

A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A AUTONOMIA PRIVADA: UM ESTUDO DA DECISÃO DO RE Nº 201.819-8/RJ

THE BALANCING OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AGAINST PRIVATE AUTONOMY: A
STUDY OF THE DECISION OF THE RE Nº 201.819-8/RJ



Recebimento em 07/03/2023
Aceito em 02/05/2023

Guilherme Barcelos Machado Lopes¹

<http://orcid.org/0000-0001-9455-5557>

guilhermelopes65@hotmail.com

RESUMO

Um dos problemas centrais que se coloca para as teorias que procuram explicar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas diz respeito à relação destes direitos com o princípio da autonomia privada. Diferentes propostas teóricas de solução para esse problema podem ser encontradas na doutrina. Assim, o presente estudo tem por objetivo parcial, primeiramente, examinar criticamente algumas dessas propostas a nível teórico, a fim de extrair delas a solução que se revele mais consistente. Em seguida, essa solução será contrastada com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 201.819-8/RJ, no qual a Corte acolheu a tese de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de direito privado. O objetivo final é, portanto, avaliar se o modelo proposto se confirma nos argumentos dessa decisão, oferecendo para estes uma reconstrução adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; autonomia privada; ponderação.

ABSTRACT

One of the main problems concerning the theories that try to explain the effects of constitutional rights on private relationships is the relationship between such rights and the principle of private autonomy. Different attempts to solve this problem, on a theoretical level, may be found in legal doctrine. Thus, the present paper aims, as a first and partial target, to critically examine some of these attempts, still on a theoretical level, in order to obtain a more consistent solution. Afterwards, this solution will be tested against the decision of the Brazilian Supreme Federal Court within the

¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



RE nº 201.819-8/RJ, in which the Court accepted the thesis of direct applicability of constitutional rights upon private relationships. The main objective is, thus, to evaluate if the proposed model can be confirmed by the main arguments used in that decision, therefore offering an adequate reconstruction of such arguments.

KEYWORDS: Constitutional rights; private autonomy; balancing.

1 INTRODUÇÃO

A assim chamada “constitucionalização do Direito” tem como resultado uma influência mais decisiva da Constituição sobre toda a vida jurídica do país e, via de consequência, também sobre as relações de direito privado.

Nesse cenário, uma das indagações colocadas diz respeito à forma pela qual os direitos fundamentais se fariam observar nas relações entre particulares, o que, por sua vez, equivale à indagação pela natureza da vinculação dos sujeitos privados àqueles direitos.

Um aspecto que torna desafiador para a doutrina responder a essas indagações está relacionado ao papel que a autonomia privada desempenha nas relações de direito privado. Conciliar aquele princípio com a possibilidade de uma aplicação direta de normas de direitos fundamentais na seara privada é problema que suscita diferentes tentativas de solução. Na primeira seção que se segue, serão consideradas duas tentativas de solução propostas por estudiosos da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. Trata-se, respectivamente, das propostas de Daniel Sarmiento e Wilson Steinmetz.

Em seguida, será examinada a crítica que Virgílio Afonso da Silva, também em obra dedicada ao tema, apresentou aos dois primeiros autores. Por meio dessa investigação a nível teórico-doutrinário contrastando os pontos de vista dos três autores mencionados, se buscará determinar qual a abordagem mais consistente para o problema.

Feito isso, se tomará então como objeto de estudo, desde uma perspectiva privilegiada, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE nº 201.819-8/RJ. Tal decisão, ao acolher a tese de eficácia direta dos direitos fundamentais em relações privadas, se mostra particularmente relevante para testar, a nível prático-empírico, a proposta a ser aqui elaborada em nível teórico.

Assim, proceder-se-á a um contraste entre o modelo a ser proposto e a argumentação desenvolvida na decisão do RE nº 201.819-8/RJ, com o fito de concluir se esta confirma ou não aquele.



As conclusões dessa investigação serão, então, apresentadas de forma resumida na seção final.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* AUTONOMIA PRIVADA: DELINEAMENTOS GERAIS DA PROBLEMÁTICA

Ao se considerar o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma das dificuldades que se coloca consiste no problema da harmonização daqueles direitos (e das exigências que lhes são intrínsecas) com a esfera de autonomia conferida aos indivíduos para a disciplina de suas relações jurídico-privadas.

Afinal, muitas das relações que se estabelecem em âmbito privado parecem depender da possibilidade de renúncia ou suspensão da eficácia de certos direitos que, na esfera das relações com o aparato estatal, não poderiam ser desconsiderados da mesma maneira. O direito à igualdade/isonomia fornece um exemplo eloquente: exigir a sua observância em âmbito privado parece contrariar, por exemplo, a possibilidade de se favorecer um herdeiro, em detrimento dos demais, através de testamento. Os direitos à honra e à imagem, por sua vez, parecem ir de encontro à possibilidade de se dispor deles contratualmente – por exemplo, quando indivíduos aceitam as condições para participar de *reality shows*, ou quando aceitam vincular a própria imagem a determinada marca, etc. O mesmo se pode dizer do direito à livre manifestação do pensamento: juridicamente, parece fora de dúvida a possibilidade de que certas organizações estabeleçam para os associados algumas vedações com respeito ao que aqueles podem ou não expressar publicamente. A punição de um sócio que desabone publicamente a respectiva sociedade empresária, contanto que aplicada em conformidade com o respectivo regime estatutário, não parece, no geral, juridicamente problemática. E também se aceita a renúncia do acesso à jurisdição através da convenção de arbitragem (respeitados os requisitos legais).

Observações e exemplos semelhantes aos apresentados acima figuram entre as razões que levam parte da doutrina a encarar com relutância a possibilidade de uma incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos de direito privado. Essa relutância consubstancia as abordagens teóricas que procuram explicar de outra forma a relação entre direitos fundamentais e direito privado, abordagens estas que vão desde a recusa total de qualquer influência daqueles sobre este, passando por matizações mais moderadas, como as chamadas teorias da eficácia indireta e da *state action* (SILVA, 2014, p. 75-86; 98-106).

Aos defensores dessas teorias é, pelo menos em algum grau, comum a percepção de que uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais aniquilaria o âmbito de



autonomia que o direito privado pressupõe, o que traria como resultado inelutável a própria aniquilação de qualquer independência do direito privado ante o direito público (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 112-113). Tal entendimento pode, grosso modo, ser reconstruído pela seguinte sequência de premissas e conclusão: (1) uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais imporia a observância destes em todas as condutas e relações jurídicas relevantes; (2) tal observância generalizada constrangeria estreitamente todo ato e relação jurídica de caráter privado, cuja juridicidade dependeria então de uma justificação integral apenas do ponto de vista dos direitos fundamentais aplicáveis e diversos da própria autonomia privada; (3) uma dependência de justificação integral do ponto de vista dos direitos fundamentais diversos da autonomia privada é característica da maneira como o Estado atua e se relaciona com aos cidadãos; logo, de (1), (2) e (3), se seguiria que: (4) uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais faria desaparecer os contornos que diferenciam as relações jurídico-privadas das relações de direito público.

O problema desse argumento está na pressuposição, na segunda premissa, de que uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais teria de ser estreita, isto é, tão intensa quanto é a vinculação estatal. Essa pressuposição ignora o fato de que a própria autonomia privada é um direito fundamental do qual o Estado não é titular e, exatamente por isso, teria de receber a devida consideração ao se aplicar diretamente direitos fundamentais em relações privadas. Dessa forma, poderia muito bem se sustentar que, nas relações jurídico-privadas, o acréscimo deste último ingrediente, faltante quando se pensa na vinculação estatal, produz como resultado uma vinculação com contornos menos rígidos para os entes de direito privado.

Com isso, no entanto, coloca-se para o partidário da tese de aplicabilidade direta o ônus de apresentar os contornos teórico-doutrinários da relação entre autonomia privada e os demais direitos fundamentais, de uma forma que seja capaz de justificar os diferentes graus de vinculação, não apenas entre entes particulares e o aparato estatal, como também entre as diferentes formas de relação jurídico-privadas.

A seguir, examinaremos algumas elaborações doutrinárias desse tipo.

3 AS DOUTRINAS DE DANIEL SARMENTO E WILSON STEINMETZ

Atribui-se ao jurista alemão Hans Carl Nipperdey a formulação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (ALEXY, 2015, p. 529-530; SARMENTO; SILVA; 2014, p. 86-91; STEINMETZ, 2004). A proposta daquele autor consiste em atribuir à autonomia privada um grau de deferência na ordem inversa dos graus de desigualdade



real e/ou jurídica de uma relação jurídica entre particulares. É dizer: para Nipperdey quanto maior a desigualdade entre as partes de uma relação de direito privado, maior deverá ser o grau de proteção conferido aos direitos fundamentais do elo mais frágil dessa relação (NIPPERDEY, 2012, p. 63). Posições desse tipo se sustentam na plausibilidade da tese de que indivíduos em condições de vulnerabilidade não estão, no geral, em posição de fazer escolhas genuinamente autônomas, ao menos não com o mesmo grau de autonomia possuído por indivíduos que não se encontram em semelhantes condições.

Na doutrina brasileira, a posição defendida por Nipperdey ecoa na forma como Daniel Sarmento procura solucionar o problema da relação entre autonomia privada e direitos fundamentais. A esse respeito, Sarmento assinala que "um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos" (NIPPERDEY, 2004, p. 303). Inclusive, o citado autor justifica sua posição em termos bastante semelhantes aos esboçados acima, ao argumentar que:

[...] a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada (NIPPERDEY, 2004, p. 304).

Dessa forma, a posição de Sarmento pode ser entendida no sentido de que o peso da autonomia privada, em circunstâncias em que se questiona a violação a algum direito fundamental das partes numa relação de direito privado, deve ser estabelecido em conformidade com o grau de vulnerabilidade dos envolvidos. Em havendo elevado grau de vulnerabilidade, decresce o peso atribuído à autonomia privada e, conseqüentemente, se eleva, ao menos em termos relativos, o grau de importância dos demais direitos fundamentais pertinentes às circunstâncias do caso.

Significa dizer, portanto, que a aplicabilidade direta de direitos fundamentais, em sobreposição à autonomia privada, dependeria de uma ponderação que fosse capaz de estabelecer a precedência daqueles sob as condições do caso, sendo particularmente relevante, nesse tipo de situação, aferir o grau de desigualdade entre as partes da relação jurídica, eis que se trata de fator determinante para o peso a ser atribuído à autonomia privada.



Além disso, Sarmento oferece uma segunda diretriz para esse tipo de ponderação, desta vez relacionada ao outro lado da balança. Vale dizer: trata-se de orientação geral para o peso a ser atribuído aos direitos fundamentais que estejam em rota de colisão com a autonomia privada. Assim, para o citado autor, deve-se aferir a essencialidade, para a vida humana, dos bens jurídicos envolvidos numa relação de direito privado.

Quanto mais essenciais esses bens jurídicos, maior deve ser o peso atribuído aos direitos fundamentais correlatos na ponderação a ser realizada. E, em sentido inverso, "quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção à autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto" (SARMENTO, 2004, p. 309).

Essa segunda diretriz se sujeita, no entanto, à seguinte matização: sua observância deve ser mais rigorosa em relações de natureza econômica, mas, para questões ditas “existenciais”, a proteção à autonomia privada deve ser priorizada, mesmo em se tratando de conflito com bens de cunho essencial. Isso se deve ao fato de que, ainda segundo Sarmento, uma restrição à liberdade contratual é mais justificável do que uma restrição incidente sobre liberdades respeitantes às opções fundamentais e projetos de vida de cada um (SARMENTO, 2004, p. 308).

A proposta de se incorporar a autonomia privada como elemento de uma ponderação com outros direitos fundamentais também está presente na abordagem de Wilson Steinmetz, mas com diferenças que merecem aqui alguma atenção. Dado um caso de violação aparente a direitos fundamentais numa relação de direito privado, Steinmetz defende que se aplique o teste de proporcionalidade em suas três máximas parciais. Ter-se-ia, então, que: (1) determinar se uma restrição contratual a direitos fundamentais possui uma relação meio-fim com propósitos constitucionalmente legítimos; (2) em seguida, aferir se tal restrição é necessária, vale dizer, se não é possível atingir o mesmo fim por meio menos restritivo aos direitos fundamentais implicados; e (3) satisfeitas as duas primeiras máximas parciais, submeter os direitos fundamentais implicados e a autonomia privada a uma ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) (STEINMETZ, 2004, p. 218-220).

Além disso, Steinmetz fornece quatro balizamentos gerais para a ponderação da autonomia privada com outros direitos fundamentais. São eles: (1) para relações entre contratantes em condições de igualdade material, direitos fundamentais de conteúdo pessoal têm precedência sobre a autonomia privada; (2) para relações entre contratantes em condições de desigualdade material, com ainda mais razão, aqueles direitos também teriam precedência sobre o princípio de autonomia; (3) para relações entre contratantes em condições de igualdade material, a autonomia privada tem



precedência sobre direitos fundamentais com conteúdo patrimonial; (4) para relações entre contratantes em condições de desigualdade material, direitos fundamentais com conteúdo patrimonial têm precedência sobre o princípio de autonomia (STEINMETZ, 2004, p. 224).

Resumidamente, portanto, as diferenças nas posições dos dois autores enfocados na presente seção podem ser assim apresentadas: diante de uma situação de conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, Sarmiento propõe que se proceda diretamente a uma ponderação, observadas as duas diretrizes mencionadas mais acima. Por sua vez, Steinmetz propõe que se realize integralmente o teste de proporcionalidade, passando-se, assim, pelas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesta última etapa, deveriam ainda ser observadas as quatro balizas gerais propostas pelo segundo autor.

4 AS CRÍTICAS DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

As duas abordagens analisadas na seção anterior são criticadas por Virgílio Afonso da Silva. No que toca ao uso do teste de proporcionalidade para resolução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada, o autor em comento considera ser insustentável a aplicação das máximas parciais de adequação e necessidade nas relações entre particulares. Com efeito, em objeção ao uso da máxima de adequação, ele assinala o seguinte:

Ao contrário do que ocorre com as medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, que, em geral, somente são legítimas quando pretendem, pela via da limitação a um direito fundamental, fomentar *outro direito fundamental* ou um interesse coletivo, nas relações entre particulares isso não é exigido. Assim é que, na relação que se toma aqui como exemplo [participação de indivíduos em *reality shows*], a finalidade perseguida é, do lado da rede de televisão, um aumento de sua audiência por meio da exposição da privacidade dos participantes e, do lado dos participantes, a exposição na mídia e o possível prêmio oferecido aos vencedores daqueles *shows*. Steinmetz salienta que toda e qualquer restrição a direito fundamental – incluindo-se aí aquelas decorrentes de atos de particulares – deve estar vinculada a uma finalidade constitucionalmente legítima. O grande problema, neste ponto, é definir e aquilo que é legítimo para o Estado é também legítimo para o particular e vice-versa. Não parece ser o caso, pelo que acabou de ser exposto (SILVA, 2014, p. 162-163)

Analogamente, o supracitado autor argumenta que o próprio conteúdo da parcial de necessidade comprometeria em demasia, a ponto de quase anulá-la, a esfera da autonomia privada. E isso pela seguinte razão: a máxima de necessidade exige que os fins fomentados por uma restrição a direitos fundamentais não possam ser atingidos, em igual intensidade, por medida



menos restritiva. Transpondo-se essa exigência para o domínio das relações entre particulares, ter-se-ia como resultado a impossibilidade de os sujeitos de direito privado escolherem, dentre os meios disponíveis para realização de um fim, aquele que se lhes apresente como mais interessante segundo critérios de conveniência. Todos aqueles meios que não fossem estritamente necessários, nos termos da segunda parcial, para o fomento de direitos fundamentais, ficariam fora da órbita de alternativas disponíveis (SILVA, 2014, p. 163-164).

Parece-nos procedentes as duas críticas expostas acima. Menos convincente, contudo, é a crítica que Virgílio Afonso da Silva apresenta contra a proposta de Daniel Sarmento. As objeções apresentadas a este segundo autor se devem à relutância de Virgílio Afonso da Silva quanto à possibilidade de se realizar ponderações entre princípios formais e materiais. E, uma vez que a autonomia privada é concebida por ele como um princípio formal – com o que não discordamos –, a possibilidade de se ponderá-la com outros direitos fundamentais é posta em causa (SILVA, 2014, p. 152-153) – com o que discordamos. Para aprofundamento da discussão, é conveniente reproduzir a argumentação do autor a respeito do tema:

Como visto anteriormente, em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípios, vale a chamada *lei de colisão*, que tem a seguinte redação: “quando maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide”.

O raciocínio expresso pela lei de colisão é fundamental em um sopesamento e seu caráter bilateral fica claro por meio do enunciado da lei: em termos menos técnicos, o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha do outro. Ocorre que esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, ou seja, na relação autonomia privada/direitos fundamentais atingidos. Nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão.

Como se percebe pela redação da chamada lei de colisão, toda e qualquer decisão no sopesamento entre direitos fundamentais tem que levar em consideração os dois lados. Não é suficiente saber, por exemplo, que a importância da realização de um princípio é pequena, pois é necessário verificar se o grau de restrição do princípio colidente também não foi pequeno. Da mesma forma, não é suficiente, para se declarar, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental, que se argumente que essa restrição foi de grande intensidade. É preciso verificar, para se chegar a qualquer conclusão, se a importância da realização do outro princípio não justificava essa restrição. Quando se analisam, contudo, as tentativas de transportar esse raciocínio para as relações entre particulares, percebe-se rapidamente que ele não se encaixa. Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição do direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia



privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – *não é, contudo, um sopesamento* (SILVA, 2014, p. 154-155).

A esse argumento podem ser apresentadas duas críticas. Primeiro, não está claro que uma ponderação entre autonomia privada e princípios materiais de direito fundamental não possa se submeter à bilateralidade do raciocínio proposto por Virgílio Afonso da Silva. Explica-se: a assertiva de que, no geral, o que se faz em tais conflitos “é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado” não exclui a possibilidade de que à definição dessas situações subjazam raciocínios de tipo ponderativo. Considere-se o exemplo da desigualdade material entre contratantes privados: se se admite, nessas condições, uma maior restrição à autonomia privada, isso poderia ser explicado como decorrente de uma maior importância, sob essas mesmas condições, da realização dos princípios de direito fundamental contrapostos. Aquilo que se perde em termos de garantia da autonomia privada teria, assim, de ser ganho em termos de importância na proteção dos direitos fundamentais colidentes. Inversamente, em situações de igualdade material, ao acréscimo em termos de proteção à autonomia privada corresponderia um decréscimo em termos de importância dos demais direitos fundamentais. Assim, se condições de igualdade/desigualdade material são concebidas como diretrizes gerais aplicáveis à colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada, se poderia argumentar que isso se deve ao fato de que variações naquelas condições deslocam, a um só tempo, tanto o grau de restrição que se considera aceitável para o(s) princípio preterido(s), quanto o grau de importância do(s) princípio(s) preferido(s). A bilateralidade, tal como a exige o autor em comento, ficaria preservada.

A segunda crítica consiste no fato de que, a nosso ver, uma bilateralidade nos termos propostos por Virgílio Afonso da Silva não é essencial para que se possa realizar uma ponderação. Não se nega aqui que a ponderação seja bilateral, mas essa bilateralidade pode ser concebida consistentemente apenas em termos de uma relação entre as variáveis que fixam o peso concreto dos princípios colidentes. E, nesse caso, não é necessário admitir que toda circunstância relevante à ponderação deva afetar, em medidas inversamente correspondentes, o grau de restrição e o grau de importância de realização dos princípios em sopesamento.

Isso pode ser esclarecido atentando-se para a forma como a lei de colisão e a fórmula do peso se relacionam na teoria de Alexy. Com efeito, este autor apresenta a seguinte formulação para a lei de colisão:



Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ (ALEXY, 2015, p. 99).

A fórmula do peso (FP) tem, então, o propósito de justificar a afirmação isolada do antecedente da lei de colisão. Uma das versões apresentadas por Alexy (2003, p. 446) para essa fórmula é a seguinte:

$$(FP) W_{ij} = (I_i \cdot W_i \cdot R_i) / (I_j \cdot W_j \cdot R_j)$$

De acordo com tal fórmula, o peso concreto de um princípio P_i , nas circunstâncias de um caso em que ele colide com um princípio P_j , peso este simbolizado na fórmula por W_{ij} , seria dado pela razão de $I_i \cdot W_i \cdot R_i$ por $I_j \cdot W_j \cdot R_j$. Essas variáveis seriam interpretadas da seguinte maneira: I_i corresponderia ao grau de intervenção sobre o princípio P_i , I_j corresponderia ao grau de importância de satisfação do princípio P_j , W_i e W_j seriam, respectivamente, as importâncias abstratas de P_i e P_j , e R_i e R_j seriam as variáveis epistêmicas correspondentes, respectivamente, aos graus de confiabilidade das premissas que justificam a atribuição de valores a I_i e I_j . Os valores para substituição das duas primeiras variáveis de cada componente da divisão seriam dados por uma escala triádica composta por: “l” (leve), “m” (moderado), e “s” (severo), que corresponderiam, respectivamente, aos termos da progressão geométrica: 2^0 , 2^1 e 2^2 . As variáveis epistêmicas teriam seus valores fixados pela escala triádica composta por: “e” (não evidentemente falso), “p” (plausível), e “r” (*reliable*, ou confiável), que corresponderiam, respectivamente, aos termos da progressão: 2^{-2} , 2^{-1} , 2^0 (ALEXY, 2003, p. 447). Assim, se $W_{ij} > 1$, então o princípio P_i teria precedência sobre o princípio P_j , se $W_{ij} < 1$, então o princípio P_j teria precedência sobre o princípio P_i , e se $W_{ij} = 1$, então os dois princípios teriam peso concreto de valor igual, de tal sorte que o caso apresentaria um impasse (ALEXY, 2003, p. 444-445).

Examinando-se os componentes da fórmula do peso, pode-se conceber sem dificuldades que certas circunstâncias fáticas influenciem no valor atribuído às variáveis de um determinado princípio, sem que isso necessariamente reflita numa influência inversa nos valores atribuídos às variáveis do princípio colidente. Por exemplo: pode-se admitir que certas circunstâncias aumentem o grau de confiabilidade das premissas que justificam que um princípio sofrerá restrição moderada, sem que necessariamente aquelas circunstâncias diminuam a confiabilidade das premissas que justificam o grau de importância de satisfação atribuído ao princípio colidente. Significa dizer que os valores das variáveis epistêmicas R_i e R_j são independentes, ao menos na medida em que sejam



também independentes as premissas que justificam os valores de I_i e I_j . Considerações análogas se aplicam a estas variáveis: pode-se admitir que certas circunstâncias aumentem ou diminuam o grau de restrição a um princípio, sem que isso implique num aumento do grau de importância da realização do princípio contraposto.

O que assegura que a ponderação normalmente tenha o tipo de bilateralidade descrita por Virgílio Afonso da Silva é o fato de essa técnica ser mais frequentemente utilizada em relações envolvendo o Estado e, portanto, como terceiro momento do teste de proporcionalidade, o qual, como visto, encerra, em sua segunda etapa, a máxima de necessidade. É esta, e não a ponderação em si, que exclui a possibilidade de um aumento no grau de restrição de um princípio, sem ganho correspondente no grau de importância na realização do outro. Mas viu-se que, e nisto o próprio autor em comento está de acordo, as parciais de adequação e necessidade não se aplicam em se tratando de relações entre particulares. Daí se poder concluir que, quando se trata de realizar ponderações entre princípios para resolver conflitos entre particulares, não se verifica necessariamente o tipo bilateralidade apontado por Virgílio Afonso da Silva.

Ainda assim, preserva-se, como se afirmou acima, outro tipo de bilateralidade, que subsiste em razão do fato de o peso concreto do princípio P_i ser, na fórmula do peso, fixado pela razão do produto dos valores das variáveis de P_i com o produto dos valores das variáveis do princípio colidente P_j , de tal sorte que qualquer aumento no valor das variáveis deste princípio fará o peso concreto de P_i se aproximar de 0. Em suma, o peso concreto de um princípio não deixa de ser fixado em função do princípio colidente.

Além desses pontos, é pertinente observar que a ponderação entre princípios formais e materiais não apenas é concebível, como dificilmente se poderia compreender o papel dos princípios formais sem se admitir tal possibilidade. De fato, Alexy (2014, p. 516) reconhece expressamente esse tipo de ponderação. E, a se admitir que os princípios formais garantem esferas ou âmbitos de competência para decisões, seria difícil explicar, do ponto de vista da teoria dos princípios, como isso poderia ser alcançado, senão limitando o alcance dos princípios materiais. Tal limitação, por sua vez, só se poderia justificar em razão da precedência condicionada dos princípios formais em determinados casos. Seguir-se-ia, então, para utilizarmos a terminologia adotada por Canotilho (2004, p. 198-199), que os direitos fundamentais, conquanto possuindo âmbitos de proteção que abrigam, em alguns casos, relações de direito privado, não ensejariam, nessas relações, âmbitos de garantia efetiva com a mesma abrangência que ocorre nas relações com o Estado. O que explicaria essa diferença entre âmbitos de garantia efetiva nas relações de



direito público e de direito privado seria, precisamente, a interveniência do princípio de autonomia no segundo caso.

Chega-se, com isso, a uma explicação satisfatória para o grau de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: diferentemente do Estado, em favor do qual não se aplica o princípio de autonomia privada, os particulares têm suas decisões resguardadas, ao menos *prima facie*, por esse princípio formal. Dessa forma, uma ponderação que, envolvendo o Estado, resultaria numa rejeição a determinada restrição a direitos fundamentais, poderia ter resultado completamente diferente numa relação entre particulares, mantidas as demais condições, pois que o peso atribuído à autonomia privada poderia ser decisivo para inverter a relação de precedência entre os princípios colidentes.

De um ponto de vista metodológico, propõe-se, então, como abordagem mais consistente, uma solução intermediária. Dá-se aqui razão a Virgílio Afonso da Silva em sua rejeição quanto à aplicação das máximas de adequação e necessidade para resolver conflitos atinentes às relações privadas. Contudo, rejeita-se as críticas do citado autor quanto à possibilidade de se ponderar entre princípios de direito fundamental e o princípio de autonomia privada: esse procedimento é não apenas legítimo, como também fornece a condição sob a qual o princípio de autonomia pode estabelecer âmbitos de competência para decisão. A identificação de diretrizes gerais que permitam orientar tal tipo de ponderação, levando em conta, por exemplo, a igualdade das partes numa relação contratual, tal como sugerido por Daniel Sarmento, pode-se facilmente conciliar com o que aqui se propõe.

A seguir, procuraremos contrastar a abordagem defendida, construída a partir de análise teórico-doutrinária, com a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal na esfera do RE nº 201.819-8/RJ, a fim de verificar se a solução proposta pode servir de modelo explicativo para os argumentos da decisão.

5 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ESFERA DO RE Nº 201.819-8/RJ

No julgamento do RE nº 201.819-8/RJ, o Supremo Tribunal Federal acolheu expressamente a chamada eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O caso em questão envolvia a exclusão de membro de uma associação de músicos, impugnada judicialmente em virtude da inobservância da ampla defesa e do contraditório, e, consequentemente, do devido processo legal.



A relatora, então Ministra Ellen Gracie, votou pelo provimento do recurso, para o fim de reformar o acórdão que havia acolhido a pretensão do associado excluído. Ao assim decidir, fundamentou seu voto no princípio de autonomia privada:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles. (BRASIL, 2006).

O Ministro Gilmar Mendes divergiu, decidindo pela manutenção do acórdão recorrido, sendo seguido pela maioria. Em seu voto, após examinar estudos doutrinários a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e após retomar alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais houve aplicação direta de normas de direito fundamental em relações daquela espécie, o Ministro argumentou que o caso envolvia particularidades relevantes, decorrentes, principalmente, de certos elementos que conferiam considerável desequilíbrio à relação entre a associação implicada e seus associados:

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD [Escritório Central de Arrecadação e Distribuição], é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional. (BRASIL, 2006)



Diante desses argumentos, não é difícil submeter o precedente em análise à moldura da abordagem proposta na seção precedente. Se poderia, por esse prisma, afirmar que o Ministro submeteu a autonomia privada a uma ponderação com outros princípios de direito fundamental, mais especificamente com o devido processo legal e a liberdade de exercício profissional. Atentando-se para o elevado grau de desigualdade real e jurídica existente entre as partes, a enfraquecer a relevância do princípio de autonomia nas circunstâncias do caso, e para a importância da satisfação circunscrita dos direitos colidentes, ter-se-ia decidido pela precedência destes sobre aquela.

Contudo, outra interpretação pode ser conferida à argumentação do Ministro. Se poderia considerar como decisiva não a ponderação realizada, mas a declaração no sentido de que a associação implicada no caso “se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”. Por essa interpretação, a decisão poderia ser preservada na moldura de uma teoria da eficácia indireta, já que se estaria a considerar a relação jurídica como de direito público. E, de fato, é essa a leitura que Dimoulis e Martins (2014, p 113-114) propõem para a decisão em comento. Eis o que afirmam os mencionados autores:

Em outra conhecida decisão do STF, foram feitas extensas referências ao efeito horizontal. A Ementa da decisão documenta a explícita adesão do Tribunal à teoria do efeito horizontal direto: “Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.” Mas essa consagração do efeito horizontal possui a qualidade de *obiter dicta*, pois não influenciou a referida decisão. Uma associação de compositores foi acusada de desrespeitar a garantia fundamental à ampla defesa de um membro que fora excluído de maneira compatível com as regras para tanto previstas nos estatutos da associação, mas sem as mesmas possibilidades de se defender, tais quais previstas na legislação processual que assegura ampla defesa e contraditório, configurando em detalhes a garantia constitucional que foi utilizada como parâmetro do exame de constitucionalidade (art. 5º, LV, da CF). O STF reconheceu que houve violação do direito, mas considerou que isso ocorreu porque a associação exercia poder público, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado. Em razão disso, a vinculação ao direito fundamental da ampla defesa não decorria do efeito horizontal, mas da clássica vinculação vertical do poder público aos direitos fundamentais.

Caso restasse comprovado que a associação não exercia poder público (atividade administrativa delegada), o vínculo à liberdade de associação atingiria diretamente só o Judiciário, que deveria decidir que faz parte da liberdade de associação determinar livremente seus procedimentos de admissão e desligamento compulsório de membros, não tendo que adotar em seus procedimentos o modelo do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF) que vincula somente os órgãos estatais. O efeito horizontal indireto teria por consequência o dever do Estado-juiz de verificar *in casu* se houve um mínimo de paridade entre ambos os titulares do mesmo direito fundamental. Como as regras



estatutárias de cada associação devem ser do conhecimento de quem se associa e não ocorrendo limitação do direito de exercício de uma profissão, a imposição do modelo estatal do devido processo legal significaria violação da liberdade de associação da pessoa jurídica.

A interpretação proposta na passagem supracitada só se sustenta, contudo, se se interrompe arbitrariamente o regresso nas premissas da decisão no ponto em que aquela estabelece que a associação implicada no caso pertenceria ao assim chamado “espaço público”, e se se toma essa distinção como o ponto de partida ou a razão pela qual a autonomia privada teria sido preterida na decisão. No entanto, uma análise como essa é inadequada porque: (1) a decisão estudada não toma o pertencimento da associação ao “espaço público” como elemento primitivo da argumentação, mas o infere a partir de premissas mais básicas; (2) na medida em que tal pertencimento acarreta para a entidade um tratamento diferenciado relativamente às demais associações, o oferecimento de razões para essa diferenciação se impõe em virtude da isonomia (MELLO, 2011, p. 37-43). Vale dizer: não apenas o Supremo Tribunal Federal ofereceu razões para qualificar a associação de forma diferenciada, como também estava obrigado a fazê-lo, sob pena de ofensa à isonomia.

Diante disso, coloca-se a questão: quais foram, então, as razões pelas quais se considerou a associação recorrente como integrante do “espaço público”? A se considerar o supracitado trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, essas razões consistem no fato de que: “ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela [a associação recorrente] assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado”; e de que:

[...] para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional. (BRASIL, 2006).

Ou seja, é o grau de intensidade com que incidem certos direitos fundamentais (em especial a liberdade de exercício profissional), e a menor intensidade com que se satisfaz a autonomia privada em condições de desigualdade fática e jurídica como as do caso analisado, o que justificou a qualificação diferenciada da associação. Significa dizer que essa qualificação diferenciada é uma consequência da ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada no caso concreto, e não uma razão com base na qual se evitou tal ponderação. A interpretação de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins toma o ponto de chegada da argumentação como se fosse seu ponto de partida.



E, ao que parece, o próprio Supremo Tribunal Federal interpretou sua decisão em termos consonantes com os propostos acima. Isso pode ser evidenciado na ementa da decisão, na qual se lê:

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente no tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (BRASIL, 2006).

Longe de ter, portanto, atribuído à entidade uma qualificação análoga a de direito público, para disso inferir a aplicabilidade de certos direitos fundamentais, a decisão supracitada sopesa esses direitos com o princípio de autonomia, sob as condições particulares do caso, e a partir disso justifica uma qualificação diferenciada para a sociedade.

Também milita a favor dessa interpretação, e a favor das posições defendidas no presente estudo, o fato de o Supremo Tribunal Federal não ter aplicado o teste de proporcionalidade em toda a sua extensão. Com efeito, fosse hipótese de se equiparar completamente a associação em questão a um ente de direito público, seria de se esperar que a Corte aplicasse as máximas de adequação e necessidade antes de proceder a qualquer ponderação. Contudo, isso não ocorreu. Não houve uma equiparação completa da associação com entes de direito público, mas apenas uma aproximação por analogia, a justificar um tratamento diferenciado nas circunstâncias do caso (MAXIMILIANO, 2011, p. 171). O caráter privatista da relação não foi, no entanto, afastado, como se pode evidenciar acima, e o Tribunal, conseqüentemente, procedeu diretamente a uma ponderação, tal como aqui se propôs para aplicação de direitos fundamentais em relações constituídas sob a égide da autonomia privada.



6 CONCLUSÃO

Através do presente estudo, procedeu-se, primeiramente, a uma investigação em nível teórico-doutrinário para o propósito de se contrastar algumas das principais propostas de solução, em sede de teoria dos direitos fundamentais, para o problema da colisão destes com a autonomia privada.

Viu-se que Daniel Sarmento propõe, para tais casos, uma ponderação do princípio de autonomia com os demais direitos fundamentais por ventura colidentes, enquanto Wilson Steinmez, embora também admita essa ponderação, à condiciona aos momentos precedentes do teste de proporcionalidade.

Ambas as abordagens são criticadas por Virgílio Afonso da Silva, que considera inviável a aplicação das máximas de adequação e necessidade no âmbito das relações privadas, e considera impossível transpor a bilateralidade do raciocínio ponderativo para casos envolvendo colisões com o princípio de autonomia. Conquanto acolhida aqui a primeira crítica, um aprofundamento nos pressupostos da teoria dos princípios revelou que a segunda dificilmente é sustentável. Propôs-se, então, como melhor solução, uma abordagem semelhante à sugerida por Daniel Sarmento: que, em casos envolvendo colisões de direitos fundamentais com a autonomia privada, se proceda a uma ponderação (sem se passar pelas máximas de adequação e necessidade), a fim de determinar qual dos princípios deve ter precedência. Cabe, ademais, à doutrina e à jurisprudência propor diretrizes gerais que possam auxiliar nesse tipo de ponderação, podendo-se aqui destacar a correlação inversa entre o princípio de autonomia e o grau de desigualdade jurídica e fática de uma relação como uma dessas diretrizes.

Tendo, assim, como pano de fundo essa perspectiva construída a nível teórico-doutrinário, foi, em seguida, submetida à análise a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 201.819-8/RJ, com o fim de se verificar se a abordagem proposta neste estudo forneceria um quadro de referência apropriado para a interpretação do julgado. Viu-se, então, que a argumentação elaborada no voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes segue o itinerário aqui proposto, haja vista que a decisão aplica diretamente direitos fundamentais a uma relação de direito privado, justificando esse expediente com uma ponderação entre os direitos implicados e o princípio de autonomia privada, sem aplicar as demais etapas do teste de proporcionalidade.

Essa leitura da decisão se revela, ainda, mais adequada do que a alternativa proposta por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, haja vista que esses autores só conseguem justificar a própria interpretação do julgado invertendo a relação entre premissas e conclusão ali apresentadas,



o que envolveria admitir o tratamento diferenciado dispensado à associação como uma premissa não fundamentada e, portanto, atentatória à isonomia.

Assim, não apenas a abordagem proposta se concilia com a argumentação apresentada na decisão do RE nº 201.819-8/RJ, como também fornece para essa decisão uma interpretação mais adequada do que a alternativa considerada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n.3, p. 511–524, 2014.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE 201.819-8/RJ**. Acórdão publicado no Diário da Justiça, de 27 de outubro de 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2011.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

