

Para uma estruturação racional (e adequada) do processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais individuais: da proporcionalidade à razoabilidade

For a rational (and appropriate) structuring of the balancing triggered by acts of private autonomy restrictive of individual fundamental rights: from the proportionality to the reasonableness

Rodrigo Antonio Calixto Mello

RESUMO: O reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares não fez desaparecer uma questão fundamental quando se está a tratar da eficácia de tais direitos: o problema das limitações. No tocante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tais limitações costumam ser derivadas de atos de autonomia de vontade. A principal forma de se controlar as limitações aos direitos fundamentais oriundas de atos estatais é através da utilização do princípio da proporcionalidade. Este trabalho visa, inicialmente, negar a possibilidade de se utilizar o princípio da proporcionalidade como instrumento estruturador do processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Feito isso, é apresentada a distinção feita por Humberto Ávila entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade a fim de que este possa ser utilizado como uma alternativa para conduzir a ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais individuais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; relações privadas; ponderação; autonomia privada; proporcionalidade; razoabilidade.

ABSTRACT: The acknowledgment that the fundamental rights bind directly individuals kept a central matter when it is dealing with the effectiveness of such rights: the limitation problems. Regarding the horizontal effectiveness of fundamental rights, such limitations are usually derived from acts of autonomous will. The main way to control limitations on fundamental rights derived from state acts is through the use of the proportionality principle. This paper initially aims to deny the possibility of using the proportionality principle as a balance process tool triggered by acts of private autonomy restricting fundamental rights. Then, it is presented the distinction done by Humberto Ávila between the proportionality and reasonableness principles objecting that the reasonableness can be used as an alternative to lead the balance between private autonomy and fundamental rights of individuals.

Keywords: fundamental rights; private relations; balance; private autonomy; proportionality; reasonableness.

1 – Introdução

Já não se põe em dúvida que as restrições impostas aos direitos fundamentais não partem somente de entes públicos, mas também (e cada vez mais) de particulares. Como essas limitações devem ser controladas, sob pena de se anular a eficácia de tais direitos, foram desenvolvidos diversos instrumentos para controlar as oriundas do Estado. Dentre tais instrumentos, destaca-se, por sua importância, o princípio da proporcionalidade.

Como esses instrumentos não podem ser transpostos para as relações entre particulares sem as adaptações devidas, principalmente porque nas relações entre Estado e particulares somente estes são titulares de direitos fundamentais, enquanto nas relações entre particulares os dois polos o são, urge seja dedicada atenção para a construção dogmática de instrumentos com aptidão para controlar as restrições a direitos fundamentais operadas pelos próprios particulares.

Como o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais costuma ser encarada como um problema de ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais, este trabalho se concentra na busca por instrumentos capazes de controlar os atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Assim, como nas relações extracontratuais travadas entre particulares a autonomia privada não é uma variável influente em eventuais colisões de direitos fundamentais, será dedicada atenção somente à análise das relações contratuais (negociais), dentro das quais estão contidos o exercício do direito de contratar (liberdade contratual positiva) e o de não contratar (liberdade contratual negativa). E, ademais, somente será abordada a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais individuais, seara onde há relativo consenso sobre tal vinculação e a autonomia privada possui maior protagonismo.

O ponto de partida da análise aqui empreendida é a afirmação, amparada nas considerações de Virgílio Afonso da Silva, da impossibilidade de se utilizar o princípio da proporcionalidade como instrumento estruturador do processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais – tal aplicação é defendida por Wilson Steinmetz em tese dedicada ao tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Nesse sentido, é feita uma breve análise do princípio da proporcionalidade, na qual se assenta as suas condições de aplicação e seus sub-elementos, com o objetivo de se demonstrar que a aplicação deste princípio nas colisões analisadas (colisões entre autonomia privada e direitos fundamentais), teria como resultado a indesejável aniquilação do princípio da autonomia privada.

Não se contentando apenas em negar a aplicação do princípio da proporcionalidade, esta pesquisa buscará, com base na diferenciação feita por Humberto Ávila entre os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, apresentar, via construção teórica e com a aplicação dos conceitos a um caso sugerido, uma alternativa para a estruturação processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais individuais, pois, como é sabido, ausência de um suporte racional e disciplinado para a condução de processos ponderativos – renunciando-se à redução a fórmulas matemáticas, seguramente condenada ao fracasso, e tendo-se em mente o importante papel a ser exercido pela jurisprudência e pela dogmática dos diferentes direitos fundamentais do sistema constitucional – é uma barreira perigosa contra o controle intersubjetivo das decisões judiciais.

2 – O processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivo de direitos fundamentais individuais

É sabido que, ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos, sob a égide do Estado Liberal de Direito, na condição de direitos de defesa, visando proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito de sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.). E, nesse sentido, somente produziam efeitos nas relações travadas entre o Estado e os particulares.¹

Essa visão limitada tornou-se insuficiente quando se passou a perceber que nem sempre o Estado significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico. Não se põe em dúvida que nas relações privadas “também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos.” (STEINMETZ, 2004, p. 87).

Por diversos motivos, no entanto, é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-

¹ Segundo Virgílio Afonso da Silva (2011a, p. 137), era algo corriqueiro nos primeiros movimentos que culminaram com declarações de direitos fundamentais, especialmente a Revolução Francesa e o movimento pela independência das colônias britânicas na América do Norte, a ideia de direitos fundamentais que fossem mais do que meros direitos de defesa contra o Estado e que fossem pensados com o intuito de proteger os cidadãos nas relações entre si. Ainda segundo o mestre (2011a, p. 137-138), a palavra-chave, nesse âmbito, era o direito à segurança (cf. art. 3º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).

particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque no primeiro caso apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto no segundo ambas o são (cf. SARLET, 2000, p. 112-113; SILVA, 2011a, p. 18).

Assim, na quadra atual, o problema não está mais em se saber se as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas, mas sim *como e em que extensão* elas o fazem (ALEXY, 2008, p. 528). Trata-se, para Gomes Canotilho (2008, p. 192), de um dos temas mais nobres da dogmática jurídica contemporânea.

Em relação ao *como*, que, segundo Robert Alexy (2008, p. 528), se refere a um *problema de construção*, tem havido considerável contribuição doutrinária a respeito. O debate desenvolveu-se, inicialmente, na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, onde foram gestadas as teorias da eficácia mediata dos direitos fundamentais entre terceiros e a teoria da eficácia imediata (cf. MENDES, 1998, p. 244 e segs.). No Brasil, após substancial produção doutrinária iniciada nos últimos anos da década de 90 do século XX, tem prevalecido o entendimento segundo o qual, na ausência de mediação legislativa conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, estes devem ser aplicados diretamente às relações travadas entre particulares (cf. MORAES, 1993, p. 28; SARLET, 2000, p. 147 e segs.; STEINMETZ, 2004, p. 268).

A prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as de Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade (SARMENTO, 2010, p. 241).

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa tenha se mostrado insuficiente. (SILVA, 2011a, p. 148).

Tendo como superada a questão de *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, em relação ao *em que extensão* essas normas produzem efeitos nas relações entre particulares, que, ainda segundo Alexy (2008, p. 528), diz com um *problema de colisão*, a discussão tem sido relativamente tímida.

As relações privadas regem-se pelo corolário da autonomia privada. Sabe-se, contudo, que com frequência cada vez maior a invocação de tal princípio em relações contratuais atua como uma arma poderosa contra a efetivação dos direitos fundamentais individuais. Nesse diapasão, é recorrente seja o *problema de colisão* abordado como

questão de ponderação entre o(s) direito(s) fundamental(is) envolvido(s) e a autonomia privada. Para Daniel Sarmiento (2010, p. 186):

O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a ele vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.

Do mesmo modo que a autonomia privada não pode ser utilizada como forma de asfixia dos direitos fundamentais, a irradiação destes não pode resultar na aniquilação daquela que, enquanto bem jurídico constitucionalmente protegido, deve ser objeto de proteção (cf. BARROSO, 2010, p. 372; PRATA, 1982).

Após alertar sobre a importância de se traçar *standards* para essas colisões e sustentar que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis, Daniel Sarmiento (2010, p. 259 e segs.) conclui que quanto maior for a desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo.

Luís Roberto Barroso vai além. Segundo ele (2010, p. 372), para essa específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental, merecem relevo os seguintes fatores:

a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais).

Wilson Steinmetz (2004, p. 220 e segs.) se utiliza da ideia de precedências *prima facie* da teoria dos princípios de Robert Alexy para desenvolver um modelo de quatro combinações diversas, envolvendo os conceitos de autonomia privada, de igualdade fática, de direitos fundamentais de conteúdo pessoal e de direitos fundamentais de conteúdo patrimonial. Eis o esquema por ele (2004, p. 220) elaborado:

[1]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[2]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[3]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

[4]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Em seguida, ressalta Steinmetz (2004, p. 221) que tal construção se refere a precedências (gerais) *prima facie* e não de precedências definitivas, registrando, porém, que “o afastamento ou a inversão dessas precedências *prima facie* nos casos concretos de colisão exige a satisfação de um ônus de argumentação.” (2004, p. 221).

Sabe-se, contudo, que, tanto o estabelecimento de *standards*, quanto o de relações de precedências condicionadas, não são suficientes para dotar o problema das limitações aos direitos fundamentais da precisão desejada. Tais parâmetros somente descrevem o resultado do processo ponderativo, não sendo cogitadas as estruturas que envolvem a ponderação entre autonomia privada e eventual(is) direito(s) fundamental(is) envolvido(s), ou seja, não sendo determinadas as operações cognitivas que orientam a ponderação realizada (cf. STEINMETZ, 2004, p. 209).

A importância de um tratamento cada vez mais preciso das limitações aos direitos fundamentais é ressaltada por Ingo Sarlet. Diz o mestre (2010, p. 386):

[...] considerando que o conteúdo e alcance dos direitos humanos e fundamentais apenas é passível de aferição mediante a inclusão das possíveis limitações às quais os mesmos estão sujeitos, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito.

A estruturação do processo ponderativo entre direitos fundamentais quando estes estão a vincular o Estado costuma se dar através do princípio da proporcionalidade. Assim, além de eventuais *standards* ou precedências *prima facie* que possam existir para solucionar determinadas colisões, há a preocupação de se desvendar o processo intelectual envolvido na ponderação. Há a preocupação de tornar o processo ponderativo mais racional. Há, ao menos em tese, a preocupação com o controle intersubjetivo das decisões judiciais.

Na busca por esse ideal de racionalização no que se refere à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Wilson Steinmetz (2004, 199 e segs.) pretendeu determinadas estruturas da ponderação entre autonomia privada e direitos. E, para tanto, lançou mão do princípio da proporcionalidade.²

Steinmetz (2004, p. 216-217) apresenta uma situação hipotética de colisão entre autonomia privada e direitos fundamentais: uma relação contratual entre particulares na qual, de comum acordo, estabeleceu-se uma restrição (contratual) ao direito fundamental de um dos contratantes – uma restrição a direito fundamental resultante de ato da autonomia privada. Após a finalização do contrato e já em curso seus efeitos, o contratante que teve seu direito fundamental restringido ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado. Em defesa, a parte contrária invoca o princípio da autonomia privada, *in casu* particularizada na liberdade contratual.

Caracterizada uma colisão real entre direito fundamental e autonomia privada, deve-se proceder, segundo Steinmetz (2004, p. 218-219), à seguinte sequência sucessiva de testes:

(a) verifica-se se há uma estrutura relacional meio-fim, na qual o meio é medida (contratual) restritiva de direito fundamental [...] e o fim é a finalidade ou o objetivo pretendido com aquele meio; (b) examina-se se o fim pretendido é constitucionalmente legítimo ou com a Constituição não é contraditório; (c) examina-se, sucessivamente, se a restrição contratual de direito fundamental (o meio, a medida) é (c.1) adequada, (c.2) necessária e (c.3) proporcional em relação ao fim pretendido.

Nota-se do exposto que, para Wilson Steinmetz, tanto o processo ponderativo desencadeado por ato estatal restritivo de direitos fundamentais quanto o desencadeado por ato de autonomia privada restritivo de direitos fundamentais deve ser conduzido pelo princípio da proporcionalidade.³

3 – As incompatibilidades com o princípio da proporcionalidade

Ainda que quando estejam a vincular os particulares os direitos fundamentais devam ser vistos como direitos públicos e, portanto, utilizarem-se do instrumental típico

² Ingo Sarlet (2010, p. 396) sugere a possibilidade de o princípio da proporcionalidade ser aplicado a atos de sujeitos privados; e Luiz Guilherme Arcaro Conci (2008) aplica o referido princípio no caso de fiscalização de mensagens eletrônicas pelo empregador.

³ Registra-se que o autor (cf. 2004, p. 219-220), não se olvidado das relações de precedência *prima facie* por ele próprio estabelecidas, prevê que elas devem ser consideradas ao longo dos três testes do princípio da proporcionalidade, sobretudo na proporcionalidade em sentido estrito.

do direito público na sua aplicação (CANOTILHO, 2003, p. 1294-1295), prescindindo, portanto, de recipientes normativos infraconstitucionais (como, por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados infraconstitucionais), não se afigura possível, como já referido, a mera reprodução da racionalidade e da forma com que são tratadas as limitações aos direitos fundamentais promovidas por atos estatais. Tal impossibilidade se apresenta com eloquência no que se refere ao princípio da proporcionalidade.

A ideia subjacente à “proporcionalidade”, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, qual seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se com o fundamento do moderno Estado de direito: a Constituição como um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e os indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis (cf. GUERRA FILHO, 2009, p. 240).

Durante a primeira metade do século XX, o princípio da proporcionalidade foi tratado como atinente apenas à regulamentação da atividade policial, destinado a evitar excessos na sua prática, seguindo a concepção jusnaturalista de que o Estado só estaria autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que fosse necessário para a manutenção da liberdade e segurança de todos (cf. GUERRA FILHO, 2009, p. 240-241).

A transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional se operou após o advento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, através da jurisprudência do Tribunal Constitucional da então Alemanha Ocidental,⁴ destacando-se como instrumento de singular importância no controle de constitucionalidade das leis.⁵ Leciona Paulo Bonavides (2007, p. 409-410):

⁴ A participação fundamental do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na extensão dos efeitos dos direitos fundamentais a relações entre particulares e na aplicação do princípio da proporcionalidade denotam parte de sua inestimável contribuição para o desenvolvimento dogmático de verdadeiros alicerces do constitucionalismo contemporâneo.

⁵ Assevera Bonavides (2007, p. 411) que, ainda que o princípio da proporcionalidade não tenha entrado formalmente no texto da Lei Fundamental, ele “se tornou um dos princípios cardiais do Direito Constitucional daquele país, sobretudo tocante à matéria de direitos fundamentais e limitações que a esse respeito se faz mister impor à ação do Estado.”

[...] foi com a decisão março de 1971 sobre a armazenagem de petróleo (*Erdölbevorratung*) que pela primeira vez aquela Corte se houve com clareza acerca de seu entendimento sobre a natureza e essência do princípio da proporcionalidade, ao defini-lo numa fórmula feliz, concisa e lapidar, do seguinte teor:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.”

Como o estudo dos direitos fundamentais deve considerar necessariamente as limitações às quais eles estão sujeitos, buscou-se mecanismos de controle dessas limitações, em outras palavras, buscou-se mecanismos para se impor limites às inevitáveis limitações de que são alvo. Esses *limites aos limites* funcionam como “barreiras à limitação (restrições) destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.” (SARLET, 2010, p. 395). É o princípio da proporcionalidade a principal forma de controle das restrições aos direitos fundamentais (cf. SILVA, 2011b, p. 127).

Tal princípio possui uma estrutura racionalmente definida com três sub-elementos independentes: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. A *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; a *necessidade* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendido; e, por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (cf. MENDES, 2000, p. 371; SILVA, 2002, p. 34-41).

Para uma correta aplicação do princípio a análise da *adequação* deve preceder a da *necessidade*, que, por sua vez, deve preceder à da *proporcionalidade em sentido estrito*. Há, em verdade, um relacionamento de forma subsidiária entre os sub-princípios (SILVA, 2002, p. 34). Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser inadequado – restando o juízo definitivo da proporcionalidade na *proporcionalidade em sentido estrito* (cf. MENDES, 2000, p. 371).

O princípio da proporcionalidade enquanto instrumento estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam, não possui utilização irrestrita. Sua aplicação depende da existência de “uma relação de causalidade entre dois

elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais” (ÁVILA, 2011, p. 173). Ou seja, se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, cai no vazio. Sendo o contrário também válido: sua aplicação se dá sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade* (cf. ÁVILA, 2011, p. 174).

Em relação ao objeto deste trabalho, tem-se como *medida concreta* a adotada por força da autonomia de vontade dos particulares envolvidos na relação contratual e como *finalidade* o pretendido pelos contratantes ao adotarem tal medida.

Pois bem, ao que parece, apoiando-se em cuidadosa análise empreendida por Virgílio Afonso da Silva (2011a, p. 160-164), a aplicação do princípio da proporcionalidade nas relações entre particulares em que a autonomia privada esteja em colisão com determinado(s) direito(s) fundamental(is) individual(is) tenderia – dando azo ao receio dos principais combatentes da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares – à sua aniquilação. Veja-se.

O sub-princípio da *necessidade* exige, como visto, a utilização do meio que, sendo igualmente eficaz na busca pela finalidade perseguida, seja o menos gravoso ao(s) direito(s) fundamental(is) restringidos. Em sendo assim, o particular, no uso de sua autonomia privada, só estaria autorizado a se utilizar do meio que se revelasse o menos gravoso possível ao(s) direito(s) fundamental(is).

Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosa – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. (SILVA, 2011a, p. 163).

Se aos particulares não resta outra opção que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. A ponderação entre direito fundamental e autonomia privada restaria frustrada pelo fato de a autonomia sempre estar comprometida pelas próprias exigências da regra (cf. SILVA, 2011a, p. 163-164).

Há, ademais, uma incompatibilidade entre o sub-princípio da *necessidade* e o esquema de precedências condicionadas elaborado pelo próprio Steinmetz (2004, p. 220; vide *supra*). A terceira relação por ele apresentada sugere que em uma relação contratual de particulares em situação de igualdade fática há uma precedência *prima*

facie do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial. Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva (2011a, p. 164), ao se aplicar o princípio da proporcionalidade, especificamente o exame da *necessidade*, nas relações entre particulares, a referida relação de precedência seria superada todas as vezes em que os particulares não tivessem optado pela medida estritamente necessária. Assim, mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não fossem os menos gravosos a esse direito, o contrato seria sempre nulo (SILVA, 2011a, p. 164).

Volta-se, neste ponto, a algo já mencionado acima: é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque no primeiro caso apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto no segundo ambas o são. É aceitável que o exame da *necessidade* imponha ao Estado somente a possibilidade de adoção do meio menos gravoso pois ele não desfruta da autonomia garantida aos particulares para a consecução de seus objetivos. Ao Estado, cuja atuação se baseia na vinculação (legalidade/constitucionalidade) e não na autonomia, não resta outra opção que não a adoção da medida menos gravosa aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A impossibilidade de se utilizar o exame da necessidade na estruturação do processo ponderativo entre autonomia privada e direitos fundamentais individuais determina a impossibilidade de se recorrer ao princípio da proporcionalidade, já que, como é sabido, proporcionalidade sem qualquer um de seus sub-elementos (*adequação*, *necessidade* ou *proporcionalidade em sentido estrito*) não é proporcionalidade – ao menos não é proporcionalidade como a aqui abordada.

4 – A distinção entre proporcionalidade e razoabilidade: uma alternativa

Ainda que autores importantes, como Luís Roberto Barros (1997), considerem o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade como sinônimos, não se pode negar a existência de fenômenos distintos. Tratando da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, assevera Humberto Ávila (2011, p. 188) em sua judiciosa *Teoria dos Princípios*:

Pode-se atribuir qualquer nome a eles, mas não se pode dizer que em todos eles seja feita a mesma ponderação. Isso significa que, independentemente da palavra (“proporcionalidade”, “razoabilidade”, “excessividade”, “abusividade”), se uma para todos ou uma para cada raciocínio concreto, o importante é que há exames concretos diversos que exigem uma justificação distinta (por causa dos elementos e dos critérios). Baralhar esses exames concretos diferentes é inviabilizar a correta aplicação do Direito.

Neste trabalho é adotada a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade promovida por Humberto Ávila (1999, 2011)⁶ com o objetivo de se utilizar a razoabilidade como uma alternativa para a estruturação da ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais.

Como visto, a aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de uma relação meio/fim e é desencadeada por seus três elementos componentes. Na proporcionalidade são analisados dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais e a medida adotada para sua proteção. Desenvolve-se “um *exame abstrato* dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida etc.) especificamente em função da medida adotada.” (ÁVILA, 1999, p. 173). Já na razoabilidade:

⁶ Tal diferenciação também é adotada por Eros Roberto Grau (2006, p. 188-191). Convém registrar que Humberto Ávila, no que também é seguido por Eros Grau, prefere o termo *postulado normativo aplicativo* a *princípio* para se referir à proporcionalidade e à razoabilidade. Segundo o autor (2011, p. 145-149), os princípios são normas que estabelecem fins a serem buscados, estabelecem o dever de promover a realização de um estado de coisas. Por outro lado, sempre segundo Ávila (2011, p. 145-149), o modo como esse dever deve ser aplicado é prescrito por *metanormas*. Tais normas estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, o que permite verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Para ilustrar o raciocínio, o autor traz o exemplo (2011, p. 146) do caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor. A inconstitucionalidade foi declarada pelo fato de o princípio da livre iniciativa ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Assim, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa. Com base nisso, Humberto Ávila (2011, p. 147) frisa a diferença existente entre as normas (onde se incluem as regras e os princípios) e os postulados normativos aplicativos (como a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição do excesso), os quais atuam como deveres estruturantes da aplicação das outras normas. Assim, “como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer.” (ÁVILA, 2011, p. 147). Contudo, o próprio autor (ÁVILA, 2011, p. 149) reconhece que a denominação é algo secundário, já que o decisivo é constatar e fundamentar a diferente operacionalidade entre normas e metanormas. A justificativa por ter-se optado neste trabalho pela utilização de “princípio” para se referir ao que Humberto Ávila prefere tratar como postulado normativo aplicativo, é oriunda única e exclusivamente da consagração do termo. O que não quer dizer que não se está atento às diferenças apontadas, tanto que o sentido conferido à proporcionalidade/razoabilidade que permeia este trabalho se funda na proteção de outras normas, especificamente, na proteção de princípios consagradores de direitos fundamentais individuais. Tal digressão, um tanto alongada, reconhece-se, justifica-se por uma questão de lealdade acadêmica. Como este trabalho lança mão da diferenciação entre o *princípio* da proporcionalidade e o da razoabilidade realizada por Humberto Ávila, não parece adequado omitir a informação que o autor prefere tratá-los como *postulados normativos aplicativos*.

(...) é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na *situação pessoal* do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico correlato *para determinado sujeito*? Trata-se de um *exame concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da media em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o *bem jurídico* protegido por um princípio constitucional e nem *a medida e relação a um fim constitucionalmente previsto*, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. (ÁVILA, 1999, p. 173).

Apesar de a razoabilidade também ser utilizada para o controle de atos estatais (quando Humberto Ávila diz em “concretização da medida abstratamente prevista” seu foco é um medida legislativa), a exigência por ela apresentada de se considerar as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos em razão das particularidades do caso individual (cf. ÁVILA, 1999, p. 174), parece fazer dela um parâmetro adequado para o controle dos atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais individuais.

Não se pode negar, contudo, que a aplicação do princípio da razoabilidade não possui a mesma objetividade que reveste a atuação da proporcionalidade, até porque, enquanto esta constitui uma estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade, destituída de um exame trifásico, traduz, segundo Ávila (1999, p. 174), “uma condição material para a *aplicação individual da justiça*.”

Sendo o princípio da razoabilidade essa condição material para aplicação individual da justiça, imagina-se seja possível sua utilização para solução de colisões concretas entre a autonomia privada e direitos fundamentais individuais. Ao invés de se fazer a pergunta sugerida por Ávila (a concretização da medida abstratamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico correlato *para determinado sujeito*?), perguntar-se-ia se a concretização da medida tomada com base na autonomia individual implicaria a não realização substancial do(s) direito(s) fundamental(is) de determinado sujeito?

Nota-se, neste passo, uma preocupação com a manutenção do núcleo essencial do(s) direito(s) fundamental(is) restringido(s) – outro instrumento importante no controle dos limites impostos aos direitos fundamentais, o qual aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental (cf. SARLET, 2010, p. 402-404).

Não deixa de ser curioso notar que, ao estabelecer os fatores que merecem relevo na ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais individuais, Luís

R. Barroso tenha elencado “a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado” (2010, p. 372; vide *supra*) – autor esse que, como visto, trata proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos. Esse fato reforça a preocupação de se perscrutar a (in)justiça da medida adotada por ato de autonomia privada restritivo de direito(s) fundamental(is).

4.1 – Um exemplo

Aplicar-se-á, neste ponto, as considerações acima expendidas a um caso sugerido por Virgílio Afonso da Silva (2011a, p. 162-164). Uma rede de televisão celebra um contrato com uma pessoa natural no qual esta se propõe a participar de um *reality show*. Ao sair do programa, o participante pretende anular o contrato sob a alegação de que houve restrição ao seu direito fundamental à intimidade.

Não se pode negar que houve restrição ao direito fundamental à intimidade do participante. O que se pergunta é se nessa demanda deve prevalecer a autonomia de vontade dos contratantes, os quais celebraram livremente contrato, ou o direito fundamental à intimidade do participante.

De acordo com o *standard* delineado por Daniel Sarmiento (2010, p. 259 e segs.), quanto maior for a desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo (vide *supra*). Assim, ante a suposta desigualdade fática entre o participante do programa e a rede de televisão que o contratou, deveria haver uma proteção mais intensa ao seu direito fundamental à intimidade que ao princípio da autonomia privada.

Partindo-se do pressuposto da existência de desigualdade fática entre os contratantes e de que o direito fundamental à intimidade é um direito de conteúdo pessoal (e não de conteúdo patrimonial), tem-se aplicação ao caso em análise a seguinte relação de precedência *prima facie* dentre as elaboradas por Wilson Steinmetz (2004, p. 220; vide *supra*): em uma relação contratual de particulares em situação de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada. Portanto, também segundo tal relação, o direito fundamental do participante deveria prevalecer sobre o princípio da autonomia de vontade.

O princípio da proporcionalidade não possui aplicação no caso sob exame pois, como restou assentado, a exame da *necessidade* tenderia à aniquilação da autonomia de

vontade – com tal exame o contrato só seria válido se fosse celebrado de uma forma que, sendo apto a atingir os fins pretendidos pelos contratantes, restringisse da menor forma possível o direito fundamental à intimidade do contratante, o que, em consequência, impediria às partes disporem livremente sobre o conteúdo do contrato.

Ao se lançar mão do princípio da razoabilidade, como proposto neste trabalho, para solucionar a colisão entre autonomia privada e o direito fundamental à intimidade de titularidade do participante do programa, obtém-se uma solução diversa da alcançada tanto pelo *standard* do Sarmiento quanto pela precedência *prima facie* do Steinmetz. Ou seja, parece razoável supor que, mesmo havendo desigualdade fática entre os contratantes e sendo o direito fundamental restringido de conteúdo pessoal, a autonomia de vontade expressa no contrato seja respeitada.

Como a razoabilidade recomenda um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual, há que se ter em mente, para a condução da ponderação proposta, o significado do direito fundamental à intimidade para uma pessoa que se propõe a participar de um programa de *reality show*. Ainda que se trate de um direito de conteúdo pessoal, o bem jurídico intimidade, no mundo atual, não tem sido objeto de zelo pelos seus próprios titulares. Vive-se num tempo de superexposição gratuita. Milhões de pessoas se inscrevem nos mais diversos programas de *reality show* existentes no país. Não se está a diminuir a importância do direito fundamental à intimidade. Sua exegese é que não pode se apartar da realidade social (cambiante).

Salta aos olhos a importância da análise concreta dos sujeitos e dos bens jurídicos envolvidos proposta pela razoabilidade. No caso em análise, o princípio da razoabilidade aparece como elemento de força na construção da argumentação jurídica requerida quando se está a afastar a aplicação de um *standard* ou de uma relação de precedência *prima facie*. Ao invés de excludentes, são, em verdade, complementares: a razoabilidade vem justificar a não aplicação de um *standard* ou de uma relação de precedência condicionada.

5 – Conclusões

5.1 – Conclusões parciais

1. Os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares. No Brasil prevalece o entendimento segundo o qual, na ausência de mediação legislativa conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, estes devem ser aplicados diretamente às relações travadas entre particulares.

2. Nas relações entre particulares em que atos de autonomia privada promovem a limitação de direitos fundamentais individuais observa-se uma colisão entre tais bens jurídicos. Contudo, não tem sido dedicada a devida atenção para a estruturação do processo ponderativo realizado para solucionar a referida colisão.

3. Wilson Steinmetz, um dos poucos autores que, ao detectar esse déficit, se debruçou sobre ele, sugere seja a ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais estruturada pelo princípio da proporcionalidade.

4. Como os direitos fundamentais estão sujeitos, inexoravelmente, a serem limitados quando de sua aplicação concreta, são necessários instrumentos que limitem tais limitações. O princípio da proporcionalidade é a principal forma de controle das restrições aos direitos fundamentais.

5. Tal princípio tem aplicação em casos onde uma medida concreta é utilizada com vista a uma determinada finalidade. Nesses casos lança-se mão, subsidiariamente, dos três sub-princípios componentes da proporcionalidade: a *adequação*, que exige que as medidas adotadas mostrem-se aptas a atingir o objetivo pretendido; a *necessidade*, que significa que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução do objetivo pretendido; a *proporcionalidade em sentido estrito*, que apura se as vantagens obtidas com a medida adotada são maiores que as desvantagens.

6. O teste da *necessidade* não se mostra viável para estruturar o processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrições a direitos fundamentais, sempre o meio menos gravoso implica a supressão da autonomia de livremente disporem sobre os termos de seus contratos.

7. A supressão da autonomia privada, ainda que pelo império dos direitos fundamentais, não se apresenta como uma solução constitucionalmente adequada.

8. Apesar de não raro se tomar como iguais o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, não se pode negar que, independentemente da nomenclatura que se utilize, existem exames concretos diversos.

9. Para Humberto Ávila, enquanto a proporcionalidade constitui uma estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade, cujo fundamento está na consideração pessoal dos sujeitos envolvidos, traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. Nesse sentido, parece ser útil (e adequada) para solução da ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais individuais.

5.2 – Considerações finais

Buscou-se nesta pesquisa superar um equívoco: a possibilidade de se lançar mão do princípio da proporcionalidade para se estruturar o processo ponderativo desencadeado por atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais individuais.

Não se contentando em apenas negar uma solução, foi proposta, ainda que de forma sumária, uma alternativa: a utilização do princípio da razoabilidade. Mesmo que se reconheça que sua aplicação não se reveste da objetividade presente na proporcionalidade, espera-se que a sugestão aqui apresentada desperte o interesse para o desenvolvimento de critérios mais objetivos para a solução das colisões entre autonomia privada e direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 2002.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, SP, n. 3, p. 156-166, mar. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. -. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 191-215.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17-55.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre e interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 231-256.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 237-253.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, n. 14, p. 372-361, jul. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, SP, ano 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. -. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011a.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

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

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