adamy.<sup>103</sup> As razões para tal posicionamento, indica o autor, residem na influência do consentimento do lesado, no sentido de que o consentimento pode eventualmente relativizar o caráter atentatório à dignidade humana da renúncia.<sup>104</sup> Para o autor, há que se observar que “o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca da sua dignidade”.<sup>105</sup>

A respeito do preenchimento do conceito de dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet ressalta a dificuldade de conceitua-la de forma clara, complexidade que decorre principalmente do fato de se tratar de conceito de contornos vagos e imprecisos, naturalmente polissêmico.<sup>106</sup> Assim, aponta que a dignidade da pessoa humana deverá ser compreendida como um conceito aberto e em constante concretização e desenvolvimento.<sup>107</sup> Não obstante, apresenta a seguinte definição, a qual é adotada neste trabalho:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo

---

<sup>101</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 324.

<sup>102</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 326.

<sup>103</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 148.

<sup>104</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 326.

<sup>105</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 328.

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48-49.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50-51.



respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>108</sup>

Jorge Reis Novais sustenta que, atualmente, busca-se “privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida”.<sup>109</sup> Todavia, tal autonomia não é ilimitada, razão pela qual deverão ser reputadas por ilegítimas e inválidas renúncias a direitos fundamentais que importem em limitação demasiada ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, como, por exemplo, as que acarretem degradação da pessoa a nível de objeto, lhe tolham as possibilidades futuras de autodeterminação ou a tornem um objeto à mercê do poder da contraparte.<sup>110</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, não dispensa o recurso a outros critérios e à valoração das circunstâncias do caso concreto. O ponto nodal é saber em que medida o exercício da liberdade obstaculiza as condições de autodeterminação futura e livre desenvolvimento da personalidade, o que não pode ser feito sem que se considerem todos os aspectos e circunstâncias do caso concreto.<sup>111</sup>

A renúncia contratual a direitos fundamentais deve observar também o núcleo essencial dos mesmos. Na classificação de Ingo Sarlet, a garantia do núcleo essencial,

---

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

<sup>109</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 328.

<sup>110</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 330.

<sup>111</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 327.



bem como a proporcionalidade e a razoabilidade, são considerados limites aos limites dos direitos fundamentais, os quais funcionam como barreiras às restrições dos direitos fundamentais, razão pela qual são considerados garantes dos mesmos.<sup>112</sup>

Segundo Ingo Sarlet, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde à parcela do conteúdo de um direito sem a qual o mesmo perde a sua mínima eficácia e deixa, assim, de ser cognoscível como direito fundamental. A limitação de um direito fundamental não pode destitui-lo de um mínimo de eficácia, de forma que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais, correspondentes a posições mínimas indisponíveis às intervenções, tanto do poder estatal quanto dos particulares.<sup>113</sup>

A definição do conteúdo essencial de um direito fundamental dificilmente pode ser feita em abstrato, razão pela qual Virgílio Afonso da Silva sustenta que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser definido levando em conta os diversos fatores envolvidos, tais como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna).<sup>114</sup>

Importante ressaltar ainda, conforme ensina Ingo Sarlet, que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se identifica, necessariamente, com a dignidade da pessoa humana, pois nem todos os direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988 apresentam um conteúdo em dignidade, embora todos possuam um núcleo essencial.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 413.

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 420.

<sup>114</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 206.

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 152.



A proporcionalidade é um dos principais critérios a serem empregados no método de ponderação,<sup>116</sup> razão pela qual deve ser observado em todas as restrições a direitos fundamentais. Para Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e consiste num “instrumento metódico” de controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua aplicação a atos de sujeitos privados.<sup>117</sup>

A proporcionalidade “depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável”<sup>118</sup> e se aplica “sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”<sup>119</sup>, situações nas quais se enquadram grande parte dos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito privado.

Lucien Maurin sustenta que o reconhecimento do valor fundamental da liberdade contratual não acarreta um regime de proteção absoluta e defende também o emprego da ponderação por meio do recurso à proporcionalidade, que permite justificar as restrições à liberdade contratual nas situações em que esta deva ceder em face de exigências imperativas ou de uma outra liberdade fundamental.<sup>120</sup>

No que interessa ao tema em estudo, releva a análise do princípio da proporcionalidade em sua dimensão de critério de controle da validade da restrição a direitos fundamentais.

---

<sup>116</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 519.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 414.

<sup>118</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 162.

<sup>119</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 162.

<sup>120</sup> MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013. p. 135.



Assim, deverão ser observados os três elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, quais sejam; adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>121</sup> Conforme Ingo Sarlet, a adequação corresponde ao controle da viabilidade de se alcançar o fim desejado através de determinado meio escolhido, por sua vez, o teste da necessidade impõe que se opte pelo meio restritivo menos gravoso ao direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas: análise da igualdade de adequação dos meios, a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim e exame do meio menos restritivo, para verificar se os meios alternativos restringem menos os direitos fundamentais afetados. A proporcionalidade em sentido estrito exige um equilíbrio, no sentido de proporção entre os meios utilizados e os fins perseguidos, no sentido de razoabilidade ou justa medida, uma vez que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.<sup>122</sup>

Dessa forma, é necessário que, nas situações de restrição contratual a direitos fundamentais, se busque uma solução razoável, que concilie os interesses particulares, sem, ao mesmo tempo, descuidar da proteção e da eficácia dos direitos fundamentais.

#### 4. CONCLUSÃO

Não é a intenção, nesta conclusão, a retomada resumida dos pontos abordados no artigo, razão pela qual, a fim de evitar tautologia, opta-se por destacar o que se julga ser o essencial dos resultados obtidos na pesquisa.

O Direito Privado teve importantes transformações em sua dogmática a partir do influxo dos valores sociais e dirigistas consagrados na Constituição de 1988. Não há

---

<sup>121</sup> Vide ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed alemã. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 144 et seq.

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 416.



mais como conceber o Direito Privado de forma apartada da Constituição e tampouco como um espaço livre da incidência dos direitos fundamentais. Neste sentido, o contrato, um dos pilares do Direito Privado e mais difundido instrumento de circulação de riquezas e fonte de obrigações, também ganhou novos contornos sob a influência dos direitos fundamentais.

Conquanto a liberdade e a autonomia individual sejam direitos fundamentais implicitamente consagrados na Constituição, há que se observar que, antes de mais nada, é necessário garantir ao indivíduo condições básicas existenciais, a fim de que este possa usufruir efetivamente de todas as potencialidades de sua autonomia privada e, em última análise, de sua liberdade.

A renúncia contratual a direitos fundamentais é admissível e seu fundamento decorre da própria dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha como forma de desenvolvimento da personalidade. Contudo, tal liberdade não é ilimitada, razão pela qual, para que seja válida, necessário que a renúncia observe determinados requisitos e pressupostos.

Sobretudo, a renúncia contratual a direitos fundamentais, para que seja válida, não deve afrontar ou esvaziar a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial do direito fundamental em questão, uma vez que a limitação de um direito fundamental, ainda que decorra de um ato de autonomia privada, não pode usurpar o direito fundamental de um mínimo de eficácia e deixar o indivíduo à margem da dignidade da pessoa humana. Sabe-se se tal questão guarda grande controvérsia e, embora tal posicionamento possa receber críticas que o qualifiquem como paternalista, entende-se que, principalmente em um país periférico e com tantas desigualdades sociais e deficiências educacionais e nos mais diversos níveis como o Brasil, é salutar que se forme uma cultura e consciência de proteção e preservação dos direitos fundamentais.

Longe de pretender esgotar o tema da renúncia contratual a direitos fundamentais – há muito a desenvolver sobre o assunto, cujos trabalhos doutrinários



específicos no Brasil, como se disse, ainda são incipientes –, acredita-se que, assim, se possa buscar um rumo inicial com vista a uma solução para o tema em questão que harmonize a autonomia privada e a proteção dos direitos fundamentais.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed alemã. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*. v. 21. 2001.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro*, v. 240, abr./jun. 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, 1999.

**E-Civitas - Revista Científica do Cursos de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.**

**Volume IX, número 1, julho de 2016 - ISSN: 1984-2716 - [ecivitas@unibh.br](mailto:ecivitas@unibh.br)**

**Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>**



MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. In: *Direito Público Porto Alegre*, v.4, n.13, p.121-133, jul./set. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 176-187, mai-ago. 2015.

ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**E-Civitas - Revista Científica do Cursos de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.**

**Volume IX, número 1, julho de 2016 - ISSN: 1984-2716 - [ecivitas@unibh.br](mailto:ecivitas@unibh.br)**

**Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>**



\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.