

Aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Civil

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro, mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-RJ, Professor da EMERJ e do curso Praetorium.

1) INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar os efeitos da constitucionalização do direito privado, notadamente a aplicação direta dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade nas relações privadas.

O fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico¹, após o reconhecimento da força normativa da Constituição, gera a necessidade de interpretação da legislação em conformidade com os princípios e regras constitucionais através da denominada “filtragem constitucional”.²

¹ RICARDO GUASTINI afirma que o ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais. GUASTINI, RICARDO. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in **Neoconstitucionalismo(s)**, edição de Miguel Carbonell, 2ª. ed., editorial Trotta, 2005, p. 49.

² A expressão “filtragem constitucional”, segundo PAULO RICARDO SCHIER, revela “a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”. SCHIER, PAULO RICARDO. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

É justamente no direito privado que o sobredito fenômeno é percebido com maior intensidade pelo fato de a constitucionalização do direito civil ser responsável pela relativização de a célebre dicotomia entre direito público e direito privado, representados, respectivamente, pela Constituição e pelo Código Civil.³ Erigida a Constituição ao vértice do ordenamento jurídico, esta passa a exercer o papel unificador do sistema jurídico e o Código Civil perde a sua posição de centralidade nas relações privadas.⁴

Saliente-se, ainda, que o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, renegada por muito tempo pelo positivismo, aproximou o Direito da idéia de justiça, abrindo caminho para o denominado pós-positivismo.⁵ Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o vértice axiológico do ordenamento jurídico⁶, potencializando a importância dos valores existenciais no direito civil em oposição aos valores exclusivamente patrimoniais.⁷

Pode-se afirmar, em síntese, que a constitucionalização do direito privado, mais que a previsão expressa de alguns institutos civilísticos no texto da Constituição (v.g., família e propriedade), acarreta a releitura deste ramo do direito com base nos princípios constitucionais e, em especial, o princípio constitucional da dignidade

³ Em que pese a distinção ser antiga, a dicotomia científica entre o direito público e o direito privado remonta aos movimentos oitocentistas de codificação e do constituicionalismo. Neste sentido: LUDWIG, MARCOS DE CAMPOS. "Direito público e direito privado: a superação da dicotomia", in **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**, Judith Martins-Costa (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

⁴ "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância pública, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". PERLINGIERI, PIETRO. **Perfis de Direito Civil**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

⁵ Para uma análise da evolução dos princípios e da utilização da nomenclatura "pós-positivismo", merece destaque o capítulo 8 do livro do professor PAULO BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, 13ª. Edição, Malheiros, 2003.

⁶ Nas palavras de DANIEL SARMENTO, "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado". SARMENTO, DANIEL. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 1ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

⁷ Neste sentido: NEGREIROS, TERESA. "A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios", in **Teoria dos direitos fundamentais**, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 346.

da pessoa humana.⁸ A grande dicotomia do ordenamento jurídico entre o direito público e o privado encontra-se hoje, portanto, relativizada.⁹

Aliás, o professor Sérvulo Corrêa constata atualmente a “privatização do Direito Público e a publicização do Direito Privado”.¹⁰ Realmente, esse fenômeno parece estar em pleno desenvolvimento no Brasil, podendo ser citados como exemplos de “privatização” do direito público a existência de entidades integrantes da Administração Pública Indireta revestidas de formas jurídicas privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas); a delegação de serviços públicos à entidades privadas; a criação das denominadas Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, dentre outras. Ao revés, a “publicização” do direito privado é indicada, por exemplo, pelo dirigismo contratual imposto para determinadas relações jurídicas (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações etc.) e pela própria “socialidade”¹¹ norteadora do Novo Código Civil (fala-se em função social do contrato e da propriedade; natureza social da posse etc.).

Outro dado demonstrativo da importância dos princípios constitucionais no direito civil é o fato de parte da doutrina moderna admitir a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.¹²

⁸ “Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova releitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.” FACHIN, LUIZ EDSON; e RUZYK, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI. “Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, in **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

⁹ Na lição de TERESA NEGREIROS: “Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis”. NEGREIROS, TERESA. “A dicotomia”, cit., p. 370.

¹⁰ CORRÊA, SÉRVULO. “Fundações e Associações de direito privado”, in **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**, ed. Coimbra, Coimbra, 2001, p. 302.

¹¹ MIGUEL REALE indica três princípios norteadores do novo Código Civil: eticidade, operabilidade e socialidade (vide prefácio ao Novo Código Civil Brasileiro, 2ª. Ed., RT, 2002).

¹² Esta é a posição de DANIEL SARMENTO que afirma existir “sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”. SARMENTO, DANIEL. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 289.

A larga utilização de cláusulas gerais (ou abertas) pelo novo Código Civil facilita, sem dúvida alguma, a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, mormente no momento da aplicação do direito ao caso concreto. Mas é importante frisar que o ingresso dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações tradicionalmente privadas não vai ocorrer apenas nas denominadas cláusulas gerais e sim em todas as normas do direito privado.¹³

Em consequência à constitucionalização do direito civil, à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e ao texto aberto do novo Código Civil, ganha relevo a análise da aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade nas relações predominantemente privadas.

2) PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE: ORIGEM, EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão na moda, sendo utilizados de forma crescente pela jurisprudência e doutrina pátrias. Por esta razão, é importante analisar a origem, evolução e a atual compreensão destes importantes princípios para constatar a possibilidade e o alcance da sua aplicação no campo das relações privadas.

O princípio da razoabilidade nasce e desenvolve-se no sistema da *common law*. De lado a sua origem remota na cláusula *law of the land* da Magna Carta de 1215¹⁴, o princípio desenvolveu-se no direito norte-americano através da evolução jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, consagrada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição dos Estados Unidos.

Inicialmente, o devido processo legal possuía caráter estritamente processual, consubstanciando o direito ao contraditório, à

¹³ Neste sentido: SARMENTO, DANIEL. **Direitos Fundamentais**, cit., p. 297.

¹⁴ CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO afirma que o devido processo legal, surgido com a Magna Carta no limiar do século XIII, estava “fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público”. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 7.

ampla defesa, dentre outras garantias processuais. Do processo penal, o devido processo legal processual (***procedural due process of law***) expandiu seus domínios ao processo civil e ao processo administrativo.

A interpretação jurisprudencial evolutiva do devido processo legal substantivo (***substantive due process of law***) passa por três fases distintas no direito norte-americano.¹⁵ Em primeiro lugar, o prestígio da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal ocorre no final do século XIX com a denominada ***Lochner Era***. A Suprema Corte americana, impregnada pelos ventos liberais da ausência de intervenção do Poder Público nas questões econômicas e sociais, ao julgar o caso *Lochner v. New York*, considerou inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque que fixara jornada máxima de trabalho dos padeiros, em razão da violação da liberdade de contratação das partes.

Após inúmeras decisões da Suprema Corte prestigiando a orientação pelo ***laissez faire, laissez passer***, o caráter substantivo do devido processo legal é desprestigiado na década de 30. Com a grande depressão causada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, o Presidente Roosevelt adota uma série de medidas de intervenção no domínio econômico e social (***New Deal***) que, no início, foram invalidadas pela Suprema Corte. Nada obstante, Roosevelt envia ao Congresso o ***court-packing plan***, denominação dada à lei que alterava a composição da Suprema Corte. Apesar de não ter sido aprovada, a referida lei pressionou a Corte que alterou o seu entendimento anterior e deixou de efetuar o controle substantivo das leis de cunho econômico e social.

Posteriormente, na década de 50, o devido processo legal substantivo renasce com vigor após a distinção pela Suprema Corte entre liberdades econômicas e não econômicas (liberdades pessoais) no caso *United States v. Carolene Products*. Enquanto na análise de casos envolvendo a liberdade econômica, os tribunais deveriam

¹⁵ Neste sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211-215. Ver também: SARMENTO, DANIEL, **A ponderação**, cit., p. 83-86.

evitar a interferência, no julgamento das questões envolvendo as liberdades pessoais, o ativismo judicial era indispensável.¹⁶

Desde então, o princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração, pelo Judiciário, da razoabilidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

De outro lado, o princípio da proporcionalidade tem origem remota nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos imanentes ao homem oponíveis ao Estado.¹⁷ Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no “direito de polícia”, o princípio da proporcionalidade caminhou, através da jurisprudência, para o Direito Constitucional onde, até os dias atuais, constitui importante instrumento de contenção de eventuais excessos do Poder Público.

Em verdade, o princípio da proporcionalidade¹⁸ desenvolve-se originariamente no Direito Administrativo durante o século XIX como forma de evitar eventuais arbítrios do Poder Público, sobretudo no exercício do denominado poder de polícia.¹⁹

Posteriormente, na Alemanha, o referido princípio recebe dignidade constitucional após a Segunda Guerra Mundial, na Lei Fundamental de Bonn de 1949. Ainda que não explicitado no texto constitucional alemão, a doutrina e a jurisprudência daquele país entendem que o princípio da proporcionalidade seria um princípio implícito decorrente do próprio Estado de Direito.²⁰

¹⁶ Dentre as decisões polêmicas da Suprema Corte, neste período, destacam-se as proferidas nos casos *Griswold v. Connecticut*, quando foi invalidada lei estadual que incriminava o uso de pílulas anticoncepcionais, e *Roe v. Wade*, em que, resumidamente, se declarou inconstitucional uma lei texana que proibia o aborto. Para uma análise jusfilosófica dessa segunda decisão, ver RONALD DWORKIN. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷ Neste sentido: TOLEDO, Suzana de Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

¹⁸ Sobre as ambigüidades terminológicas do princípio, ver: BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 402/407.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª. Edição, Coimbra: Almedina, p. 266/267.

²⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação**, cit., p. 80.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação ou idoneidade exige que a medida adotada pelo Poder Público seja apta para atingir a finalidade pretendida. Deve o Judiciário, na análise desse subprincípio, identificar se o ato emanado do Legislativo ou do Executivo é idôneo para alcançar os objetivos que inspiraram a edição da norma jurídica ou do ato estatal.

A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, preconiza que o Poder Público adote sempre o meio menos gravoso possível para o alcance de determinados objetivos. Vale dizer: dentre as inúmeras medidas possíveis para alcançar determinado objetivo, deve-se optar pela que for menos gravosa para os direitos fundamentais.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela norma e o benefício por ela produzido.

Em que pese a ausência de norma constitucional específica²¹, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se em ascensão no direito brasileiro, o que pode ser verificado pela ampla produção doutrinária produzida a respeito, como pela intensa aplicação jurisprudencial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, não há consenso quanto à própria possibilidade de se designar a razoabilidade e a proporcionalidade como verdadeiros princípios jurídicos, bem como em relação à eventual equivalência entre ambos os conceitos.

Quanto à primeira questão, deve-se registrar, de plano, que a referência à proporcionalidade e à razoabilidade como princípios encontra-se consagrada pela jurisprudência brasileira. Isso não impede, no entanto, que se discuta a correção técnica dessa prática. Nesse sentido, alguns doutrinadores contestam a utilização da ex-

²¹ O princípio da razoabilidade chegou a constar expressamente do texto constitucional durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte da atual Constituição. O art. 44 do projeto aprovado pela Comissão de Sistematização previa a razoabilidade como um dos princípios da Administração Pública. Ver: SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO. **O devido processo legal**, cit, p. 379/380. Não obstante a ausência de referência expressa na Constituição vigente, pode-se inferir a sua matriz normativa no próprio Estado democrático de Direito (visão germânica) ou na cláusula do devido processo legal (visão norte-americana). Neste sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 228.

pressão *princípio*. Humberto Ávila, por exemplo, afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade não seriam propriamente princípios jurídicos, assim entendidos como um dever de promover um estado de coisas, mas sim postulados normativos aplicativos, pois funcionariam como uma “estrutura para aplicação de outras normas”.²²

Em relação ao segundo ponto, parte da doutrina considera os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fungíveis²³, o que parece ser a orientação do Supremo Tribunal que, em diversos julgamentos, utilizou-se de ambos os princípios de forma equivalente.²⁴

Humberto Ávila, entretanto, afirma que “o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade”, pois enquanto o primeiro (proporcionalidade) pressupõe uma relação de meio-fim na análise de correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, o segundo (razoabilidade) encerra um “exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos”.²⁵ Segundo este ilustre autor, o “dever de proporcionalidade” refere-se ao exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos. Por outro lado, o princípio da razoabilidade diz respeito à possibilidade de aplicação de uma norma geral a um caso individual, podendo ser qualificada como uma espécie de “proibição de excesso no caso concreto”.²⁶

²² ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, Malheiros, 2003, p. 81. Os postulados normativos seriam “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. Op. cit., p. 82. Os postulados normativos, segundo a visão de ÁVILA, formariam uma terceira categoria ao lado das regras e dos princípios. O professor LUÍS ROBERTO BARROSO afirma textualmente que essa categoria (postulados normativos) aproxima-se da categoria por ele utilizada denominada de princípios instrumentais de interpretação constitucional, do qual a razoabilidade é parte integrante. Vide: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Renovar: 2003, p. 359/360, nota 67. Digno de registro, ainda, é a opinião de LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA no sentido de que a proporcionalidade, segundo a distinção entre regras e princípios formulada por ALEXY, não seria um princípio, mas sim uma regra (*regra da proporcionalidade*) de interpretação e aplicação do direito. Vide: AFONSO DA SILVA, LUÍS VIRGÍLIO. “O proporcional e o razoável”, in **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 24.

²³ Nesse sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 215; SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 87.

²⁴ Neste sentido, por exemplo: HC nº 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 15/05/98; ADI 1813 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal pleno, DJ 05/06/98.

²⁵ ÁVILA, HUMBERTO. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, in **Revista de Direito Administrativo**, 215, 1999, p. 173.

²⁶ “A razoabilidade, como se viu, determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça.” ÁVILA, HUMBERTO. *Op.cit.*, p. 174.

Dentre as várias acepções da razoabilidade, Humberto Ávila destaca a equidade (exigência de harmonização da norma geral com o caso individual), a congruência (necessária harmonização das normas com as condições externas de aplicação) e a equivalência (entre a medida adotada e o critério que a dimensiona).²⁷

Ressalte-se, por oportuno, que as controvérsias terminológicas não podem servir como forma de diminuição da importância prático-normativa dos princípios em estudo. Ambos estão, em essência, ligados à idéia de justiça e representam, atualmente, importante instrumento de contenção dos possíveis excessos cometidos pelo Poder Público.

Importa esclarecer, no entanto, que, a opção feita no presente trabalho foi no sentido de se denominar a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios em razão da sua consagração jurisprudencial²⁸, advertindo-se, porém, que a respectiva compreensão será aquela apontada pelo professor Humberto Ávila, ou seja, a proporcionalidade seria um “método” para se resolver conflito entre princípios jurídicos colidentes e a razoabilidade envolveria a necessidade de análise das condições individuais e concretas dos bens jurídicos envolvidos para se concluir pela constitucionalidade ou não da norma jurídica.

3) PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O caminho percorrido pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Brasil tem sido considerado tímido por grande parte da doutrina, fato geralmente explicado pela reverência excessiva da jurisprudência ao princípio da separação de poderes.²⁹

Não se pode olvidar que, atualmente, a jurisprudência tem se utilizado com freqüência do princípio da razoabilidade (como sinô-

²⁷ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 95-103.

²⁸ Como bem advertiu LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como se esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica”. AFONSO DA SILVA, LUÍS VIRGÍLIO. “O proporcional e o razoável”, cit., p. 26.

²⁹ Nesse sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 224; SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 90.

nimo da proporcionalidade), notadamente na análise da utilização correta da discricionariedade administrativa e da constitucionalidade das leis e atos normativos.³⁰

Antes mesmo da Constituição de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, transplantando a doutrina francesa do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, utilizou-se da razoabilidade, ainda que freqüentemente de forma implícita, na análise da constitucionalidade dos atos legislativos. Foi o que ocorreu no importante precedente colhido no julgamento do RE nº 18.331 em que o Ministro Orozimbo Nonato afirmou:

*“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.”³¹*

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ainda que sem a menção expressa ao princípio, assentou a necessidade do legislador ordinário respeitar o “critério da razoabilidade” no estabelecimento das “condições de capacidade” para o exercício de determinada profissão. Neste julgamento, o Ministro Rodrigues Alckmin averbou:

“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são ade-

³⁰ Para uma análise detalhada da evolução da jurisprudência do STF na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conferir: MORAES, GERMANA DE OLIVEIRA. **Controle jurisdicional da Administração Pública**, 2ª. Edição, São Paulo: Dialética, 2004, p. 139/147.

³¹ **Revista Forense**, vol. 145, 1953, p. 164.

quadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não."³²

Em outras decisões esparsas, a Suprema Corte utilizou-se novamente e ainda implicitamente da razoabilidade para invalidar leis e atos normativos.³³ Todavia, a explicitação do princípio somente ocorreu no julgamento da ADI nº 855-2 em que se discutia a constitucionalidade de determinada lei estadual que exigia a obrigação de pesagem de botijões de gás, no momento da venda, diante dos consumidores.³⁴ O STF, na análise do pedido liminar, assim se pronunciou:

*"Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argumentação que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade. Liminar deferida."*³⁵

Infere-se da análise das decisões da nossa Suprema Corte que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são utilizados com caráter de fungibilidade, especialmente como critério de avaliação da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

³² Rep. nº 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 02/09/1977.

³³ Cite-se, por exemplo: Rep. nº 1.054, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/06/84; Rep. nº 1077/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28/09/84.

³⁴ Nesse sentido: SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 93.

³⁵ ADI nº 855 MC/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 01/10/93.

4) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A proporcionalidade, como visto, “exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”³⁶, ou seja, depende de uma relação de causalidade entre meio e fim.

Da mesma forma, o Poder Judiciário, na resolução dos conflitos de interesses, aplica diuturnamente o princípio da proporcionalidade quando em jogo princípios ou interesses contrapostos.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de aplicar o princípio da proporcionalidade em seus três aspectos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) na análise de questões reguladas pelo Direito Civil quando em jogo princípios constitucionais colidentes.

No campo do Direito de Família, por exemplo, questão interessante de conflito de princípios constitucionais diz respeito à possibilidade de imposição de realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade contra a vontade do réu.

De um lado, a Constituição e a legislação infraconstitucional protegem os direitos da criança: patrimoniais (herança, alimentos etc), o princípio da paternidade real (direito à identidade) e a dignidade da pessoa humana. De outro lado, encontram-se o direito à incolumidade física e à intimidade do réu, suposto pai, também protegidos pela Constituição.

O caso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 71.373/RS, contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que determinou a condução *debaixo de vara* do réu da ação de investigação de paternidade para a realização de exame de DNA. Naquele julgamento, cuja ementa é transcrita abaixo, a maioria apertada dos Ministros (6 a 4) entendeu não ser possível obrigar o réu a realizar o exame de DNA.

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não

³⁶ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 101/102.

poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”³⁷

No voto do Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, verifica-se que o fundamento para a decisão foi o princípio da legalidade, vez que não existe lei impondo a realização do exame e, caso ela existisse, seria inconstitucional em razão da contrariedade com a intangibilidade do corpo humano, a intimidade, bem como a dignidade da pessoa humana.

Nos votos divergentes, notadamente do Ministro Francisco Rezek, a ponderação entre os interesses envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito) levou à conclusão oposta no sentido de que “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado como interesse do investigante” (direito à identidade).

Em importante artigo sobre a sobredita decisão, Maria Celina Bodin de Moraes, em defesa da posição adotada nos votos vencidos, asseverou:

“A perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, di-

³⁷ STF, HC nº 71.373/RS, Rel. Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 22/11/96, p. 45686

*reito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual”.*³⁸

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não admitiu a realização compulsória do exame de DNA³⁹. Tratava-se de ação de reconhecimento de filiação cumulada com retificação de registro proposta por terceiro que sustentava ser o pai de determinada criança. Assentou-se que não poderia se compelir o pai presumido de criança, nascida na constância de seu casamento, à realização do exame de DNA, uma vez que existiria, no caso, a possibilidade de utilização de um meio menos restritivo de se alcançar o mesmo resultado, qual seja, o exame de DNA pelo próprio autor da ação. O Min. Sepúlveda Pertence utilizou-se expressamente do princípio da proporcionalidade como parâmetro da decisão judicial, considerando-o “de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”. Em verdade, como haveria no caso em comento meio menos restritivo de direitos fundamentais para se saber quem seria o verdadeiro pai da criança, a compulsoriedade da realização do DNA esbarrava no subprincípio da necessidade.

Como visto, há uma tendência hoje de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, inclusive aquelas que tradicionalmente possuem conteúdo preponderantemente patrimonial (obrigações e contratos).

Com efeito, não somente o dirigismo contratual imposto pela lei, mas especialmente os direitos fundamentais e os princípios constitucionais constituem limites à liberdade de contratar. Não pode, v.g., admitir-se um contrato que contrarie a dignidade de um dos

³⁸ BODIN DE MORAES, MARIA CELINA. “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, in **Revista Forense**, v. 343, 1998, p. 168. Em posição semelhante, Daniel Sarmiento admite a possibilidade de realização compulsória do exame de DNA do suposto pai quando esta prova for vital para a identificação da paternidade, mas, se existirem outros meios de prova suficientes ao esclarecimento da questão, não será legítima a restrição à intangibilidade corporal. SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 188.

³⁹ STF, HC nº 76.060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 15/05/95.

contratantes, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento abaixo ementado:

“HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.

Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.”⁴⁰

No sobredito julgamento, o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar salientou em seu voto o conflito entre os princípios envolvidos na questão da seguinte forma:

“É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorre-

⁴⁰ STJ, HC nº 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 12/02/2001, p. 115, RSTJ, v. 148, p. 387.

ria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios.”

Sem adentrar o mérito da correção das posições adotadas nos julgamentos citados, fato é que neles se percebe a realização de verdadeira ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos nas lides entre particulares, pautada pelo princípio da proporcionalidade.⁴¹

5) O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A ANÁLISE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABERTAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

As cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, por não possuírem um alcance preciso, abstratamente delimitado, representam um campo fértil para aplicação do princípio da razoabilidade.

É certo, todavia, que a incerteza do conceito jurídico indeterminado não significa uma total imprecisão do seu conteúdo. Existe um *conteúdo mínimo indiscutível*, o qual compreende uma *zona de certeza positiva*, em que todos concordariam com a aplicação sugerida, e uma *zona de certeza negativa*, na qual não haveria discussão da sua não-aplicação.⁴² O problema reside na zona de incerteza, onde existirá um *campo significativo*⁴³ possível para o conceito fluido.

A concretização do conceito jurídico indeterminado ou, em outras palavras, a delimitação do seu conteúdo no caso concreto, em que será extraída uma solução dentre as várias possíveis, será norteada por uma interpretação pautada pela razoabilidade. Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁴¹ DANIEL SARMENTO afirma que “o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subseqüentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação”. SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 96.

⁴² MORAES, GERMANA DE OLIVEIRA. **Controle jurisdicional**, cit., p. 64; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2ª. Edição, Malheiros, 2003, p. 29.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade**, cit., p. 31.

“Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluído – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.”⁴⁴

Em conseqüência, o controle jurisdicional dos atos emanados das normas consagradoras de conceitos jurídicos indeterminados deverá ser pautado pelo princípio da razoabilidade.⁴⁵

O novo Código Civil é marcado por cláusulas abertas em que o princípio da razoabilidade exerce papel fundamental na sua aplicação ao caso concreto. O conteúdo da cláusula geral da boa-fé, por exemplo, vai depender, não raro, das peculiaridades do caso concreto, vez que é impossível delimitar abstratamente, conforme já salientado, todas as situações que seriam compatíveis com a referida cláusula.

A abertura textual contida no atual Código Civil busca preponderantemente consagrar a idéia de justiça ou, em outras palavras, tem “por finalidade trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais.”⁴⁶

Constata-se, em conseqüência, que a existência de cláusulas abertas significa uma ampliação do ativismo judicial, mas com exigências procedimentais argumentativas e de motivação das decisões judiciais típicas de um Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, as decisões dos tribunais superiores funcionariam como importante instrumento de estabilidade do ordenamento jurídico, notadamente após a consagração da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/04, ao estabelecerem o significado de determinados conceitos jurídicos, e para preservação do princípio democrático.⁴⁷

⁴⁴ Op. cit., p. 23. Neste sentido: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 290.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. “O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados”, in **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 54, 2001, p.109/120.

⁴⁶ FACHIN, LUIZ EDSON. **Teoria crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.305.

⁴⁷ Neste sentido: MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. **A tópic**, cit., p. 292.

O fenômeno do pluralismo constitucional, com a consagração de princípios, em tese conflitantes, bem como as cláusulas abertas, reforçaram a importância da utilização da teoria da argumentação e da tópica na interpretação do Direito aplicável aos casos em que não existe uma solução previamente estabelecida.⁴⁸ A Constituição aberta⁴⁹ e os conceitos abertos não são compatíveis com silogismo lógico-dedutivo consagrado pelo positivismo jurídico. Diuturnamente, o Judiciário é instado a realizar ponderações de interesses para resolver tensões entre princípios constitucionais ou para precisar o conteúdo e alcance de determinado conceito aberto, utilizando-se da argumentação e dos dados colhidos no caso concreto. Neste sentido, posiciona-se Daniel Sarmento:

“Sem embargo, há um espaço para a tópica e a argumentação no domínio constitucional, em razão da grande abertura sistemática que caracteriza a Constituição. No preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, na integração de lacunas e no equacionamento de conflitos principiológicos, estas técnicas são de grande utilidade, oxigenando a jurisdição constitucional e lhe conferindo o dinamismo e a ductibilidade necessários ao enfrentamento dos problemas altamente complexos de que ela se ocupa.”⁵⁰

Aliás, a consideração das circunstâncias do caso concreto tem sido utilizada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹, inclusive na aplicação de determinadas regras jurídicas que não se enquadram nas denominadas cláusulas abertas. Em interessante julgado, a Suprema Corte utilizou-se da aparência da vítima para afas-

⁴⁸ Vide: PERELMAN, CHAIN. **Tratado da argumentação. A nova retórica**, São Paulo: Martins Fontes, 2000; VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência**, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

⁴⁹ Sobre a expressão “Constituição aberta”, merece destaque a obra do professor CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁵⁰ SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 133.

⁵¹ Para uma análise da utilização da tópica nas decisões proferidas pelo STF, ver: MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. **A tópica**, cit., p. 290.

tar, em determinado caso concreto, a aplicação do art. 224, alínea a do Código Penal.⁵²

Mas não é só no campo do Direito Constitucional que as circunstâncias concretas do caso são consideradas na decisão judicial. O mesmo ocorre em outros ramos do Direito, especialmente quando as normas jurídicas utilizam-se de conceitos jurídicos indeterminados⁵³ (ex: boa-fé, urgência, utilidade pública, etc.), ou seja, nos casos em que existe uma incerteza quanto à extensão e ao conteúdo da expressão utilizada pela norma.

No julgamento já mencionado anteriormente em que o Superior Tribunal de Justiça obstou a prisão da devedora de contrato de alienação fiduciária⁵⁴, além da ponderação de princípios, foi utilizado o princípio da razoabilidade, ainda que implicitamente, na interpretação da cláusula geral dos bons costumes, conforme se infere do seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

“Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da LICC).”

Vê-se, com isso, que o princípio da razoabilidade desempenha papel fundamental na aplicação das normas jurídicas. Na lição de Humberto Ávila, a aplicação da norma jurídica depende da adequação do caso concreto com a generalização da norma geral, atuando a razoabilidade “na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio de justiça (‘Preâmbulo’ e art. 3º da CF).”⁵⁵

⁵² HC nº 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/96.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade**, cit., p. 22 e segs. Não obstante a consagração da expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, merece registro a opinião do professor Eros Roberto Grau no sentido do equívoco desta nomenclatura. Vide: GRAU, EROS ROBERTO. **Direito, conceitos e normas jurídicas**, São Paulo: RT, 1998.

⁵⁴ STJ, HC nº 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 12/02/2001, p. 115, RSTJ, v. 148, p. 387.

⁵⁵ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 98.

6) CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que os princípios desempenham papel fundamental nas Constituições contemporâneas, irradiando os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

O Direito Civil e os demais ramos do Direito encontram-se constitucionalizados, o que sugere uma releitura dos seus institutos a partir das normas constitucionais.

A aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas e a abertura textual do novo Código Civil, dentre outros fenômenos, demonstram a importância da aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade na concretização da norma jurídica.

Ademais, as peculiaridades do caso concreto e os valores envolvidos, especialmente em uma sociedade pluralista, devem ser levados em consideração no processo hermenêutico, maximizando a idéia de justiça.

Isto não significa, entretanto, uma renúncia arbitrária à segurança jurídica, pois, em contrapartida, o aplicador do direito deverá utilizar-se de um processo argumentativo mais rigoroso pautado principalmente pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A motivação das decisões judiciais, que constituem um dos principais deveres dos juízes no Estado Democrático de Direito, abrem a possibilidade de cobrança e fiscalização do Judiciário por parte dos cidadãos.⁵⁶

Além disso, a recente introdução da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o art. 103-A ao texto da Constituição da República, representa um importante instrumento de limitação de possível insegurança jurídica.

Restou estabelecida a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pois enquanto aquela (proporcionalidade) exerce papel importante na resolução de conflitos entre princípios constitucionais, esta (razoabilidade) é utilizada notadamente na concretização das regras jurídicas.

⁵⁶ MAIA, ANTONIO CAVALCANTI. "A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea", posfácio ao livro da professora MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 293.

Finalmente, resta evidente que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estão circunscritos ao campo de atuação do Poder Público. A relativização da dicotomia público-privado na era do *pós-positivismo*⁵⁷ abre o caminho, até então negado, para aplicação dos referidos princípios constitucionais ao campo tradicionalmente afeto ao direito privado.⁵⁸

O Código Civil, como visto, deixou de ser a *Constituição do direito privado* para, ao lado dos demais ordenamentos setoriais, buscar o seu fundamento na Constituição da República. O caráter preponderantemente patrimonial das relações privadas de outrora cede lugar para valores não-patrimoniais fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana. ☐

⁵⁷ Expressão utilizada por PAULO BONAVIDES para representar a terceira fase da juridicidade dos princípios (as duas primeiras seriam, respectivamente, a jusnaturalista e a positivista) em que se acentua “a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.” BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 264.

⁵⁸ Neste sentido é a afirmativa de JOSÉ RICARDO CUNHA: “Ainda nessa linha, a proporcionalidade não é apenas um parâmetro para o Poder Público, mas, igualmente, para o indivíduo na sua vida privada que deve procurar conduzir-se e manter suas relações jurídicas dentro do que é razoavelmente esperado. Todas as categorias jurídicas de direito privado, tais como contrato e propriedade, também são crivadas pela exigência de proporcionalidade, até porque não há como se entender o direito na sua complexidade mantendo dicotomias do tipo direito público e direito privado.” CUNHA, JOSÉ RICARDO. “A Justiça diante da Lei na razão jurídica contemporânea”, in **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 383.