

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

BRUNA LYRA DUQUE

**A INTERVENÇÃO ESTATAL E A LIBERDADE CONTRATUAL:**  
UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS  
NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

VITÓRIA  
2004

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

BRUNA LYRA DUQUE

**A INTERVENÇÃO ESTATAL E A LIBERDADE CONTRATUAL:**  
UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS  
NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Geovany Cardoso Jeveaux

VITÓRIA  
2004

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

BRUNA LYRA DUQUE

**A INTERVENÇÃO ESTATAL E A LIBERDADE CONTRATUAL:**  
UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS  
NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Vitória, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Aos meus pais, pelo incentivo e amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu pai, pelo exemplo de vida e à minha mãe, pela ajuda incansável em todos os momentos da minha vida.

Agradeço aos meus irmãos, pela força e carinho. Vocês são meu ponto de força, equilíbrio e referencial.

Ao meu noivo, pelo companheirismo e pelas palavras amorosas nas etapas mais difíceis e angustiantes. Obrigada por caminhar ao meu lado.

À minha irmã e grande amiga, Josi, pelos inúmeros conselhos ao longo da caminhada. O seu auxílio foi fundamental para minha formação como ser humano.

À Direção da FDV, pela credibilidade desde o início da minha jornada acadêmica como docente; em especial, agradeço imensamente ao professor Antônio José Ferreira Abikair.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Geovany Cardoso Jevaux, pelo auxílio em todas as etapas da construção deste trabalho. É gratificante estar ao lado de uma pessoa tão competente. Serei eternamente grata por todo o apoio que você me deu.

Os indivíduos só podem atingir seus fins na medida em que eles próprios determinem seu saber, querer e agir de maneira universal, e se façam elos nessa cadeia de conexões sociais.

Friedrich Hegel

## RESUMO

Visa o presente estudo a investigar o conflito de princípios que envolve a iniciativa privada e a atuação estatal nas atividades econômicas. Para compreender esse atrito de bens, será considerada a liberdade contratual alicerçada no princípio da autonomia da vontade como um direito fundamental, por isso, procura-se condensar a discussão por meio da atividade interpretativa das normas constitucionais. Buscando a socialização da teoria contratual, por meio do uso do intervencionismo do Estado, que assegura a justiça e o equilíbrio contratual na sociedade de consumo, passa-se também a dar à livre iniciativa um tratamento não só teórico, mas sobre tudo, prático, como um fundamento da República Federativa do Brasil e como expressão do interesse social. A investigação concentra-se, ainda, no fato de que a Constituição Federal brasileira não apresenta coexistência harmônica entre os interesses capitalistas e os interesses sociais. Destarte, comprovar-se-á inútil a interpretação usual de exclusão de um princípio para a prevalência de outro. O foco desta dissertação é justamente a ponderação de bens, ou seja, a liberdade contratual contrapesando com o interesse social. Ademais, nem sempre será possível compatibilizarmos princípios, às vezes, será imperativo sacrificar um bem para preservar o outro. Na atividade interpretativa, a base de sustentação da pesquisa encontrará também reforço na constitucionalização do direito privado, na supressão da dicotomia entre o direito público e o direito privado e, por fim, na ponderação dos princípios econômicos. A solução para toda a problemática levantada surgirá em cada caso concreto, ocorrendo, pois, restrições e balanceamento de princípios. Pretende-se, ainda, investigar o alicerce principiológico constitucional, mas a partir de seu caráter normativo; para tanto, será utilizada como base teórica a teoria de Robert Alexy, na qual os direitos fundamentais têm caráter de princípios. Ao serem consideradas as formas de interpretação dos direitos fundamentais, a proporcionalidade será apontada como instrumento da ponderação. A vinculação da proporcionalidade às normas constitucionais ocorrerá por intermédio dos direitos fundamentais, o que acabará fornecendo critérios de limitação à liberdade contratual. Por fim, a proporcionalidade exige para intervenção estatal nas liberdades econômicas a existência de um apontamento constitucional legítimo; logo deve-se optar por uma idoneidade de instrumentos menos prejudiciais, a fim de sobrepesarmos um equilíbrio entre a transcendência da intervenção e a utilidade obtida, isto é, uma proporcionalidade entre a relação de meios e fins.

## ABSTRACT

The current study is aimed at investigating the conflict of principles involved in private initiative and State policies, in economy. The interpretation of constitutional rules will be used as method to express the contractual liberty based on the willingness autonomy as a fundamental right. By seeking a socialization of contractual theory through the use of State interventionism, which assures justice and contractual balancing in a consumption society, the free initiative is treated not only theoretically, but under a practical base as a fundamental principle from the Federative Republic of Brazil and as an expression of social interest. The inquiry focuses on the fact that Brazilian Federal Constitution does not present an harmonic coexistence between capitalistic and social interests. Thus, the common judicial interpretation that consists in exclusion of a principle for the benefit of another will be proved useless. The aim of this essay is strongly the goods balancing, which is the contractual liberty counterbalancing the social interest. Moreover, not always it will be possible to realize compatible principles; Sometimes, it will be imperative to sacrifice one good to preserve other. On this interpretative activity, the research sustainment base will also find reinforcement in the private law constitutionalism, in the suppression of the dichotomy between public law and private law and, finally, in the ponderation of economic principles. The answer to all the problematic demonstrated will appear in each case, leading to restricting and balancing of principles, all founded in the predomination of the human being dignity, which is our starting point. Still, the theory of Robert Alexy will be used as theoretical base to investigate the constitutional "principles foundation" from its normative character, where the basic rights have character of principles. By considering the interpretation forms of basic rights, the proportionality is pointed as an instrument of balancing. The proportionality entailing to the constitutional rules will occur by means of basic rights, what will offer limitation criteria to the contractual liberty. Finally, the proportionality demands an existence of a legitimate constitutional note for a state intervention in the economic liberty. Therefore, a harmless instrument suitability must be selected in order to keep a balance between intervention transcendence and acquired utility, that is, a proportionality between means and ends.

# SUMÁRIO

## RESUMO

## ABSTRACT

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA</b> .....	15
	2.1 HISTÓRICO DO TRATAMENTO DISPENSADO À ORDEM ECONÔMICA PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS .....	18
	2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	26
	2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIVRE INICIATIVA .....	33
<b>3</b>	<b>INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA</b> .....	42
	3.1 O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA: DEVERES NEGATIVOS OU POSITIVOS? .....	45
	3.2 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	54
	3.3 A PRIVATIZAÇÃO E A IMPLANTAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO .....	65
	<b>3.3.1 O que é Privatização?</b> .....	65
	<b>3.3.2 Regulação econômica</b> .....	67
	<b>3.3.3 Agências reguladoras no Brasil</b> .....	72
	3.4 A ATUAÇÃO DO CADE NA ORDEM ECONÔMICA .....	74
<b>4</b>	<b>INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS</b> ...	78
	4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE .....	80
	4.2 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DIRIGISMO CONTRATUAL .....	85
	4.3 A AUTONOMIA DA VONTADE E A ORDEM PÚBLICA .....	98
	4.4 CONTRATOS CIVIS .....	104
	<b>4.4.1 Direito das obrigações</b> .....	105

4.4.2	<b>Evolução dos contratos</b>	107
4.4.3	<b>Contratos na perspectiva civil-constitucional</b>	110
4.4.4	<b>Os contratos nas relações de consumo</b>	113
<b>5</b>	<b>LIMITES À ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA NO QUE TANGE À LIVRE INICIATIVA NOS CONTRATOS CIVIS</b>	122
5.1	<b>O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E O CHOQUE COM O PODER INTERVENTIVO DO ESTADO</b>	123
5.2	<b>INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA À ORDEM ECONÔMICA</b>	126
5.2.1	<b>Métodos da interpretação jurídica</b>	130
5.2.2	<b>A interpretação constitucional e os princípios</b>	135
5.2.3	<b>Interpretação da Ordem Econômica: uma análise a partir dos direitos fundamentais</b>	149
<b>6</b>	<b>A COLISÃO E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA</b>	162
6.1	<b>REGRAS E PRINCÍPIOS</b>	164
6.2	<b>COLISÃO DE PRINCÍPIOS</b>	170
6.3	<b>PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS</b>	175
6.3.1	<b>A proporcionalidade, a ponderação de interesses e os direitos fundamentais</b>	179
6.3.2	<b>Direitos fundamentais, concretização de normas constitucionais e ponderação de interesses</b>	183
6.4	<b>O NÚCLEO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA ORDEM ECONÔMICA</b>	185
6.4.1	<b>Ponderação, liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana</b>	192
6.4.2	<b>Restrição dos direitos fundamentais</b>	195
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	200
	<b>REFERÊNCIAS</b>	204

## 1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação se propõe a analisar a atividade econômica sob um prisma civil-constitucional a partir da investigação prática da liberdade contratual, que teve um reconhecimento jurídico com o movimento do liberalismo. Esse período foi marcado por uma alteração econômica e social no país, surgindo o Estado de Direito, que conduziu ao Estado Liberal, a quem competia precipuamente proteger as liberdades do indivíduo.

Após esse período histórico, marcado por ter dado ênfase ao indivíduo, nota-se certa dificuldade de articulação jurídica nas relações privadas, haja vista que a liberdade absoluta restou por provocar práticas abusivas, exigindo a atuação estatal, ora interferindo na liberdade do indivíduo, ora protegendo o próprio interesse social. Assim, a fase de liberdade irrestrita foi superada pela necessidade de serem ampliadas as funções do Estado, passando este a direcionar as relações contratuais, limitando a autonomia da vontade, momento que foi denominado de dirigismo contratual.

Partindo desse contexto histórico de transição de um estado liberal para um social, e relacionando esses momentos com a Ordem Econômica constitucional, pretende-se estabelecer as principais convergências da ação Estatal em confronto com a atividade privada, discutindo o conflito dos princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

Será apontado que a Constituição Federal reconhece duas formas de atuação do Estado na Ordem Econômica: a participação e a intervenção. Fala-se em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e no Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A proposta inicial do estudo partirá da premissa de que o Estado deve respeitar a autonomia de vontade do indivíduo (livre iniciativa), somente agindo indiretamente e segundo o princípio da subsidiariedade, quando necessário para criar as condições

favoráveis ao livre exercício da atividade econômica e à preservação do interesse social.

Para demonstrar a atuação estatal, será analisada a interpretação constitucional, utilizando-se como enfoque os princípios constitucionais e alguns métodos interpretativos. Para isso, será avaliada a colisão entre bens que ocorre nas atividades econômicas. A tensão entre esses princípios pode-se resolver mediante a ponderação dos interesses opostos, determinando-se qual desses interesses possui maior ou menor peso, no caso concreto. Demonstrar-se-á que a tensão entre princípios constitucionais não é eliminada pela invalidação de um deles.

A proposta para uma aplicação coerente da ponderação entre os princípios constitucionais em colisão será delineada como forma de evitar que as decisões judiciais optem pela precedência de um ou outro princípio, ficando, de certo modo, sujeitas à mera decisão do juiz. Até porque não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos “princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado<sup>1</sup>”.

A fundamentação adotada seguirá a visão de Robert Alexy<sup>2</sup>, que considera os direitos fundamentais como parte integrante de um catálogo de direitos com “caráter vinculante”, reconhecidos e positivados pelos ordenamentos jurídicos.

Busca-se, dessa forma, analisar, com uma relativa “densidade”, as questões apresentadas, considerar determinados conceitos, averiguar as bases em que foram estruturadas as mais importantes idéias pertinentes ao tema, além de estabelecer as questões terminológicas, e, por fim, poder investigar os problemas suscitados, utilizando para isso os subsídios teóricos existentes (base teórica).

Para compreender todos as situações acima apresentadas, será estruturado o estudo em cinco momentos. Num primeiro momento, demonstrar-se-á a evolução histórica do tratamento dispensado à Ordem Econômica pelas Constituições

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 245.

brasileiras, analisando-se os seus princípios informadores, conforme prevê o artigo 170 da Constituição Federal, e como se dá o papel interventivo do Estado.

No segundo momento, será abordada a própria intervenção do Estado, considerando as modalidades utilizadas nesse ato de intervir, bem como exemplificando as atuações estatais no âmbito das privatizações e das agências reguladoras. Diante desse prisma, procurar-se-á também evidenciar o papel do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) como a autarquia que visa a conter os abusos e as infrações contra a Ordem Econômica.

Nessa ocasião, pretende-se dispor sobre alguns limites da atuação estatal na Ordem Econômica; para isso, será problematizado o choque dos princípios da livre iniciativa com o poder interventivo do Estado. Anseia-se por compreender o intervencionismo abordando e especificando cada tipo de modalidade de atuação estatal no campo econômico. Analisar-se-ão as seguintes formas de interação entre a administração pública e a atividade particular: o papel das empresas públicas; a atuação das sociedades de economia mista; o desempenho das concessões, as autorizações e as permissões de serviço público; a ação das agências reguladoras e a ação das empresas privatizadas na economia.

Já no terceiro momento, as relações contratuais civis serão evidenciadas e explicadas à luz de uma perspectiva civil-constitucional. O direcionamento da dissertação será traçado a partir da constitucionalização do direito privado, compreendendo, pois, a limitação da autonomia da vontade e o dirigismo contratual<sup>3</sup> a partir das noções de socialidade na esfera privatística.

Será analisada a acomodação dos interesses contratuais, principalmente quanto à relevância do tratamento dado à livre iniciativa em confronto com a atuação estatal, e quando também se considera a importância da liberdade e do direito do consumidor como direitos fundamentais. Desse modo, a aplicação dos direitos fundamentais sob o enfoque da dignidade da pessoa humana será um meio de

---

<sup>3</sup> A premissa metodológica do estudo encontra raízes na relação do Direito Constitucional e do Direito Civil, ou seja, na constitucionalização do direito privado, proposta moderna e de extrema relevância na interpretação do direito.

impulsionar a releitura das normas privadas e a sua condução a uma nova hermenêutica.

Será enfatizada, nesse quarto momento, ainda, a atuação do Estado de variadas formas, por exemplo, controlando os preços, criando legislações específicas, revisando os contratos e coibindo a conduta abusiva dos particulares (cláusulas abusivas). Nota-se que esse momento traçará um contorno de limitação e ação entre o agir do particular e o agir estatal.

No quarto momento, os limites de atuação estatal serão considerados a partir da interpretação das normas. Para isso, serão explicadas a atividade interpretativa jurídica e a interpretação especificamente constitucional, utilizando critérios de extrema importância em tal atividade, como a máxima de proporcionalidade, os métodos e princípios interpretativos. A estrutura a que se pretende chegar será a interpretação da Ordem Econômica a partir da apreciação dos direitos fundamentais.

Por fim, no quinto momento da dissertação, espera-se compreender a colisão e a ponderação de princípios da Ordem Econômica até investigar acerca do núcleo da dignidade da pessoa humana na atividade interpretativa de direitos privados.

A justificativa da pesquisa concentra-se na idéia de que a ponderação de interesses na Ordem Econômica deve partir da socialização da liberdade contratual e não da eliminação da liberdade. Propõe-se que o intérprete deve preocupar-se com a liberdade, mas deve atrelar a liberdade a partir da igualdade material e da solidariedade.

A metodologia do estudo indicará as opções de leitura que a pesquisadora faz do quadro teórico. No presente estudo, os procedimentos metodológicos serão divididos em dois momentos distintos: uma análise retrospectiva e uma análise prospectiva, possibilitando identificar, ao longo de um esboço histórico, os limites teóricos dos princípios constitucionais na Ordem Econômica.

Para fins de estudo comparativo, analisar-se-ão o Direito Constitucional, o Direito Econômico e o Direito Civil, buscando para isso subsídios teóricos e ponderando até

que ponto será permitida a liberdade contratual em confronto com a intervenção estatal.

Na análise prospectiva, a abordagem metodológica será apresentada por meio do método de abordagem indutivo com perspectiva multidisciplinar, que avaliará um conjunto de dados e permitirá descobrir e confirmar hipóteses e leis de caráter geral.

Isso ocorrerá mediante pesquisa na legislação, com o objetivo de identificar quais os critérios definidos pelo ordenamento jurídico na perspectiva da Ordem constitucional Econômica, bem como por uma análise interpretativa dos princípios constitucionais, de forma a utilizar o instrumento da ponderação dos princípios.

Em seguida, analisar-se-á a doutrina existente sobre o assunto para buscar a base teórica dos institutos pesquisados e organizar as disposições encontradas no ordenamento jurídico de forma sistemática.

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Constitucionalização, para Canotilho<sup>4</sup>, significa a “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

Por que falar de constitucionalização econômica? Por que proteger direitos fundamentais? Porque o direcionamento deste estudo partirá da análise segundo a qual a constitucionalização tem como consequência notória a proteção dos direitos fundamentais, no caso deste trabalho o direito econômico-constitucional, mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos.

Denomina-se de constitucionalismo, segundo José Joaquim Gomes Canotilho<sup>5</sup>, o movimento surgido da vontade do homem de comandar seus ideais políticos e de participar na vida do Estado. O constitucionalismo iniciou com os pensadores da Idade Média, com o Renascimento e com os posicionamentos políticos e religiosos da época da reforma protestante. Pode-se dizer que, numa cronologia mais atual, oscila entre o Iluminismo do século XVIII e aos movimentos revolucionários da época, como a Revolução Francesa.

A idéia de constitucionalismo das épocas acima, portanto, localiza o indivíduo no centro das atenções. Segundo Raul Machado Horta<sup>6</sup>, a anterioridade dos direitos individuais ao Direito estatal “determinou a implantação de instrumentos correspondentes, de forma a exprimir e exercitar os direitos individuais e a natureza declaratória de certos documentos jurídicos que asseguravam estes direitos”. Ensina ainda o autor que, na origem do constitucionalismo moderno, “formulou-se a solução que atende a essa dupla exigência”. Os direitos individuais ingressaram no texto da Declaração de Direitos, como se fez no modelo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 445.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 445.

<sup>6</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. p. 217.

A contribuição das constituições que mais influenciaram a constitucionalização da ordem econômica foi justamente a liberdade e a autonomia dos sujeitos envolvidos nos ideais antes oligárquicos e feudais<sup>7</sup>. Assim, a construção dos direitos fundamentais partiu da teoria política liberal que conduziu à aplicação da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica.

Manuel Afonso Vaz<sup>8</sup>, sobre a relação entre Estado e o indivíduo, assevera que as “liberdades fundamentais, incluindo as de índole econômica, são susceptíveis de restrições legais em atenção ao interesse geral”.

O autor<sup>9</sup> enfatiza que não podem, porém, essas restrições às liberdades fundamentais, diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que consagram os direitos, liberdades e garantias, mesmo que tais restrições se mostrem necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados como normas vinculativas<sup>10</sup> e não como trechos ostentatórios na forma das grandes declarações de direitos.

Robert Alexy<sup>11</sup> também fala no caráter vinculante dos direitos fundamentais. Para explicar tal caráter, o autor ensina que o sistema jurídico admite a divisão de poderes. Essa divisão enfatiza a vinculação jurídica das normas de direitos fundamentais cuja violação possa ser submetida a um tribunal, o que o autor chama de judicialização das normas. Assim, as normas de direitos fundamentais cuja lesão não pode ser examinada por nenhum tribunal não têm caráter de norma judicializável e, nesse sentido, “não são vinculantes sob uma perspectiva jurídica, podendo, quando muito, ter caráter moral ou político”. Podem, inclusive, ser

---

<sup>7</sup> A liberdade e a autonomia são assuntos que este estudo pretende enfatizar, já que o foco de investigação partirá da delimitação da liberdade contratual, dentro de um contexto de livre iniciativa.

<sup>8</sup> VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico**. Porto: Coimbra Editora, 1998. p. 135.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 354.

<sup>10</sup> São consideradas normas vinculativas porque a constitucionalização tem como consequência notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

consideradas “normas programáticas ou formulações constitucionais de caráter puramente lírico (*blosse Verfassungsliryk*)”.

Realça também Robert Alexy<sup>12</sup> que a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização.

Ao falar em constitucionalização do direito econômico, torna-se ainda interessante mencionar um tema que é conhecido pelos juristas como *Drittwirkung e State Action*, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil. Cabe aqui mencionar tal assunto, já que em todo o estudo analisar-se-á a idéia de liberdade, livre iniciativa, e esse direito é tratado também sob um prisma do particular. A *State Action* tem por fim responder à questão sobre que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>13</sup> explica que a doutrina norte-americana parece direcionar a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma questão de imputação. Trata-se de saber se o ato de uma pessoa privada que viola princípios constitucionais pode ser imputado ao Estado. Pergunta-se, na verdade, se um comportamento privado poderá ter a qualidade ou qualificação de *State Action*, ou se ele de alguma forma foi imposto através do Estado.

O objetivo desse ponto do estudo foi relacionar os princípios plasmados na esfera constitucional como um reconhecimento de direitos fundamentais na vida econômica, devendo, pois, serem observados numa possível colisão de princípios, como será proposto no Capítulo VI deste trabalho.

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Organizadores) **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

## 2.1 HISTÓRICO DO TRATAMENTO DISPENSADO À ORDEM ECONÔMICA PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Torna-se fundamental traçar em linhas sucintas o envolver histórico que culminou com o advento do Estado social e o surgimento do fenômeno que se denominou de intervenção do Estado no domínio econômico.

Sabe-se que o surgimento do Estado de Direito conduziu ao Estado abstencionista Liberal, a quem competia precipuamente proteger as liberdades inerentes ao indivíduo. Algumas dessas liberdades eram configuradas através da prática da livre concorrência e do livre posicionamento sobre as relações de trabalho.

Em que pese uma opinião mais crítica sobre a construção do Estado liberal, pode ser citada a análise apurada de Gianfranco Poggi<sup>14</sup>:

O Estado liberal foi construído para favorecer e sustentar, através de seus atos de governo, a dominação da classe burguesa sobre a sociedade como um todo. Era essa a finalidade para a qual os princípios institucionais do Estado estavam fundamentalmente dirigidos, assim como era a razão para o seu evidente contraste com os da sociedade. Por exemplo, o Estado atribuía a todos os indivíduos, abstratamente, prerrogativas iguais para disporem livremente de seus próprios recursos (...); a razão disso era que o mercado do século XIX era capaz de fazer, em seus próprios termos, quase todas as alocações que precisavam ser feitas, e assim, procedendo, dirigiam automaticamente os processos de produção e acumulação para vantagem dos detentores de capital.

Raul Machado Horta<sup>15</sup> assim explica sobre esta fase de liberdade voltada para a concepção dos direitos individuais:

Assimilando as idéias precursoras que sustentaram o direito de resistência ao poder absoluto dos monarcas, na fase pré-constitucional, a concepção constitucional dos direitos individuais difundiu a técnica das liberdades e resistências, incorporando ao texto jurídico da Constituição o núcleo inviolável dos direitos individuais. O mecanismo das instituições políticas do século XVIII concentrava sua eficácia funcional na existência da separação dos poderes, no reconhecimento dos direitos individuais e no primado da Constituição escrita e rígida, instrumento jurídico da ordenação suprema dos poderes, dos direitos individuais e da eficaz limitação do Estado.

---

<sup>14</sup> POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno**: uma introdução sociológica. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 126.

<sup>15</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. p. 213.

No final do século XVII, configurou-se a liberdade como o valor soberano do indivíduo, afirmando-se que, com a sua preservação outros valores estariam sendo protegidos, inclusive a igualdade. O que se considerava imperativo era que não houvesse qualquer interferência do Estado, deixando-se todos os indivíduos igualmente livres para cuidarem de seus interesses.

Nesse contexto, há uma relação entre a liberdade e a igualdade que já pode ser esclarecida neste capítulo. Fala-se que os homens na época das revoluções burguesas eram igualmente livres. Por isso, a igualdade se compreendida no amparo liberal, assumia uma postura de igualdade de oportunidades. Por exemplo, para Ronald Dworkin<sup>16</sup>, tais idéias, para expressarem um sentido real, deviam ser também relacionadas diretamente à idéia de justiça.

Quando se fala em não interferência, surge logo a idéia de Estado mínimo. Estado mínimo, para Robert Nozich<sup>17</sup>, “significa o mais extenso Estado que se pode justificar”. Ensina ainda o autor que “nenhum princípio de estado final ou distributivo padronizado de justiça pode ser continuamente implementado sem interferência contínua na vida das pessoas”.

Parece, num primeiro momento, que as duas opiniões de Robert Nozich são contraditórias, no entanto correta está a posição do autor ao sintetizar a expressão de justiça distributiva das atividades econômicas. Considera o autor que todos os padrões distributivos que incluem um componente igualitário são subvertidos, ao longo do tempo, “por atos voluntários de indivíduos isolados, como também toda situação padronizada, com um conteúdo suficiente para ter sido realmente proposta como representando âmago da justiça distributiva<sup>18</sup>”.

Ensina André Ramos Tavares<sup>19</sup> que o liberalismo, como doutrina filosófica e política, originou-se “com as restrições ao poder feudal e monárquico, ocorridas já desde o século XV”, consolidando-se, contudo, apenas na segunda metade do século XVIII,

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 273-276.

<sup>17</sup> NOZICH, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991. p. 170.

<sup>18</sup> Ibid., p. 184.

<sup>19</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 48.

época das chamadas “revoluções liberais”, com a formação dos primeiros Estados democráticos liberais, baseados na idéia de liberdade.

Considera Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>20</sup> que a sociedade contemporânea, cujas raízes estão no Ocidente do século XVIII, tem como inspiração original a idéia de liberdade. Na “cosmovisão”, pondera o autor, que veio a “predominar no mundo civilizado, ou seja, na Europa Ocidental, em meados dos anos setecentos, indubitavelmente tem primazia a idéia de liberdade”.

Nessa perspectiva, tem-se que a tarefa do Estado não consiste em prescrever fins para cada cidadão, mas atuar de modo que cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir, portanto, uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada indivíduo possa, segundo as suas capacidades, prosseguir os fins que lhe aprouverem.

Luís Moncada<sup>21</sup>, por exemplo, entende que a concepção do Estado liberal pode ser melhor explicada pela idéia de não ser papel estatal promover o bem-estar geral, mas de remover os obstáculos que se colocam a que cada indivíduo alcance o seu bem-estar individual através das suas próprias capacidades e meios.

A liberdade, no conceito de Manoel Gonçalves<sup>22</sup>, refere-se à autonomia da conduta individual, isto é, a “liberdade dos modernos” na fórmula de Constant e não a liberdade enfrentada como participação nas decisões políticas, a “liberdade dos antigos”. A idéia de direito que acaba se expandindo, e que inspira a revolução francesa, é tão marcada pela preocupação com a liberdade que passou a ser conhecida como liberal.

Canotilho<sup>23</sup> explica sobre os direitos individuais ou liberdades individuais:

---

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

<sup>21</sup> MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Económico**. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 21.

<sup>22</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit., p. 2.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 371.

Os direitos civis, esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como direitos individuais ou liberdades individuais ou ainda liberdades fundamentais. A designação de direitos individuais reflete melhor a filosofia individualista da escola liberal e daí a sua escolha em detrimento da fórmula direitos civis.

No século XVIII, concomitante com a Revolução Industrial, pode-se perceber o acúmulo de capitais e o surgimento de uma nova classe burguesa, que passou a lutar por maiores lucros através do incremento da produção. Nesse período, a Revolução Francesa propugnou também concepções de liberdade e de individualismo, assegurando a livre iniciativa com a liberdade de escolha da profissão e das condições de trabalho.

Benjamin Constant<sup>24</sup>, defensor das garantias individuais, definiu as idéias liberais confrontando a liberdade dos antigos com a dos modernos:

Entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos os seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence... Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independe na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida; e, se, em épocas determinadas, mas raras, durante as quais é cercado de precauções e impedimentos, ele exerce essa soberania, é sempre para abdicar dela.

Comparando a liberdade pública com a individual, pondera, ainda, o autor<sup>25</sup>:

A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e, portanto, indispensável. Mas pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais inseguro de afastá-los da primeira, com a conseqüência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhes ser arrebatada.

Detendo-se, ainda, na evolução histórica traçada acima, tem-se que, com a crise de 1929, a intervenção do Estado na economia passa a ter o objetivo de criar medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista. Após o fim da Guerra Fria parte-se para uma idéia de não intervenção estatal, isto é, de desarticulação do

<sup>24</sup> CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, n. 2, p. 25, 1985.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 16.

Estado do bem-estar social. A crise de 1929 foi um marco histórico, já que exigiu a reflexão das grandes estruturas econômicas mundiais quanto ao processo de intervenção ou não do Estado na ordem econômica, num sentido de regulamentação ou fiscalização. Após essa grande crise, pode-se constatar a direção da economia pelo Estado através de medidas externas, de caráter legislativo e administrativo, ou seja, economia dirigida.

Norberto Bobbio<sup>26</sup>, até mesmo, explica essa direção da economia como a publicização das relações privadas, sendo uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais.

Pretende-se, portanto, enfatizar o liberalismo<sup>27</sup> clássico, contextualizando seus elementos essenciais, quais sejam: o individualismo, a limitação do poder político, as funções do mercado e a liberdade. Após a análise anterior voltada para uma esfera mundial, passa-se agora a traçar um parâmetro do quadro evolutivo econômico nas Constituições brasileiras.

Assim, a Constituição brasileira de 1824 surgiu dentro de um contexto que valorizava os direitos do homem, diante de influências do constitucionalismo do século XIX. A lei, como atuação do Estado, devia garantir a liberdade da pessoa humana e limitar a atuação do próprio Estado. Isso fez com que a Constituição imperial ratificasse os três grandes princípios das declarações revolucionárias: liberdade, legalidade e igualdade.

Em relação à liberdade, deve-se destacar como um importante marco histórico a época do liberalismo, quando, inspirados na idéia do *laissez faire laissez passer le monde passe pour lui memê*, houve a tão sonhada liberdade econômica, na qual o Estado, anteriormente detentor de todo o poder e controle, não poderia mais intervir em assuntos econômicos; isso significava uma vitória para uma sociedade que acabava de deixar o autoritarismo presente nas monarquias absolutistas e uma evolução para se chegar à época atual, o Estado Social.

---

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. p. 27.

<sup>27</sup> Ressalta-se que o tema liberalismo será confrontado com o neoliberalismo no Capítulo III, item 3.4, no momento de análise das agências reguladoras.

Restou consolidado o rompimento com a economia imperial e estabelecido o modelo da liberdade de iniciativa, instituída a sua forma originária conforme as características do liberalismo econômico, assim destacado por Celso Ribeiro Bastos<sup>28</sup>:

O liberalismo tinha por nota caracterizadora o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado. No campo político, pela adoção das liberdades individuais, que se traduziam em autênticas áreas de proteção da esfera de atuação do indivíduo; no econômico, pelo alijamento do Estado da tarefa de prestação da atividade econômica.

A Constituição de 1824, dando ênfase à liberdade, acaba por ressaltar a segurança individual e a propriedade, dando um caráter a esses direitos como direitos individuais.

Na Constituição de 1891, permanece a ideologia da ordem econômica predominante, isto é, o liberalismo, o que pode ser evidenciado no artigo 71, §17, a saber: “o Direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Estabeleceu-se neste período a abstenção completa do Estado nas atividades produtivas.

A Constituição de 1934, já na vigência do Estado social, inovou com um constitucionalismo social, colocando ao lado do direito individual um limite a partir do direito social ou coletivo, assim como manifesta o artigo 113, §§ 17 e 18:

§17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

§ 18. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

Percebe-se, assim, que a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar de um título referente à Ordem Econômica e Social, já que os objetivos a serem alcançados de existência digna e boas condições de trabalho eram concretos. Esta Carta Constitucional de 1934 criou a obrigatoriedade de o Estado, através de leis, direcionar a economia, podendo a União monopolizar determinada indústria ou

---

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4.

atividade econômica, conforme preceituava o artigo 116 da Carta. Aqui está delimitada a transição do Estado liberal para o Estado social no Brasil.

Alberto Venâncio Filho<sup>29</sup> alerta que a Constituição de 1934 representou um novo modelo constitucional do sistema político brasileiro:

Acolhendo novas formas de atuação do Estado, pois o texto constitucional do Estado moderno, por isso, não se limita à estrutura política dos poderes, regulamentação de sua competência e funcionamento, acrescido da demarcação das relações entre o poder público e o indivíduo, como processo intencional de delimitação da atividade do Estado.

Raul Machado Horta<sup>30</sup> explica a Carta Constitucional de 1934:

É no ciclo constitucional democrático do primeiro pós-guerra, que encontrou na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 os seus textos representativos, que se inseriu a Constituição Federal brasileira de 16 de julho de 1934 (...). Na técnica brasileira, dentro da orientação que deve ser reformulada, a maioria dos novos direitos individuais, direitos concretos, chamados de direitos sociais, como os direitos do trabalhador e o direito à educação, desgarram-se dos Direitos Fundamentais, para situarem-se em novos títulos dedicados à Ordem Econômica e Social, à Educação e Cultura, alargando a divisão material da Constituição.

A tendência intervencionista da Constituição de 1934 repercutiu em 1937, e uma interferência maior do Estado se configura no capítulo “Da ordem econômica”. Ensina José Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>31</sup> sobre a carta constitucional de 1937:

O artigo 135, incluído no título “Da Ordem Econômica”, traz pela primeira vez, no constitucionalismo brasileiro, a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”.

Esta nova roupagem constitucional preocupou-se em reafirmar o fundamento ideológico da economia liberal em que o indivíduo era o centro das atenções, mas evoluiu no sentido de introduzir no âmbito das competições individuais o pensamento dos interesses sociais.

O diploma Constitucional de 1946, saindo de um período ditatorial, procurou demonstrar grande preocupação com a democracia, inclusive alicerçada num

<sup>29</sup> FILHO, Alberto Venâncio. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968. p. 41.

<sup>30</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. p. 215.

<sup>31</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 66.

aparato liberal, com significados de princípios básicos do liberalismo político e econômico baseados nas conquistas sociais da época. Exemplificando tais posturas, pode-se citar a previsão dos valores liberais consubstanciados na garantia da inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, liberdade, segurança individual e propriedade.

Além disso, a Constituição de 1946 esteve também preocupada em deliberar sobre a relação capital e trabalho, atribuindo uma moderação no tratamento das atividades econômicas, inspirada nos princípios da liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Nesse caminho, consagrou-se o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico, fixando-lhe por base o interesse público e, por limite, os direitos fundamentais por ela assegurados, conforme artigo 146 da Carta Constitucional.

A Constituição de 1967 teve como âmbito histórico a Revolução Militar, que não priorizou a preocupação econômica, mas sim a eminentemente voltada para a segurança nacional. Entre 1967 e 1969, portanto, a Ordem Econômica e social concentrou-se no desenvolvimento nacional, apontando, assim, os seguintes princípios: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e repressão ao abuso do poder econômico.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 revela um caráter de compromisso entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. Há que ser feita a distinção entre o liberalismo, já enfatizado no corpo de todo o item 2.1, e o neoliberalismo, que será estudado no Capítulo III, item 3.4, que tratará das agências reguladoras. Inicialmente, deve-se entender por neoliberalismo uma ideologia, uma forma de ver o mundo social. São diretrizes do neoliberalismo: a privatização de empresas estatais e serviços públicos, “criação de novas regulamentações e a implementação de um novo quadro legal que venha a diminuir a interferência dos poderes públicos sobre os privados<sup>32</sup>”.

---

<sup>32</sup> MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo**: De onde vem, para onde vai? São Paulo: Editora Senac, 2001. p. 35.

O embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercutiu nos princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernente, na verdade, à estrutura da economia do país, que a seguir será analisado.

## 2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 concebe os tradicionais direitos individuais, mas inovou ao reconhecer os direitos e deveres coletivos. O contra-senso da convivência da livre iniciativa com o bem estar coletivo, também, fica mais aparente. Esse paradoxo é apontado por Celso Ribeiro Bastos<sup>33</sup>:

A ordem Econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores.

Segundo Washington Peluso,<sup>34</sup> a ordem jurídico-político-econômica assenta-se sobre normas derivadas de regras jurídicas captadas nos dados ideológicos dos princípios. Considerada a natureza política da Constituição, que irá consignar os fundamentos definidores dessa ordem, chega-se, pois, ao conceito de ordem Jurídico-Político-Econômica. Seu conteúdo não se limita a alguns fatos econômicos, mas se caracteriza por um conjunto de princípios harmonicamente dispostos. Tem-se, assim, “uma ordem econômica capitalista, liberal, neoliberal, comunista ou socialista, cada uma com expressão da harmonia entre os princípios econômicos e as correspondentes normas jurídicas”, traduzindo os elementos ideológicos do regime político adotado.

A ordem jurídica, disciplinando a Ordem Econômica, ostenta condição ideológica, quando prevista no texto da Constituição. Destarte, os princípios vão figurar como a

---

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10.

<sup>34</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 130.

“opção ideológica, enfatizando, por exemplo, os limites de intervenção, as razões de sua admissão, a posição das empresas do Estado em face dos particulares, os abusos do poder econômico<sup>35</sup>”. Alguns desses princípios, quando adaptados ao texto constitucional, passam a exprimir os elementos ideológicos adotados e que irão infundir o Direito Econômico no país.

A Ordem Econômica constitucional é o conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, regulando os limites da atuação do estado e da iniciativa privada. Essa ordem é o regime da livre possibilidade de negociar e constituir empresas, ou seja, cada particular pode lançar-se na atividade empresarial ou contratual por sua conta e risco. As leis que presidem essa atividade são as de mercado.

Paulo Henrique Rocha Scott<sup>36</sup> preleciona que, quanto ao sistema econômico, a Constituição de 1988 adotou os “institutos básicos do modo de produção capitalista”: a propriedade privada, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência. Assim, para o mesmo autor, “a coexistência de princípios diversos no texto constitucional não repercute sobre o sistema econômico adotado de modo a gerar confusão ou mesmo a ponto de descaracterizá-lo” em relação aos moldes em que é conhecido contemporaneamente<sup>37</sup>. De modo que não seria errado caracterizar a economia brasileira como sendo de natureza capitalista e, não obstante isso, voltada à construção de um Estado social, o que justifica a possibilidade constitucional de atuação normativa e reguladora do Estado diante da atividade econômica.

Compreendendo agora a idéia dos princípios inseridos na Carta Constitucional, podem-se conceituá-los, segundo a visão de Robert Alexy<sup>38</sup>, como normas que permitem que algo seja realizado tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica

---

<sup>35</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 194.

<sup>36</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 194.

<sup>37</sup> Esse posicionamento não é unânime do ponto de vista da interpretação constitucional. Inclusive, mais adiante será analisado o conflito de princípios que surge em razão da contradição aparente dos interesses previstos no artigo 170 da Carta Constitucional.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. p. 88.

quanto à possibilidade fática. Princípios são, assim, “mandados de otimização<sup>39</sup>”. Dessa forma, associar os princípios com a idéia de mandado de otimização significa dizer que eles são cumpridos de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas reais, sendo, por conseguinte, relativos.

Será com base nesse entendimento que, a seguir, passam a ser elencados e examinados os princípios que integram a Ordem Econômica constitucional brasileira.

O primeiro princípio abordado no artigo 170 é o da soberania nacional, que envolve um caráter de compreensão do grau de dependência econômica de um país em relação a outros. Importante considerar que não se trata de repetição ao artigo 1º, inciso I<sup>40</sup> da Carta Constitucional, mas uma complementação, já que a soberania política não se edifica sem ocorrer também a soberania no âmbito econômico.

Assim, André Ramos Tavares<sup>41</sup> adverte que a soberania nacional revela, em termos econômicos, “a preferência por um desenvolvimento nacional”. Por isso, é que a soberania deve ser conjugada com o objetivo de desenvolver o país, já que um governo não pode ser dependente de outro. Ressalta-se, por óbvio, que não se está cogitando a idéia de separação absoluta ou soberania absoluta. Isso seria praticamente impossível num contexto de economia moderna e globalizada que se vivencia no mundo atual.

O autor acima faz fundamental alerta também quanto à noção de globalização no meio econômico, ao considerar que a globalização afeta a noção clássica de soberania nacional, especialmente no campo econômico, provocando a necessidade de ser observada uma nova concepção de soberania, pela qual seja possível a preservação da capacidade de autodeterminação do Estado, “com a presença da

---

<sup>39</sup> Esse termo será melhor analisado no Capítulo VI, onde serão examinadas as diferentes formas de entendimento doutrinário sobre a vertente principiológica constitucional.

<sup>40</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional.

<sup>41</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 148.

livre concorrência no mercado nacional e o respeito simultâneo às normas e práticas supranacionais relacionadas à atividade econômica<sup>42</sup>.

Os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade asseguram ampla liberdade de dispor do bem, no entanto a norma constitucional impõe uma restrição ao uso da propriedade, já que ela deve ser “bem” utilizada, a ponto de satisfazer não só ao interesse individual, mas também deverá satisfazer ao interesse coletivo. Nesse sentido, pode-se dizer que a “função social” é um caráter coletivo dado à propriedade, e não meramente individual. É, na verdade, a sintonia entre o dispor individual do bem e o atingimento de sua função social.

Deste paralelo entre o individual e o social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>43</sup> esclarece que “reconhecendo a função social da propriedade, sem a renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral”.

Observa-se que falar em propriedade e na sua relação com a socialidade dá a idéia de constitucionalização da propriedade. A constitucionalização do direito privado será analisada, no Capítulo IV, como um dos meios aptos a melhor interpretar o sistema econômico, diante do conflito entre a liberdade e a atuação estatal.

O quarto princípio é o da livre concorrência que tem por fim proteger a economia do país. A liberdade de concorrência pode ser compreendida como uma “forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos<sup>44</sup>. Nota-se que esta liberdade, na verdade, revela-se num direito do particular estar no mercado.

Pode ser exemplificada a liberdade de concorrência no seguinte julgado:

---

<sup>42</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 149.

<sup>43</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 312.

<sup>44</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 90.

TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA (TRR) – DECRETO-LEI Nº 395/38 – PORTARIA Nº 062/95 REVOGADA PELA PORTARIA Nº 10/97 DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, adota como fundamento da ordem econômica a livre iniciativa, bem como observa como princípio a livre concorrência. Todavia, a despeito de tais previsões, sem com elas estabelecer qualquer colisão, tem-se como função estatal a compatibilização de comportamentos, através de restrições à liberdade e à propriedade, com vistas ao bem comum. In casu, em decorrência do exercício do poder de polícia, tratando a discussão sobre o desempenho da função de transportador-revendedor-retalhista, possível a revogação da Portaria nº 062/95 pela Portaria nº 10/97 do Ministério das Minas e Energia. Agravo improvido<sup>45</sup>.

O inciso V do art. 170 demonstra a preocupação da Ordem Econômica Constitucional de privilegiar a livre iniciativa, porém observando e respeitando os direitos basilares dos consumidores, insculpidos na Lei 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Washington Peluso Albino de Souza<sup>46</sup> refere-se ao direito do consumidor como uma forma de “direito regulamentar econômico”, já que a legislação ordinária referente ao consumo ocupa “a mais extensa faixa que se possa admitir, pois vai desde a existência de bens, passando pelas condições de utilização dos mesmos, até a proteção propriamente dita ao consumidor, como acontece na regulação de preços”.

Neste ponto, ressalta-se que a relação de consumo é de extrema importância para a consideração da ponderação de interesses na Ordem Econômica, por isso, em momento apropriado (Capítulo IV) tal assunto será novamente apreciado, a fim de se delimitarem os seus contornos conceituais e a sua importância na atividade interpretativa quando estão em jogo os interesses individuais (consumidor) e a atuação estatal (intervenção).

A respeito do princípio da proteção ao meio ambiente, tem o legislador constitucional uma preocupação de fiscalização nas atividades de exploração dos recursos ambientais, e, caso seja necessário, o Poder Público poderá intervir para que a preservação aconteça. Assim sendo, o meio ambiente no país há de ser preservado

---

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Petrucio Ferreira. Diário da União. 21 maio 1999, p. 707.

<sup>46</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 581.

pelo próprio Estado, através dos entes públicos, por determinação de imposição da norma constitucional.

Utilizando os ensinamentos de André Ramos Tavares<sup>47</sup>, pode-se dizer que “essa defesa do meio ambiente exprime a necessidade de conciliação entre o desenvolvimento econômico e as práticas de preservação do meio ambiente, e não apenas esta última”. Isso denota que nem o desenvolvimento do país será impedido pela proteção ao meio ambiente, nem a prática ambiental, pautada nas diretrizes de um desenvolvimento sustentável, poderá ser desconsiderada pelo desenvolvimento da economia.

O inciso VII do mesmo artigo dispõe sobre o princípio da redução das desigualdades regionais, já que a preocupação do legislador concentrou-se em criar formas de reduzir as diversidades econômicas no país, através de implementação de políticas públicas. O constituinte realça tanto a importância deste princípio que o consagrou também como um objetivo da República Federativa do Brasil, de acordo com o disposto no artigo 3º, inciso III da Carta Maior.

Por último, tem-se o princípio da busca do pleno emprego, que visa a proporcionar trabalho a todos que se encontrem em condições de exercer uma atividade econômica. Este princípio revela um caráter programático, na medida em que necessita de ações governamentais para a sua concretização, através da implementação de ações diretas da economia. Pode-se citar como exemplo destas ações, os planos econômicos, institucionalização de empresas que venham a regular a atividade de seguros entre particulares e a fiscalização das atividades bancárias no país.

Em linhas gerais, a Constituição apregoa a livre iniciativa associada à valorização do trabalho humano, o que configura-se um ideal da economia capitalista, baseada nas leis de mercado e alicerçada a um intervencionismo estatal em caráter indireto, ou como prefere denominar a doutrina, em caráter subsidiário.

---

<sup>47</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 196.

Ressalta-se que a atuação estatal por via subsidiária significa uma complementaridade da atuação privada, ou seja, o Estado só vai atuar no âmbito econômico em caráter excepcional para preservar o interesse público ou a segurança nacional. Portanto, a regra é o particular agir na economia, sendo considerada uma exceção a atuação estatal.

A respeito da livre iniciativa, tem-se que ela se traduz na possibilidade de se exercer uma atividade econômica privada, especialmente mediante a liberdade de criação de negócios jurídicos (elaboração e execução de contratos), podendo, assim, apresentar as seguintes premissas: garante ao indivíduo a liberdade e a possibilidade de participar da atividade econômica e a não interferência estatal nas relações privadas. Essa livre iniciativa é pautada, portanto, no individualismo jurídico, que tem sua base estrutural ligada ao princípio da autonomia da vontade, assim como propôs Kant. Segundo a visão kantiana, o homem não deve ser constrangido a agir senão conforme a sua própria vontade. “Quando o indivíduo assume obrigações por intermédio de um contrato, fica adstrito a cumpri-las, mas porque quis, porque autolimitou sua liberdade”<sup>48</sup>.

O trabalho analisa a livre iniciativa não como uma simples liberdade pública, visto que sua preocupação básica não é o indivíduo, mas a coletividade. Trata-se de uma liberdade atribuída ao indivíduo para exercício de uma relevante função social. A livre iniciativa será melhor estudada no item 2.3 deste Capítulo sob o enfoque de direito fundamental.

Importa considerar que a Constituição Federal brasileira, ao garantir a livre iniciativa, evidencia a manutenção de um regime capitalista, entretanto condicionado a um caráter humanizado e preocupado com a possibilidade de alcançar a real igualdade das partes, através da distribuição justa e equânime da riqueza, já que se pauta também nos ideais da justiça social.

Desse contexto de liberdade e ação, tem-se que o Estado tem apenas a finalidade de assegurar aos indivíduos o pleno gozo dos seus direitos, sem qualquer

---

<sup>48</sup> KANT apud BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 173.

ingerência em suas atividades. Após a análise de cada um dos princípios da Ordem Econômica, passa-se a seguir a um exame mais aprofundado a respeito da livre iniciativa.

Kant considerava o direito como um conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio dos demais segundo uma lei universal da liberdade e daí extrai o seu princípio universal: uma ação é conforme ao Direito quando permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal.

### 2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIVRE INICIATIVA

Pretende-se neste capítulo cogitar a idéia de liberdade antes de se adentrar no mérito da livre iniciativa para entender melhor como o indivíduo e o Estado se relacionam nas suas atividades econômicas a partir da sua vontade de atuar no mercado.

A Declaração de Direitos de 1789 reconhecia que a sociedade devia proporcionar subsistência aos indivíduos desafortunados, seja pelo trabalho, seja pelos meios que permitam aos desempregados as condições de existência. Raul Machado Horta<sup>49</sup> define o sentido de liberdade da época acima:

A liberdade-autonomia, a liberdade-resistência, núcleo indevassável da pessoa humana e oponível ao poder, que a ameaçava e cumpria ser limitado, se completava pela liberdade-participação, que converteria o Estado em instrumento ativo da prestação de obrigações objetivas.

Cabe, portanto, relacionar os momentos históricos mencionados com a situação atual brasileira. Assim, dessa comparação tem-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 denota a “liberdade não interferência, diante do conceito moderno de liberdade”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999. p. 225.

<sup>50</sup> LAFER apud. BRUNA, Sérgio Varella. **O poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 130.

Os primeiros pensadores do liberalismo trataram o Estado acentuando a antinomia Estado e liberdade, ou seja, o poder estatal em confronto com a liberdade. Assim, o Estado e a soberania implicavam antítese, restringindo a liberdade primitiva dos indivíduos.

Baseado nas doutrinas do contratualismo, surge o Estado da vontade deliberada e consciente dos indivíduos que o compõem, como o veículo que serviu ao homem para realizar os seus fins.

Assim, percebe-se que a idéia de que o Estado teria sido fruto de um contrato concluído entre os indivíduos surgiu desde Grócio, passando por Espinosa, Hobbes, Locke e Rousseau, até Kant.

Em Hobbes<sup>51</sup>, os homens são livres no interior do Estado, isto é, são livres para decidir obedecer ou não às leis positivas e igualmente livres para agir conforme sua vontade. Sob esse enfoque, fica ressaltado que o Estado tem a função de fundar, pela sua potência, uma preferência como vontade na deliberação dos homens. Essa preferência leva os homens a agirem em conformidade com a vontade do soberano expressa como lei.

O papel do soberano, segundo a visão hobbesiana, consiste em fazer com que os homens, na liberdade de sua deliberação, prefiram obedecer à lei. A ação resultante do processo de deliberação conforme a definição de liberdade é a ação do homem livre. Hobbes afirma, nesse ponto, que as ações dos homens no Estado, de maneira geral, são praticadas por medo e “são ações que seus atores têm a liberdade de não praticar<sup>52</sup>”.

Já Hegel<sup>53</sup> delimitou a era contratualista, demonstrando que a sociedade e o Estado são realidades históricas resultantes da natureza social do próprio indivíduo. Nessa concepção, a pessoa humana surgia abstratamente, só adquirindo conteúdo e

---

<sup>51</sup> HOBBS apud BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 64.

<sup>52</sup> HOBBS apud BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 110.

<sup>53</sup> HEGEL apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 112.

sentido com o advento da sociedade civil, que somente adquiriu garantia com a instauração do Estado.

Rousseau entendia ser necessário encontrar uma forma de associação que pudesse defender e proteger a comunidade, a pessoa e a propriedade; e, por meio da qual, cada um, aglutinando-se a todos permanecesse livre, como anteriormente ao surgimento do Estado. Tal é o problema fundamental para o qual o contrato social fornece a solução. Através do contrato social, o estado natural é substituído por um estado de ordem social. Assim manifesta-se o filósofo a respeito<sup>54</sup>:

Relativamente a quanto, pelo pacto social, cada um aliena de seu poder, de seus bens e da própria liberdade, convém-se em que representa tão-só aquela parte de tudo isso cujo uso interessa à comunidade.

Neste contexto, percebe-se que a sociedade ideal para Rousseau é a do contrato social, onde cada um é livre não pela extensão da esfera de liberdade negativa de que desfruta, mas na medida em que obedece à lei criada pelo próprio indivíduo, através da formação de uma vontade geral.

Kant<sup>55</sup>, por outro lado, entendia que a idéia de contrato não é um modo de fundação da sociedade e do Estado, mas, sim, um modo de sua explicação, passando-se a pensar como se tivesse havido um contrato.

Hoje, cogitar a liberdade do indivíduo ultrapassa a noção do vínculo tradicional entre sociedade civil e Estado. Falar em liberdade é concretizá-la, na verdade, é procurar aproxima-la da vontade real do sujeito, o que, assim, acaba por repensar a participação do indivíduo na vida política, no Estado democrático de Direito e na reconstrução das relações privadas.

O alvo principal a ser analisado, neste estudo, é balancear a noção de Estado com a idéia de liberdade. Esse balanceamento parte do pressuposto de que seria negativo o conceito de liberdade segundo o qual cada um limitasse a liberdade do próximo.

---

<sup>54</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 49.

<sup>55</sup> KANT apud BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 71.

Alguns autores também cogitam que falar em liberdade não é algo que se prende às preferências individuais, limitando-se ao núcleo da autonomia da vontade, mas um estado espiritual, que se realiza no âmbito social e comunitário. Não é, portanto, a possibilidade de fazer ou deixar de fazer algo, mas uma liberdade que se enriquece pelo seu teor de objetividade e finalidade.

Robert Alexy<sup>56</sup> assim classifica a liberdade: liberdade jurídica, liberdade não protegida e liberdade protegida. Para explicar tal classificação, pondera o autor que a “base del concepto de la libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad<sup>57</sup>”.

Ensina Tadeu Weber<sup>58</sup> que a verdadeira liberdade é aquela em que a vontade coletiva e as vontades particulares estão na síntese, sem que uma seja aniquilada pela outra. Limitação não pode significar gradativo desaparecimento de alternativas, mas a limitação da liberdade é permutada por uma garantia de liberdade, a renúncia à liberdade é compensada com uma pretensão da liberdade.

A não limitação que se propõe é justamente a perspectiva de que cada indivíduo, possa gozar de liberdade total de prosseguir, como ele queira, os seus próprios interesses. Nota-se que não é uma liberdade absoluta, mas uma liberdade sem abusiva restrição e intervenção estatal, pois só ocorrerá repreensão do Estado em caso de nítido agravo à ordem jurídica e ao direito de terceiros.

Dessa forma, quando se analisa a liberdade, há um conceito variado implícito em seu sentido, que denota uma forma de preservar um espaço individual, livre de interferências do Estado, mas também participar na formação da vontade de interesse geral. A preservação da liberdade, portanto, indica não só um amparo contra o intervencionismo estatal, mas a delimitação da relação entre os próprios indivíduos de uma sociedade.

---

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 215.

<sup>57</sup> Essa proteção à liberdade, segundo Alexy, será analisada no momento de estudo da liberdade contratual e da autonomia de vontade.

<sup>58</sup> WEBER, Tadeu. **Hegel: Liberdade, Estado e História**. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 215.

O problema da liberdade consolida-se não na determinação de direitos de liberdade para indivíduos isolados, mas na declaração de princípios ou de ponderação de princípios, com os quais se poderá conciliar a liberdade de um com a liberdade de outro. Nesse aspecto, a liberdade consiste em que o particular se ajuste também ao social.

Contextualizando a idéia de liberdade com o Estado, tem-se que, na comunidade, a liberdade se realiza de forma mais plena, quando e porque assegurada pelo Estado, como fundamento. Nesse conjunto, devem-se ponderar as estruturas institucionais que sustentam e definem conjuntamente a ordem pública e a liberdade dos cidadãos. A esse respeito, Simone Fabre<sup>59</sup> avalia que o “direito político deve acatar os princípios filosóficos do construtivismo racional e do liberalismo”. O primeiro permite a “edificação do sistema do direito objetivo”, enquanto que o segundo insere as liberdades na própria ordem pública.

Necessário, pois, por um lado, escutar, através das instituições e das regras do direito estatal, os poderes práticos dos anseios humanos e seus limites; e, do outro, aprofundar a questão das relações entre autoridade e liberdade dos cidadãos. Por isso mesmo, serão apresentadas, em momento futuro, as relações civis numa perspectiva civil-constitucional, a ponto de se propor uma reconstrução do direito privado, influenciado e interpretado segundo os ditames constitucionais.

Após a análise desse cenário histórico do contratualismo da sociedade civil, bem como da noção de liberdade e Estado, abordar-se-á o tratamento da livre iniciativa na Constituição brasileira de 1988, a partir do entendimento de que essa liberdade, aqui se analisando principalmente a liberdade contratual, deve ser considerada como um direito fundamental.

Por direitos fundamentais, devem-se entender os direitos plasmados na Constituição e que “traduzem as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada

---

<sup>59</sup> GOYARD FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 206.

sociedade<sup>60</sup>”. Ingo Wolfgang Sarlet<sup>61</sup> prefere utilizar o conceito de que os direitos fundamentais são “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

Alerta-se que não se pretende traçar uma abordagem mais complexa, nesta parte do estudo, a respeito dos direitos fundamentais, já que no Capítulo V será retomada a presente discussão a partir das relações contratuais civis e dos limites de atuação estatal.

De qualquer forma, é preciso delimitar, desde já, que a doutrina espanhola considera os direitos fundamentais “como derechos subjetivos<sup>62</sup>, y además, como valores superiores y fundamento de todo el ordenamiento jurídico<sup>63</sup>”. Percebe-se que boa parte da doutrina refere-se aos direitos fundamentais com uma dupla dimensão. Cogita-se a idéia de dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Por exemplo, a doutrina alemã considera que os “direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos públicos subjetivos e direitos de liberdade, excluindo a expressão garantia institucional<sup>64</sup>”, o que difere do posicionamento acima apresentado quanto ao entendimento espanhol.

Tem-se, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais reforça o próprio direito individual que será instrumentalizado por meio de garantias, dando, assim, um caráter organizatório a determinado interesse ou bem. Já os direitos subjetivos encerram a noção de “posições jurídico-individuais aos seus titulares, mas posições complexas”, já que propõem verdadeiras pretensões do indivíduo, conforme observa Suzana de Toledo Barros<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Esse entendimento é adotado por Suzana de Toledo. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 132.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

<sup>62</sup> Será visto no Capítulo V, conforme Robert Alexy, que deve ser dado um tratamento diferente entre às normas de direitos fundamentais e aos direitos fundamentais.

<sup>63</sup> ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantias Institucionales: Analisis Doctrinal y Jurisprudencial**. Madrid: Editorial Civitas, 2000. p. 105.

<sup>64</sup> Ibid., p. 56.

<sup>65</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 134.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>66</sup> também comenta sobre as dimensões dos direitos fundamentais, apresentando a seguinte idéia:

A descoberta da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para a sua efetivação.

Após a investigação acerca das noções básicas sobre os direitos fundamentais, cabe alertar a respeito da denominação adotada pela Constituição brasileira ao se referir à livre iniciativa e aos valores sociais do trabalho: essas formas são pontuadas como os fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>67</sup>.

Os princípios fundamentais abrangem todo o conteúdo presente do artigo 1º ao 4º da Constituição brasileira e constituem os princípios definidores da forma e da estrutura de Estado, delineando também os aspectos caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.

Segundo Celso Ribeiro Bastos<sup>68</sup>, “os fundamentos devem ser entendidos como o embasamento do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado”.

Tem-se que o direito à liberdade poderá ser entendido sob várias facetas, destacando-se aqui, com o princípio constitucional da livre iniciativa, a análise econômica da questão, segundo as normas jurídicas vigentes. Por isso, a livre iniciativa é também apontada no artigo 170 da Constituição<sup>69</sup> brasileira de 1988, a saber:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).

---

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 161.

<sup>67</sup> Artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

<sup>68</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 158.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. p. 116.

A norma constitucional fixa também a liberdade como uma das formas de direitos e garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição<sup>70</sup>:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade (...).

Ao lado da livre iniciativa existe outro sustentáculo da atividade econômica, a liberdade de concorrência, que se consubstancia na opção da maneira de competir com os demais fatores econômicos que exercem semelhante atividade no mercado.

Além disso, observa-se que a liberdade de iniciativa (ou livre iniciativa) pressupõe também a existência de uma outra liberdade, a liberdade contratual (objeto de investigação do presente estudo). Assim, o compromisso firmado entre agentes econômicos normalmente é realizado por contratos. Sobre o assunto, considera Celso Ribeiro Bastos<sup>71</sup> que, no ordenamento jurídico, “todos os civilistas estão de acordo sobre a vigência da ampla liberdade de contratar entre os particulares”.

A liberdade de contratar, para Caio Mário<sup>72</sup>, significa o acordo de vontades entre pessoas do Direito Privado, “amparado pelo ordenamento legal e realizado em função de necessidades, que gera, resguarda, transfere, conserva, modifica ou extingue direitos e deveres, visualizados no dinamismo de uma relação jurídica”.

Ao se falar em contratos, contudo, não há como afastar a noção de autonomia da vontade dos contratantes, e por esse princípio tem-se o direito concedido aos particulares de se regerem por suas próprias leis. A respeito do tema, será analisada em capítulo a parte (Capítulo IV) a intervenção do Estado nos regimes contratuais civis, dando-se ênfase à importância das relações privadas e à autonomia da vontade.

A livre iniciativa pode ser compreendida, pois, como uma forma de liberdade social e limitada, o que explica a necessidade de regulação do sistema econômico pelos

---

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. p. 5.

<sup>71</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 117.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

entes estatais, através de fiscalização e normatização de regras, a serem respeitadas por empresas atuantes no mercado.

Essa livre iniciativa será ponderada, neste estudo especificamente no campo das relações contratuais civis (liberdade contratual), no qual, inclusive, serão examinados alguns casos concretos (julgados do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), para por fim culminar com a interpretação constitucional e a ponderação dos princípios que norteiam a Ordem Econômica do país; daí, a importância de se entender aqui a livre iniciativa como um direito fundamental.

### 3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

O Estado<sup>73</sup> pode ser conceituado como comunidade e como poder organizado ou, de outro prisma, como organização da comunidade e do poder. Equivale, assim, a abordar a “comunidade ao serviço da qual está o poder, em poder conformador da comunidade e em organização que imprime caráter e garantias de perdurabilidade de uma e outro”<sup>74</sup>.

Para Kelsen<sup>75</sup>, o “Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional” (em contraposição a uma internacional). O Estado, para o referido autor, deve ser considerado como pessoa jurídica, isto é, personificação da ordem jurídica nacional que constitui uma comunidade, ou uma ordem social equivalente ao direito. O Estado, na visão kelseniana, é aquela “ordem da conduta humana que pode ser chamada de ordem jurídica”, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta.

Neste estudo, no entanto, procura-se relacionar a idéia de Estado, indivíduo e Direito, já que será adotada a linha segundo a qual o Estado é uma entidade sociológica, uma realidade social que existe e depende do indivíduo, bem como uma ordem jurídica interna<sup>76</sup>. Isso porque, conforme ensina Reis Friede<sup>77</sup>, o Estado também se apresenta “como uma entidade com fins precisos e determinados, (...) considerando, sobretudo, a função estatal precípua de regular globalmente, em todos os seus aspectos, a vida social da comunidade, visando à realização do bem comum”.

---

<sup>73</sup> O termo Estado é oriundo de *stato*, do verbo *stare*. Designando organização estável, o conceito de Estado indica e apresenta um modelo de ordenamento político.

<sup>74</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 1997. p. 12. Tomo I.

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 262.

<sup>76</sup> Pretende-se fazer essa abordagem conceitual do Estado para melhor sustentar os limites de intervenção propostos no estudo. Contrapondo-se à idéia aqui apresentada, para Kelsen, existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada.

<sup>77</sup> FRIEDE, Reis. Direito e efetividade jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n. 139, p. 28, out. 2002.

Para sustentar essa linha argumentativa, busca-se em Miguel Reale<sup>78</sup> que o Estado é “uma sociedade ou nação organizada numa unidade de poder, com a distribuição originária e congruente das esferas de competência segundo campos distintos de autoridade”.

Para tentar atenuar essa discussão sobre a relação entre o Estado e o Direito, Bobbio<sup>79</sup> oferece o seguinte entendimento sobre o assunto:

Com a transformação do puro Estado de direito em Estado social, as teorias meramente jurídicas do Estado, condenadas como formalistas, foram abandonadas pelos próprios juristas. Com isso, recuperaram vigor os estudos de sociologia política, que têm por objeto o Estado como forma complexa de organização social (da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos).

Após o entendimento dessas premissas a respeito do Estado, cabe, agora, enfatizá-lo como uma unidade constituída por três elementos essenciais: território, povo e soberania. O território pode ser entendido como o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo o poder de império sobre pessoas e bens. Já o elemento povo diz respeito ao elemento humano, ou seja, o conjunto de pessoas que mantêm um vínculo jurídico-político com o Estado, pelo qual aquelas se tornam parte integrante deste. A soberania é o elemento formal do Estado. Soberania no sentido político é o poder incontestável de querer coercitivamente e traçar competências. No sentido jurídico, é o poder de decidir em última instância. Tem-se, pois, a respeito do poder soberano, na visão de Celso Ribeiro Bastos<sup>80</sup>:

Poder soberano é todo aquele que não encontra limites, quer no âmbito interno, quer no âmbito externo. No entanto, ressalta-se que este poder não é absoluto, já que nos Estados existem limitações constitucionais ao exercício desse poder. O Estado constitucional é aquele que só pode atuar nos limites das competências que lhe são referidas pela Lei Maior.

Reale<sup>81</sup> ensina, por exemplo, que soberania e positividade do Direito são dois conceitos “que se exigem reciprocamente: soberano diz-se do poder que, em última instância, põe ou reconhece o Direito positivo; Direito positivo é, por excelência, aquele que tem, para garanti-lo, o poder soberano do Estado”.

---

<sup>78</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 189.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 57.

<sup>80</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48.

<sup>81</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 189.

Ainda sobre a soberania, José Eduardo Faria<sup>82</sup> explica que a soberania, em seu significado moderno, diz respeito a um “poder de mando incontestável numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo”. Ou seja, pode-se falar em poder soberano a partir da idéia de “um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos os seus habitantes”.

Kelsen<sup>83</sup> coloca que o povo do Estado deve ser considerado como a esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional. O elemento povo é entendido pelo autor como os seres humanos inseridos dentro de dado território e que podem ser considerados como uma unidade, porque se trata de uma integração/união num sentido jurídico.

Para Del Vecchio<sup>84</sup>, além do povo e do território, “o que existe é o vínculo jurídico, que seria, na realidade, um sistema de vínculos, pelo qual uma multidão de pessoas encontra a própria unidade na forma do direito”.

O objetivo deste estudo, no entanto, não é analisar o Estado numa perspectiva puramente conceitual e delimitada pelos seus elementos, mas a partir da idéia de intervencionismo estatal no domínio econômico.

Os elementos conceituais foram apresentados porque eles retratam a idéia central, sustentada pela teoria geral do Estado, de que os elementos são essenciais para a formação do Estado. Não há que se falar em Estado sem a análise do povo, do território e da soberania.

Por intervenção, devem-se entender as formas em que o Estado pode influenciar ou até mesmo limitar a atuação particular no mercado econômico. Ao se falar em intervenção, porém, não se podem conjecturar formas de intervenção estatal indiscriminadas e abusivas. Pelo contrário, essa intervenção só pode acontecer em

---

<sup>82</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 261.

<sup>84</sup> Del Vecchio apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

situações específicas, e desde que amparada por normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

Além disso, é válido lembrar que o Estado não pode impor ao particular a maneira de conduzir sua atividade econômica. Cabe ao Estado, pelo contrário, incentivar, fiscalizar e regular, conforme já foi considerado. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>85</sup> adverte que a “Administração Pública não tem o título jurídico para reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito de desempenho da atividade econômica”.

Para compreender como ocorre a intervenção do Estado na atividade econômica, será imprescindível analisar o papel estatal e as suas modalidades de intervenção.

### 3.1 O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA: DEVERES NEGATIVOS OU POSITIVOS?

Existem dois sistemas fundamentais que tratam da organização da vida econômica de um Estado. O primeiro é o sistema socialista, baseado na ordem coletiva dos meios de produção. O outro sistema é o capitalista, fundado na propriedade privada, na iniciativa privada e na livre concorrência, que é o modelo adotado na Constituição Federal de 1988<sup>86</sup>.

Washington Peluso<sup>87</sup> ensina que permanecem, em todas as Constituições brasileiras, os princípios ideológicos do capitalismo, como regime político, combinado com o liberalismo, nas Constituições de 1824, e especialmente a de 1891; e com o neoliberalismo, nas Constituições de 1934, 1937 (em que pesem as suas caracterizações corporativistas), 1946, 1967/69 e 1988.

---

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 489.

<sup>86</sup> Entender-se-á o neoliberalismo em momento oportuno (Item 3.3), quando será questionado o seu momento histórico.

<sup>87</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 322.

Ainda sobre o capitalismo, Boaventura de Souza Santos<sup>88</sup> traça um perfil histórico do capitalismo impregnado de crítica e visão sociológica, explicando que no campo jurídico e político, a comprovação do paradigma da modernidade pode ser vislumbrada no século XIX. É justamente nesse período que o capitalismo se torna o “modo de produção dominante nos países centrais e que a burguesia emerge como classe hegemônica. O período do capitalismo liberal cobre todo o século XIX, embora as três últimas décadas tenham caráter de transição”.

A transição do ideal de liberdade na mudança do Estado Absolutista para o Estado Liberal, como já mencionado, teve importância não só no direito de participar na tomada de decisões políticas, como também no direito de o indivíduo agir sem a interferência do Estado. Ocorre que do constitucionalismo liberal dos Séculos XVIII e XIX passou-se ao constitucionalismo social do século XX<sup>89</sup>.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>90</sup>, os direitos sociais apresentaram nesse período os seguintes contornos:

Os direitos sociais foram, inicialmente, formas de manifestação legítima e necessária da intervenção do Estado em matéria econômica e de política social. Sem essa intervenção (...) a dignidade e a liberdade do homem não teriam efetividade.

A autora acima relaciona, ainda, os direitos sociais com os direitos fundamentais considerando que eles relevaram a imprescindibilidade de realização das condições materiais na vida política, econômica e social. Na verdade, esses direitos sociais “somam-se aos direitos fundamentais para se realizarem uns e outros em igual significação e grandeza. Não se excluem, não se contradizem, não são uns formais e outros reais”<sup>91</sup>.

Desses comentários, pode-se depreender que os antecedentes constitucionais cresceram até formar uma espécie de sistema jurídico fundamental. A insatisfação

---

<sup>88</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 139.

<sup>89</sup> O Estado liberal tem em vista uma sociedade livre da gestão ou direção do poder. O Estado social intervém na sociedade para transformá-la.

<sup>90</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 27.

<sup>91</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Op. Cit, p. 27.

com o constitucionalismo liberal foi um reflexo do liberalismo econômico que renegava a efetividade social.

Comenta Geovany Cardoso Jevaux<sup>92</sup> sobre a transição do liberalismo ao Estado social alertando que o Estado, antes do início da vertente liberal, foi a grande figura que atemorizou o indivíduo, sobrepondo-se a ele, anulando-o. O liberalismo opôs-se a essa situação, removendo o indivíduo dessa posição e localizando-o como protagonista. Esqueceu-se, porém, de alargar o conceito de indivíduo, atrelando tudo aos direitos políticos, desconhecendo a relação material do homem com as coisas (propriedades). A partir desse enfoque, surge o estado social, interventor, a título de uma igualização e melhor distribuição de riquezas, que restringiu a liberdade ilimitada e impôs a liberdade disciplinada, socializada.

Duas foram as Cartas constitucionais que contribuíram para o avanço do constitucionalismo social: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Esta última marcou consideravelmente o tratamento do homem a partir de sua contingência social, inovando ao impor limitações negativas ao Estado em sua conduta para garantir os direitos fundamentais.

Eros Roberto Grau<sup>93</sup> entende que a Constituição Federal brasileira “consagra um regime de mercado organizado, entendido como aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica, onde opta pelo tipo liberal do processo econômico”, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências<sup>94</sup>.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece duas formas de atuação do Estado na Ordem Econômica: a participação e a intervenção. Fala-se em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, chamada também de atuação indireta.

---

<sup>92</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. Liberdade e Direitos Individuais em Sieyès e Constant. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Vitória**, Vitória, n. 2, p. 73-82, jul. 2001.

<sup>93</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

<sup>94</sup> Essa interferência pode ser vista como a exercida pelo próprio Estado ou pelo embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico.

Sendo assim, o Estado pode ter uma atuação direta e indireta no domínio econômico. Na primeira intervenção, o Estado atua ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado de particulares. Já a segunda intervenção refere-se à “regulamentação normativa de atividades econômicas, que serão naturalmente desenvolvidas pelos particulares”<sup>95</sup>.

Luís S. Cabral Moncada<sup>96</sup> explica sobre a atuação estatal direta e indireta:

Quando os Poderes Públicos intervêm diretamente na economia, quando prosseguem objetivos diretamente econômicos temos intervenções imediatas; é o caso das medidas de polícia ou de apoio ou fomento de atividades econômicas, bem como das intervenções diretas, traduzidas por exemplo na existência e na atuação das empresas públicas. Quando as suas medidas não têm apenas objetivos econômicos, repercutindo-se embora sobre a economia, por exemplo, medidas de política fiscal, empréstimos que visem absorver o poder de compra, bonificação de juros ou abertura de linhas de crédito a favor da construção social, definição de certos regimes jurídicos, da fixação de rendas, etc., temos intervenção mediata. Neste tipo de intervenções o Estado não intervém na economia mas sim sobre a economia.

Para compreender a atuação estatal acima, torna-se interessante observar a mutação ocorrida na Constituição de 1967, no artigo 163, para a Constituição atual, no artigo 173, a saber:

Artigo 163 - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

No texto da Constituição de 1967 há uma possibilidade de intervenção em caso de monopólio. Já a Constituição de 1988 dispõe que a exploração direta só será permitida em alguns casos excepcionais. Isso significa que “na primeira situação há

---

<sup>95</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 57.

<sup>96</sup> MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Econômico**. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 33.

uma faculdade aberta ao Estado, enquanto que na segunda existe uma norma proibitiva que permite algumas exceções<sup>97</sup>.

A esse respeito, João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>98</sup> entende que a Constituição de 1988 mudou inteiramente a situação anterior, vigente ao tempo da Constituição de 1967, quando a atividade estatal era supletiva da iniciativa privada, justificando-se, àquela época, de forma ampla, a exploração direta pelo Estado da atividade econômica.

O constituinte de 1988 teve clara intenção de proibir a atuação do Estado como empresário, afastando-o da atuação direta na economia. Por outro lado, cabe à atuação estatal agir como agente normativo e regulador, exercendo algumas funções, quais sejam: fiscalizar, incentivar e planejar.

Os artigos 173 e 174<sup>99</sup> da Constituição Federal procuram definir o papel que passa a ser desempenhado pelo Estado na Ordem Econômica, de forma a traçar também os seus limites de atuação.

Cabe, agora, analisar a idéia de intervenção. Buscando em Hely Lopes Meirelles<sup>100</sup> o significado do termo intervenção, o autor explica que está incorreta a utilização desse termo ao se falar na participação do Estado na atividade econômica, melhor seria utilizar o termo atuação. Dessa forma, o Estado pode atuar em área de sua titularidade (quando pratica atuação estatal, que é ação do estado no campo da atividade econômica em sentido amplo) e atuar em área de titularidade da iniciativa privada (quando pratica intervenção, que é atuação estatal no âmbito da atividade econômica em sentido estrito).

---

<sup>97</sup> GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 174.

<sup>98</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 99.

<sup>99</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>100</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 602.

Continuando a demonstrar a opinião de Hely Lopes Meirelles<sup>101</sup>, tem-se a respeito das formas de atuação do Estado na economia:

Atuar é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar. Tal interferência pode ir desde a repressão a abuso do poder econômico até as medidas mais atenuadas de controle do abastecimento e de tabelamento de preços (...).

O sentido da palavra intervenção pode ser compreendido como o ato ou efeito de interferência ou, em termos mais claros, pode ser entendido como a atuação em área de outrem. No campo econômico, então, a atuação econômica, via de regra, é atributo da iniciativa privada, a presença do Estado nessa seara acaba por se tornar uma interferência no domínio dos particulares.

Já Eros Roberto Grau<sup>102</sup> explica a respeito do termo intervenção:

O Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.

Em resumo à opinião do autor Eros Roberto Grau, tem-se que a intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.

Washington Peluso Albino de Souza<sup>103</sup> explica a intervenção estatal como uma forma de ação. Subentende certa maneira de agir, e uma outra que a ela se antepõe. Assim, ao se falar em intervenção, conserva-se o princípio ideológico “liberal” da abstenção do Estado em termos de ação econômica direta, admitindo-se a “exceção” de que possa atuar, portanto “intervir”, em determinadas circunstâncias.

---

<sup>101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 602.

<sup>102</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132.

<sup>103</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 318.

Pode-se, assim, conceituar, na visão do supramencionado autor, a “intervenção” como um “fato político”, enquanto traduz a “decisão” do “Poder Econômico” por atuar no campo que determina; e “jurídico”, quando institucionalizado, regulamentado pelo Direito<sup>104</sup>.

A intervenção pode acontecer de quatro maneiras: por participação, por direção, por absorção e por indução<sup>105</sup>. A participação se configurará quando o Estado agir na atividade econômica concomitantemente com os particulares. Nesse caso, o Estado atua com empresas privadas do mesmo setor. Quando há a intervenção por direção, o Estado age através de mecanismos com força coativa. A intervenção por absorção é o caso de atuação do Estado por regime de monopólio, ou seja, quando os entes estatais assumem inteiramente o exercício de determinada atividade. Já a intervenção por indução é aquele tipo de intervenção que se pauta em incutir certos comportamentos ou decisões mediante sanções premiais.

A esse respeito também comenta Norberto Bobbio<sup>106</sup> que as sanções premiais ocorrem mediante punições de ordem tributária ou administrativa quando quer “desestimular algumas atividades, por exemplo, elevando o imposto de importação como forma de reserva de mercado para produtos locais”.

Após delimitar os entendimentos do ato de intervenção estatal, cabe ponderar que a expressão “intervenção” traduz um preconceito liberal, já que nesse caso o Estado se faz presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como “exceção”. O “Estado não atuar economicamente seria a ‘regra’ da livre concorrência. Atuar seria ‘intervir’ contra a regra”<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 319.

<sup>105</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134.

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 59.

<sup>107</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Op. Cit, p. 316.

Entendido o sentido da intervenção estatal e suas formas de atuação, passa-se a compreender a tipologia<sup>108</sup> da intervenção. Para isso, busca-se em Luís S. Cabral de Moncada<sup>109</sup> a diferença entre intervencionismo, dirigismo e planificação:

A diferença entre intervencionismo e dirigismo é muito importante, porque é uma diferença qualitativa, dado que só o dirigismo, característico do pós-guerra, pressupõe uma atividade coordenada do Estado em prol da obtenção de certos fins, ao contrário do empirismo que caracterizava o intervencionismo. (...) A diferença entre o dirigismo e a planificação é a de ordem quantitativa. A planificação é um dirigismo por planos. A diferença reside no grau de racionalização mais apurado que subentende o documento planificatório.

Importante essa distinção apresentada pelo mencionado autor, porque explica o momento histórico da intervenção, ou seja, o auge do liberalismo, e o momento do dirigismo, que foi no fim da grandes guerras mundiais.

Considerados esses aspectos, para finalizar o estudo do papel do Estado na Ordem Econômica se faz necessário, ainda, examinar o papel negativo ou positivo de tal atuação econômica. Dessa maneira, em primeiro plano, deve-se considerar que, quanto aos direitos individuais, constitui-se ao Estado um não fazer, ou seja, um dever negativo. Por outro lado, com relação aos direitos sociais, há uma obrigação positiva.

Em relação a esse ponto pondera Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>110</sup>:

Enquanto os direitos fundamentais individuais são direitos oponíveis ao Estado, a dizer, direitos que resguardam o espaço de liberdade do indivíduo e estabelecem uma baliza de ação negativa do Estado (este não pode intervir nesse campo livre do indivíduo), os direitos fundamentais sociais são direitos impositivos ao Estado, quer dizer, direitos que estabelecem uma obrigação de atuação positiva do Estado.

Retoma-se a idéia de que o Estado social tem como premissa desempenhar o bem-estar de toda a sociedade. Salientam-se, dessa maneira, os direitos dos mais fracos

---

<sup>108</sup> Tipo significa a forma fundamental comum a todos os indivíduos de uma mesma espécie. Pode revelar também alguma forma de modelo ou exemplar, ou ainda, uma forma geral em volta da qual oscilam as variações individuais de uma raça, de uma espécie.

<sup>109</sup> MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Econômico**. Lisboa: Coimbra Editora, 1988. p. 32.

<sup>110</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43.

economicamente, para que de sua efetividade sobrevenha a igualdade política e jurídica.

Relacionando, então, a atuação estatal no âmbito econômico, pondera José Afonso da Silva<sup>111</sup>:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito de realização de determinada política econômica (...). Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais.

Já Robert Alexy<sup>112</sup> explica a liberdade negativa e a positiva, relacionando-as com a ação do indivíduo, da seguinte maneira: “en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción”.

Na teoria política, segundo Bobbio<sup>113</sup>, as duas formas de liberdade podem ser diferenciadas com base em diferentes sujeitos históricos. Quando se leva em consideração a liberdade negativa, o sujeito histórico a que se remete é o indivíduo singular; já quando o objeto do discurso é a liberdade positiva, o sujeito histórico a que se refere é um ente coletivo. Com isso, para a primeira liberdade emprega-se freqüentemente a idéia de “liberdade em face do Estado”, que atrai a atenção para a liberdade do indivíduo. Já na segunda liberdade, adapta-se a fórmula “liberdade do Estado”, em que o sujeito da liberdade é o ente coletivo.

Bobbio<sup>114</sup> faz também outra relação da atuação estatal como dever negativo ou positivo:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados

---

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277.

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 215.

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 57.

<sup>114</sup> Idem. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 21.

comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros um certo número de obrigações positivas.

Para este estudo, será considerado o aspecto de que quanto mais os poderes dos indivíduos (na esfera econômica) aumentam, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos<sup>115</sup>.

Para finalizar esta parte do estudo, cabe considerar, segundo Geovany Cardoso Jevaux, que a liberdade e os direitos individuais dos cidadãos vivem dentro de um espaço público, não individual, eminentemente político, cuja extensão altera-se “conforme os reflexos positivos ou negativos impostos ao chamado *interesse comum*, ou vontade da maioria, na linha em que ou além da qual eles não existem, porque fora da ordem comum”.

Neste ponto, cabe aqui conhecer as formas de intervenção estatal, para em seguida compreender os limites de atuação dos poderes dos direitos sociais.

### 3.2 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Conforme já mencionado, existem duas formas de ocorrer a intervenção: uma é a direta a outra é a intervenção indireta. Neste ponto do estudo, serão apreciados alguns instrumentos que permitem a participação do Estado na economia, tais como a empresa pública, a sociedade de economia mista e a atuação dos particulares que exercem função pública (concessão, permissão e autorização).

Além destas formas, existem outras maneiras de realização do serviço público, quando se parte de uma análise do Estado como agente regulador e normativo da atividade econômica, como o próprio artigo 174 da Constituição Federal preceitua. Por isso, pretende-se considerar também o papel das agências reguladoras na economia.

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 22.

O dispositivo constitucional que dispõe a respeito dos serviços públicos é o artigo 175, o qual prevê que incumbe ao poder público a prestação de serviços, a saber: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Para compreender melhor as modalidades de intervenção, tem-se que entender também o significado de serviço público. O serviço público, numa noção inicial, é uma atividade desenvolvida pelo Poder Público porque corresponde a uma necessidade essencial da sociedade.

Toshio Mukai<sup>116</sup> explica serviço público a partir da idéia de essencialidade da seguinte forma:

Serviço público é a atividade que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade, para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas: portanto é um conceito anterior ao próprio Estado, porque o direito não é exclusivamente criação legal.

As teorias do serviço público desenvolveram-se no século passado, com a chamada Escola do Serviço Público, chefiada por Duguit, acompanhado por Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros, e atingiram um grau tão complexo, que abrangiam todas as atividades do Estado<sup>117</sup>.

Hely Lopes Meirelles<sup>118</sup> entende sobre o serviço público:

“Todo aquele serviço prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>119</sup> ensina que:

---

<sup>116</sup> MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

<sup>117</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42.

<sup>118</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 297.

<sup>119</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 89.

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Analisando agora o processo de desestatização, tem-se que ele se caracteriza pelo incremento da prestação indireta, pois aumentam as delegações desses serviços. A forma indireta se caracteriza por quatro modalidades, a saber: concessão, permissão, autorização e terceirização<sup>120</sup>.

O serviço público é a atividade exercida pelo Poder Público direta e indiretamente para realizar seus fins. A instituição dos serviços públicos é matéria afeta à Constituição pela determinação de competência dos entes. São elementos para definição do serviço público: o material, no que diz respeito à atividade de interesse público; o subjetivo, para identificar a própria presença do Estado (artigo 175 da CF); o formal, para entender o procedimento do direito público<sup>121</sup>.

A atividade econômica, dessa forma, ficou constitucionalmente reservada à sociedade, exceto nos casos apontados pela lei, em que estão alguns serviços que podem se perfazer no âmbito econômico, previstos na própria Constituição Federal.

Diogo de Figueiredo Neto<sup>122</sup> explica que a atividade econômica, ainda que conferida ao Estado “como um serviço público, continua vocacionada à colaboração do setor privado, pois não perde sua característica de produtora de lucro, domínio adequado à livre iniciativa”.

A esse respeito, pondera Ives Gandra da Silva Martins<sup>123</sup>, diferenciando a intervenção econômica no âmbito privado e a prestação de serviço público por empresas privadas:

---

<sup>120</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 31.

<sup>121</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 298.

<sup>122</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado. **Boletim de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 75-81, fev. 1997.

<sup>123</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva apud TAVARES, André Ramos Tavares. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 318.

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado e, no segundo, o segmento privado pode atuar como acólito do Estado na prestação de serviços públicos, que não se confundem com os aspectos pertinentes ao artigo 173.

Após esses esclarecimentos, cabe, então, explicar o direcionamento de cada uma das atuações estatais na Ordem Econômica no que diz respeito à prestação de serviço público<sup>124</sup>. Para especificar essa idéia, pode-se apontar o exemplo dos serviços públicos comerciais ou industriais, já que, antes mesmo de serem considerados atividades econômicas, são atividades também estatais que precisam de um tratamento jurídico-administrativo.

As empresas estatais, para Carlos Ari Sundfeld<sup>125</sup>, podem ser entendidas como:

Personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são, em definitivo, organizações estatais. Nelas concorrem duas importantes notas: por uma parte, realizam ação governamental; por outra, integram a estrutura orgânica do Estado.

Desse conceito do supramencionado autor, depreende-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a estrutura orgânica do Estado, sendo consideradas Administração Pública no sentido subjetivo<sup>126</sup>.

As empresas públicas, conforme disposição do artigo 37, inciso XIX<sup>127</sup> da CF<sup>128</sup>, são entidades com participação acionária majoritária pública. A empresa pública pode ser conceituada como pessoa jurídica de direito privado a se constituir, com capital exclusivamente público, para desempenhar atividades comerciais ou industriais. Essa pessoa jurídica poderá, para tanto, revestir-se de qualquer forma de

<sup>124</sup> É importante considerar que a atividade econômica do Estado é uma atividade que ele assume dentro de sua política econômica, respeitando sempre os princípios constitucionais da Ordem Econômica, porque aí está presente o interesse público dessa atividade.

<sup>125</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. In: Carlos Ari Sandfeld (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 264.

<sup>126</sup> Os variados entes da Administração Pública Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) distinguem-se uns dos outros quanto à natureza pública ou privada de sua personalidade, conforme maior ou menor proximidade de seu regime para com o da Administração Pública.

<sup>127</sup> Artigo 37, inciso XIX: "Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação."

<sup>128</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. 386p. (Coleção Saraiva de Legislação). p. 41.

organização empresarial.

Toshio Mukai<sup>129</sup> aponta que o que diferencia a sociedade de economia mista da empresa pública é que, nesta última, “é o capital exclusivamente público, de uma ou mais entidades públicas, sendo constituída, organizada e controlada pelo Poder Público”. Já as sociedades de economia mista são entidades que possuem sua estruturação em direito privado, mas com alguma participação pública. Sua criação também ocorre por lei, conforme a mesma previsão constitucional das empresas públicas.

O autor acima pondera também que, como o patrimônio das empresas públicas, seus fins e sua direção são estatais, sujeita-se ao controle administrativo e político do Estado, mas “como entidade privada vale-se dos meios de iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público<sup>130</sup>”.

A concessão e a permissão de serviço público estão previstas nos artigos 21, inciso XI e XII<sup>131</sup>, 175<sup>132</sup> e 223<sup>133</sup> da Constituição Federal. Para Lúcia Valle Figueiredo<sup>134</sup>, concessão constitui:

Espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>135</sup> entende por concessão de serviço público:

<sup>129</sup> MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 37.

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 37.

<sup>131</sup> Dispõe o artigo 21, inciso XII: “Compete à União: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.”

<sup>132</sup> Prevê o artigo 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

<sup>133</sup> Preceitua o artigo 223: “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

<sup>134</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90.

<sup>135</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 457.

É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço

Segundo a Lei 8.987/95, concessão significa:

Artigo 2º, inciso II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado<sup>136</sup>.

Das atividades avaliadas acima, podem ocorrer na realização do serviço público medidas destinadas a regular o serviço concedido, isto é, a intervenção no serviço concedido. O artigo 32 da Lei 8.987/95 prevê sobre tal intervenção:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida<sup>137</sup>.

Dessa forma, nos contratos de concessão de serviço público, há a possibilidade de intervenção estatal na atividade particular somente na hipótese de descumprimento contratual. Na verdade, não há uma intervenção como acontece na relação entre particulares para regulamentar ou “dirigir o contrato”. Segundo o mencionado acima na Lei 8.987/95, só ocorre a interferência estatal quando o serviço público não estiver sendo prestado de forma adequada ou quando o contrato for inadimplido.

Explicando agora a permissão, podem-se considerar os serviços permitidos como aqueles cujos requisitos para a sua prestação aos usuários são estabelecidos pela Administração Pública, que, por ato unilateral, delega a execução de serviços aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho.

---

<sup>136</sup> BRASIL. Lei, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. p. 1.002.

<sup>137</sup> Ibid., p. 1.003.

Permissão para a Lei 8.987/95 constitui:

Artigo 2º, inciso IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco<sup>138</sup>.

A diferença entre as duas formas acima de prestação de serviço público reside em dois fatores: o primeiro trata da forma de constituição, que na concessão decorre de um acordo de vontades e na permissão de um ato unilateral; o segundo fator decorre da precariedade, que existe só na permissão, podendo o ato que criou a prestação do serviço ser alterado e revogado a qualquer momento pela Administração Pública.

Já a autorização refere-se a um ato administrativo e unilateral, que se enquadra na prestação de serviços públicos emergenciais e esporádicos, possuindo também conteúdo parcialmente discricionário e precário, podendo ser revogado, quando necessário for ao interesse público. A respeito, Lúcia Valle Figueiredo<sup>139</sup> exemplifica a autorização como aquela que pode ocorrer em casos de greves, no caso de as “empresas de turismo prestarem serviços de transporte para à população, ou ainda, em caso de situações relevantes, sem natureza constante”.

A concessão, a permissão e a autorização foram as formas delineadas como atuação do particular na Ordem Econômica, com o intuito de realização de serviço público<sup>140</sup>. Essas atividades são viabilizadas por meio de contratos administrativos<sup>141</sup> que não podem ser confundidos com os contratos privados<sup>142</sup>.

A distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado é importante para esta dissertação, tendo em vista que o tratamento da intervenção estatal em cada tipo contratual pode ser diferenciado. Por exemplo: no segundo tipo de

<sup>138</sup> BRASIL. Lei, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. p. 1.002.

<sup>139</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 109.

<sup>140</sup> Os particulares, quando no exercício de função pública por concessão, permissão ou autorização, realizam serviço público, de acordo com o artigo 209, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe que a competência delegada deve ser entendida como sinônimo de função pública.

<sup>141</sup> Entende-se por contrato administrativo todo ajuste entre particular e o Poder Público com o fim de realização de alguma atividade voltada para o interesse público.

<sup>142</sup> A intervenção estatal no regime privado será examinada no Capítulo IV.

contrato, o *pacta sunt servanda*<sup>143</sup> pode ser relativizado em razão de forte indício de onerosidade excessiva para um dos contratantes. Esse tipo de intervenção é denominado de dirigismo contratual<sup>144</sup>. Sendo assim, o negócio jurídico de que participa a Administração é regulado por um regime jurídico especial, que, conforme opinião de autores administrativistas, sobrepõe-se ao direito privado.

Deve-se entender que os contratos privados não são apenas os celebrados entre particulares. Da mesma forma, contratos públicos não são denominados de públicos porque executados e formados pelo Poder Público, mesmo que necessária a presença do Estado como contratante da relação contratual, pois os particulares não celebram, entre si, contratos de direito público. O Poder Público, pode, por sua vontade, celebrar contratos de direito privado e particulares têm a faculdade de ser parte nos contratos de direito público. Dessa maneira, para apontar o contrato em um ou outro ramo do Direito, será preciso analisar a sua sujeição a determinado regime jurídico de direito privado ou de direito público, o que traz como reflexo a distinção da posição que cada uma das partes assume na relação contratual.

Apesar dessas delimitações conceituais, necessário se faz esclarecer que não há que se distinguir o direito público do privado. Não é isso que se pretende aqui. Pelo contrário, a doutrina contemporânea revela ser extremamente defasada a distinção entre as esferas pública e privada. Indaga-se, nesse sentido, como precisar a separação da propriedade de sua função social ou a contratação massificada da proteção dos direitos dos particulares em caso de abusividade? Na há como ocorrer a separação entre os interesses aí propostos, o que pode ser feito é a ponderação<sup>145</sup> de um e de outro.

---

<sup>143</sup> O princípio do *pacta sunt servanda* é aquele que estipula regras entre os contratantes e elas não podem ser descumpridas, já que fazem lei entre as partes. Concentra-se tal princípio na irreversibilidade da palavra empenhada ou na força obrigatória dos contratos.

<sup>144</sup> A autonomia privada, a liberdade contratual e o dirigismo contratual serão estudados, conforme já mencionado, no Capítulo IV.

<sup>145</sup> A base teórica para sustentar a ponderação de princípios será feita, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, no capítulo VI.

Boaventura de Souza Santos<sup>146</sup> considera a respeito do binômio público e privado que “o déficit da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro”. A consequência provocada por essa polarização reaproxima os direitos público e privado a tal ponto, que cada um dos pólos tende a transpor-se no duplo pólo a que se opõe. Nessa medida, as “dicotomias que subjazem ao projeto da modernidade tendem a colapsar e os movimentos de oscilação entre os seus pólos são mais aparentes que reais”.

Para clarear a consideração, acima Maria Celina Bodin de Moraes<sup>147</sup> explica:

A íntima conexão com o fim da generalização dos conteúdos da razão prática está no enfraquecimento, por vezes a desintegração, de modelos tradicionais, relativos à formação das identidades coletivas (...). Este fenômeno acarreta, ainda, que categorias clássicas do direito constitucional, tais como: bem comum, interesse público, soberania, lei, direitos fundamentais precisem ser repensadas.

Uma boa forma de mediar a dicotomia público e privado são as premissas sustentadas para a preservação dos direitos humanos. Explica Celso Ribeiro Bastos<sup>148</sup> que:

Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial.

Comenta também a respeito da dicotomia público e privado Luís Roberto Barroso<sup>149</sup>, que entende que no direito, a temática já não é “a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state”. Deve-se compreender que a liberdade e a igualdade já não são os ícones. Fala-se em nova “onda de direito público, a nova onda é a governabilidade”. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o diploma civil “perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas”. O

<sup>146</sup> SANTOS, Boaventura de Souza apud JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos Adquiridos em face da Constituição. Proposta de um novo paradigma**. 2004. p. 196. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>147</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 111. 2001.

<sup>148</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 188.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

paradigma jurídico, que ocorria, conforme o autor, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Robert Alexy<sup>150</sup> anota também sobre os direitos humanos, considerando-os como direitos fundamentais transformados em direitos positivos. A esse respeito, cabe lembrar-se os direitos de terceira geração<sup>151</sup>, apresentados como direitos de solidariedade e fraternidade, que nasceram da concepção de que os direitos fundamentais não seriam apenas os direitos dos indivíduos ou dos grupos específicos, mas uma categoria de direitos que tratam da universalidade dos direitos humanos. Ressalta-se, desde já, que a distinção entre os direitos de primeira a quarta geração é uma classificação proposta por Paulo Bonavides<sup>152</sup>.

Percebe-se que a tutela da liberdade do indivíduo foi substituída pela proteção à dignidade da pessoa humana, isto é, os próprios direitos humanos, conforme anteriormente analisados. Assim, para uma correta e coerente interpretação e ponderação de valores na Ordem Econômica, impõe-se o desafio de se estabelecer a interpretação civil-constitucional das atividades contratuais, considerando também a dignidade da pessoa humana.

Não se trata, portanto, de impor limites à livre iniciativa, atribuindo maior relevo à solidariedade. O princípio a ser alcançado quando entra em choque a idéia do público e do privado, refere-se à dignidade da pessoa humana. Isso faz com que a medida de ponderação, para uma adequada tutela jurídica, ora se incline para a livre iniciativa, ora para a solidariedade.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana será em momento oportuno analisada (Capítulo VI). Lá, será esclarecido que não se pretende neste estudo atribuir à dignidade uma medida absoluta da interpretação e da ponderação de interesses, quando eles estiverem em colisão em dado caso concreto.

---

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 523.

<sup>152</sup> Ibid., p. 524.

Após a análise acima, por uma questão de delimitação de termos a serem utilizados para identificar o objetivo do serviço público, tem-se a seguinte tipologia: interesses públicos, interesses coletivos e interesses sociais. Tipo significa a forma fundamental comum a todos os indivíduos de uma mesma espécie<sup>153</sup>.

Públicos são os interesses que tratam do bem geral, isto é, o interesse geral da sociedade. Predomina aqui o interesse do Estado (que está em primeiro plano). Por interesse do Estado deve-se entender aquele que todos compartilham. Exemplo disso seria o interesse protegido numa desapropriação ou numa crise energética. Os interesses coletivos referem-se ao aspecto do homem socialmente vinculado, isto é, agrupado em associações sindicais, partidos políticos ou acionista de determinadas sociedades empresariais. O interesse coletivo é pautado, pois, num espírito coletivo organizado, sem sentimentos individuais. Já os interesses sociais podem ser compreendidos em sentido amplo (sociedade civil) ou restrito (ente jurídico personificado). Quando relacionado à sociedade civil, o interesse social refere-se à idéia de bem comum e de proteção da coisa pública<sup>154</sup>.

Por fim, pretende-se tomar aqui como sinônimos os termos apontados, a fim de evitar os inconvenientes de um excesso terminológico. Só há necessidade de identificar os termos propostos para relacionar e não distinguir as duas grandes ordens: a ordem coletiva e a ordem individual.

Analisaram-se até aqui as formas de prestação de serviço público. O objetivo dessa classificação foi compreender como o Estado atua na atividade econômica e até que ponto há a participação dos particulares nessas atividades; no item 3.4 será vislumbrada a regulamentação e/ou fiscalização do CADE nesses tipos de atuações econômicas.

---

<sup>153</sup> Pode revelar também alguma forma de modelo ou exemplar, ou, ainda, uma forma geral em volta da qual oscilam as variações individuais de uma raça, de uma espécie.

<sup>154</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 60.

### 3.3 A PRIVATIZAÇÃO E A IMPLANTAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

Já foi explanado anteriormente, que a Constituição Federal brasileira admite duas formas de atuação do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. A primeira atuação também é chamada de direta e a segunda é denominada de atuação indireta, já que o Estado age como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Neste momento, duas formas de intervenção especificamente serão cogitadas: a privatização e a atuação das agências reguladoras. Tais formas passarão a ser analisadas sob um aspecto de inter-relação entre os particulares e as entidades estatais.

#### 3.3.1 O que é Privatização?

Inicialmente, antes de adentrar no assunto propriamente dito, alerta-se que muito se cogita a respeito da reforma do Estado, da desregulação e da privatização dos serviços públicos. Acontece que não há uma convergência de opiniões sobre o fenômeno, que, ao mesmo tempo, condensa dimensões política, econômica, jurídica e social.

Privatização é qualquer forma de redução do tamanho do Estado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>155</sup>, as medidas inerentes a esse conceito são, fundamentalmente, a desregulação, a desmonopolização de atividades econômicas, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado e a concessão de serviços públicos.

Como já mencionado, quanto aos artigos 170 e 173 da Constituição brasileira, percebe-se que a intenção do Constituinte foi a de proibir que o Estado atue como

---

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, São Paulo, n. 08, p. 36-39, abril 1996.

empresário. A opção política, econômica e até mesmo social condiciona um norteamento legislativo a concretizar o mandamento constitucional, afastando o Estado da atuação direta no âmbito da economia, do exercício e da exploração da atividade econômica.

Em virtude, portanto, da redução da atuação do Estado em atividades de cunho econômico próprio do setor privado, tem-se recorrido constantemente ao instituto da privatização, devendo, nesse caso, ser observado o interesse coletivo quando da redução da atividade estatal, preservando-se a concorrência e os interesses do consumidor.

Segundo ensinamentos de Toshio Mukai<sup>156</sup>, o “processo de privatização de uma empresa estatal prestadora de serviço público não pode ser, e não é, jurídica e constitucionalmente igual àquele da empresa estatal exploradora de atividade econômica”. Explica o autor que a exploração da atividade econômica se dá com a venda de ações, ou, pelo menos, de seu controle acionário; já o mesmo não pode “ocorrer com a privatização de uma empresa estatal, visto que, antes dessa venda, ou concomitante a ela, deverá haver licitação para a outorga do serviço público”.

Considerados estes contornos conceituais, pretende-se elucidar a respeito da privatização com o seguinte julgado que demonstra a intervenção do Estado:

PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E AUTONOMIA DA VONTADE – MONOPOLISTA DE INSUMO ESSENCIAL – IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO – RECONHECIMENTO. A privatização de empresa que goze de posição dominante, notadamente quando monopolista, não infere a concessão de imunidade às regras antitruste; antes justifica a vigilância estatal quando necessária à manutenção do equilíbrio entre a empresa e as partes que com ela contratam<sup>157</sup>.

Na decisão acima, o CADE manifesta-se entendendo ser perfeitamente concebível e amparada pela ordem jurídica nacional a imposição de restrição à liberdade de contratação monopolista de insumo especial, no entanto a autarquia só admite tal restrição quando esta se revelar indispensável à salvaguarda da concorrência do mercado.

---

<sup>156</sup> MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 78.

<sup>157</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência**: Case Law. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 1182.

Ainda sobre a privatização, segue outra decisão do CADE:

PRIVATIZAÇÃO – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – TRANSFERÊNCIA DE MONOPÓLIO ESTATAL PARA O CONTROLE PRIVADO – COMPETÊNCIA DO CADE COMO ÓRGÃO DE TUTELA DOS DIREITOS DA COLETIVIDADE. A transferência de controle acionário das empresas prestadoras de serviços de telecomunicação do âmbito estatal para o privado nunca é neutra do ponto de vista concorrencial, ainda mais tratando-se da passagem de monopólio público para o privado, exigindo o controle do CADE na tutela dos direitos da Coletividade<sup>158</sup>.

Percebe-se, pelas decisões acima, que o papel do Estado é o de fiscalizar as atividades econômicas, mesmo que no exercício dessas atividades venha a ocorrer a privatização de um serviço público. O que se deve controlar é justamente o equilíbrio entre a prestadora do serviço, os administrados e outros particulares que possam realizar o mesmo serviço na economia.

### 3.3.2 Regulação econômica

Após breve exame da privatização, passa-se à apreciação da regulação. A regulação econômica é uma atividade que pode ocorrer sob o enfoque da edição de normas “destinadas a influir na concretização do fenômeno econômico, e, para conseguir tal concretização, o governo pode corrigir, alterar ou até mesmo condicionar os parâmetros espontâneos do mercado”; nesse caso, pode fiscalizar administrativamente ou apoiar a atividade econômica<sup>159</sup>.

Para Eros Roberto Grau<sup>160</sup>, a regulação é a “estruturação de uma nova teoria do direito, ou seja, uma teoria que pressupõe a harmonização dos interesses e a possibilidade de construção do coletivo a partir do individual”. Trata-se a regulação de uma concepção do Estado como agente de “duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares”, isto é, a prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do

<sup>158</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência: Case Law**. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 1203.

<sup>159</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 241.

<sup>160</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 72.

mercado, através do poder de polícia, de outro lado<sup>161</sup>.

Pondera Boaventura de Souza Santos<sup>162</sup> a respeito da consideração histórica acerca da desregulação:

É, de modo geral, reconhecido que a vaga de desregulação que actualmente [sic] assola os Estados e o sistema inter-estatal é altamente selectiva [sic] e que, por isso mesmo, a desregulação numa determinada área é habitualmente acompanhada de uma re-regulação noutra área.

Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas. A noção de regulação implica, pois, a integração de diversas funções, tais como, a imposição na forma que será conduzida as atividades e o respeito a certo equilíbrio de interesses das diversas forças sociais que convivem num mercado econômico.

Já as agências reguladoras<sup>163</sup> nada mais são que autarquias destinadas ao desempenho da regulação num setor econômico específico. Não integram um novo modelo organizacional dentro da Administração Pública, mas sim um conjunto de autarquias com algumas características em comum.

Para compreender melhor o fenômeno da regulação, analisar-se-ão, preliminarmente, os regimes políticos e econômicos do Século XX. A primeira Guerra Mundial deu início a um processo que provocou o fim do abstencionismo econômico proposto pelo liberalismo clássico. O advento da segunda Guerra Mundial intensificou ainda mais a presença do Estado como regulador da economia.

Segundo Geraldo Antônio Soares<sup>164</sup>, uma das características mais importantes do Século XX, que sempre esteve em cena desde o momento em que se construiu, ainda no Século XIX, representando um papel considerável em sua regulação, é o

---

<sup>161</sup> Desse contexto, depreende-se que a regulação da economia é um fenômeno multifacetário, dotado de grande heterogeneidade dentro dos Estados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia.

<sup>162</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 161.

<sup>163</sup> Agência reguladora é um termo originário do direito americano, para designar um tipo de ente da Administração Pública ao qual cabe o desempenho da regulação.

<sup>164</sup> SOARES, Geraldo Antônio. **A utopia liberal**: um ensaio sobre a historicidade do mercado como regulador econômico e social. Vitória: Edufes, 2000. p. 164.

“Estado, que passa a ser requisitado cada vez mais para regular ativamente o processo de reprodução do capital”.

Nesse contexto, as duas crises do petróleo da década de 1970, bem como a ineficiência da máquina estatal para organizar o fornecimento de serviços pelas empresas estatais, provocaram, a partir do início da década de 1980, um novo momento de participação estatal na economia. Surgiram, assim, tendências de privatização e liberalização da economia. Vital Moreira<sup>165</sup> identificou esse momento como “menos dependente da propriedade pública, da intervenção econômica direta do Estado e menos restritiva da concorrência”, o que provocou a abertura de setores antes reservados ao setor público ou explorados em regime de concessão exclusiva.

A relação desse modelo com a nova fase de prestação dos serviços públicos no Brasil condiz com o fato de que o Estado brasileiro deixou de adotar a postura de um Estado executor, que atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas, passando a ser um Estado regulador, que fixou as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social.

Assim, segundo Conrado Hübner Mendes<sup>166</sup>, ainda que no Século XIX o Estado desempenhasse um certo papel econômico, do qual se pode depreender a inexistência, na História moderna e contemporânea, de um Estado abstencionista, o “Século XX trouxe um modelo distinto, de um Estado efetivamente interventor na economia, tanto de maneira direta, por meio de empresas estatais, quanto indireta, pela regulação exterior”.

Explica ainda o autor alguns marcos jurídicos que podem ser apontados nessa redefinição de funções, como a multiplicação de agências reguladoras nos Estados Unidos dos anos 30, as Constituições alemã de Weimar (1919) e mexicana (1917), precursoras no tratamento constitucional da matéria econômica, e que “influenciaram

---

<sup>165</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Editora Almedina, 1997. p. 19.

<sup>166</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: Carlos Ari Sandfeld (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

diversos outros Estados nacionais, inclusive o Brasil, a assumirem a mesma postura, entre outras manifestações tópicas<sup>167</sup>”.

Nesse contexto histórico, tem-se nítida a idéia de neoliberalismo. O que é o neoliberalismo? Como ele é vivenciado na economia de mercado atual? Qual a relação do modelo neoliberal com a intervenção estatal<sup>168</sup>? A origem do neoliberalismo<sup>169</sup> é assunto de extrema divergência para os estudiosos da economia, da Ciência Política ou do Direito Econômico. Para alguns autores, a procedência do que se pode definir de neoliberalismo como fenômeno distinto do simples liberalismo clássico do século passado nasceu logo depois da Segunda Guerra Mundial<sup>170</sup>.

Para outros autores, como Hayek, não há como precisar o marco histórico dessa fase, até porque o neoliberalismo é uma utopia. Por exemplo, para Hayek é errôneo crer que o conhecimento econômico possa ser teorizado e centralizado. Para ele, o conhecimento econômico é essencialmente prático e individual. De tão prático que é, pode ser considerado como algo contrário à idéia de imutabilidade de direitos que venha a estagnar a ordem econômica livre; a isso o autor chama de catalaxia.

Sendo assim, neoliberalismo constitui uma ideologia, uma forma de se entender o mundo social. Na verdade, neoliberalismo é uma corrente de pensamento que surgiu, gradativamente, desde o início do Século XX.

O termo neoliberalismo significa, segundo Reginaldo Moraes<sup>171</sup>, uma corrente de pensamentos de uma ideologia, isto é, “uma forma de ver e julgar o mundo social”. Segundo o autor, pode também ser compreendido pelo “conjunto de políticas

---

<sup>167</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: Carlos Ari Sandfeld (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

<sup>168</sup> Essas indagações precisam ser entendidas para a correta identificação do modelo da Carta Constitucional brasileira e, assim, para compreender também a forma de interpretação a ser direcionada no estudo, quanto à relação intervenção estatal e livre iniciativa.

<sup>169</sup> O neoliberalismo econômico de nossos dias admite pontos de vista políticos que em sua grande parte foram constituídos pelos conservadores do século XIX.

<sup>170</sup> BORON, Atilio et al. **Pós-neoliberalismo**: As políticas sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 9.

<sup>171</sup> MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo**: de onde vem, para onde vai? São Paulo: Editora Senac, 2001. p. 13.

adotadas pelos governos neoconservadores, sobretudo a partir da segunda metade dos anos 70”.

Já Boaventura de Souza Santos<sup>172</sup> compreende a respeito do neoliberalismo:

A ideologia e prática do neoliberalismo, em combinação com as operações transnacionais de grandes empresas e das agências internacionais, conduziram a um certo esbatimento do protagonismo do Estado-nação como actor [sic] no sistema mundial (...). Esta perda relativa de protagonismo do Estado nos países centrais tem tido um papel determinante nas políticas sociais. Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, compartização nos custos, mercadorização, cidadania activa [sic], ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objectivo [sic] comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção do bem-estar social.

Para Hayek<sup>173</sup>, a idéia de neoliberalismo, quando associada à existência de Estado e de ação governamental no mercado atrelado à livre iniciativa, significa:

Todas as funções de governo constituem parte de suas atividades tendentes a criar uma estrutura que auxilie o indivíduo a tomar decisões; elas oferecem meios que os indivíduos podem usar para seus próprios fins (...). Além disso, na maioria dos casos não é de modo algum necessário que o governo assuma a administração direta de tais atividades; esses serviços podem, de forma geral, se oferecidos, e com melhores resultados, se o governo assumir parcial ou totalmente a responsabilidade financeira, embora deixando a direção dos negócios para organismos independentes e em certa medida competitivos.

A esse respeito, Hayek<sup>174</sup> também comenta acerca da relação entre livre iniciativa e justiça social, diante da idéia de neoliberalismo:

Torna-se agora necessário estabelecer uma clara distinção entre dois problemas inteiramente diversos que a reivindicação de ‘justiça social’ suscita numa ordem de mercado. O primeiro é o de apurar se, numa ordem econômica baseada no mercado, o conceito de ‘justiça social’ tem qualquer significado ou conteúdo. O segundo é o de definir se é possível preservar uma ordem de mercado impondo-lhe ao mesmo tempo (em nome da ‘justiça social’ ou sob qualquer outro pretexto) algum padrão de remuneração baseado na avaliação do desempenho ou das necessidades de diferentes indivíduos ou grupos por uma autoridade dotada do poder de aplicá-lo.

---

<sup>172</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 154.

<sup>173</sup> FRIEDRICH A. Von Hayek. Apud MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo**: de onde vem, para onde vai? São Paulo: Editora Senac, 2001. p. 73.

<sup>174</sup> Idem. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Editora Visão (UnB), 1985. p. 87.

Das ponderações sobre o neoliberalismo, o que pode ser aproveitado neste estudo são as seguintes críticas que os seus adeptos pontuam sobre o Estado intervencionista<sup>175</sup>:

A regulação legislativa, a atuação do Estado-empresário e a oferta de bens públicos e os serviços de proteção social confundem os sinais emitidos pelos mercados; o Estado transforma-se em instrumento de grupos de pressão que tentam firmar seus privilégios utilizando o discurso demagógico das políticas sociais; o crescimento das despesas públicas leva ao aumento das necessidades financeiras dos governos.

Vale ressaltar que a preocupação desta parte do estudo ao abordar o neoliberalismo foi para compreender melhor o surgimento da atividade regulatória, para no próximo ponto analisar especificamente o papel das agências reguladoras.

### 3.3.3 Agências reguladoras no Brasil

Agora cabe a apreciação das agências reguladoras no Brasil. Na verdade, a idéia de regulação não é nova. De longa data, conforme aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>176</sup>, existe uma série de órgãos e entidades reguladoras embora sem denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública, o Instituto de Defesa Permanente do Café e o Instituto do Alcool e do Açúcar.

A primeira atividade regulatória, com a denominação própria de agência reguladora, foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427/96, depois foram criadas também a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Lei 9.472/97 e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), pela Lei 9.478/97.

Dessa exemplificação, é notória a idéia de que as agências reguladoras no Brasil deram novos rumos à disciplina dos serviços públicos de energia elétrica, de

---

<sup>175</sup> MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?** São Paulo: Editora Senac, 2001. p. 39.

<sup>176</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, São Paulo, n. 46, p. 74-106, jan/mar. 2004.

telecomunicações e à exploração do petróleo. Ana Maria de Oliveira Nusdeo<sup>177</sup> comenta sobre o assunto:

Os antecedentes do processo de privatização e reorganização do funcionamento desses três setores são vários. Destaca-se a incapacidade de investimento do Estado para a expansão, universalização e modernização dos serviços; reclamando a sua transferência para grupos privados interessados na exploração econômica dos serviços e atividades (...). Porém, o movimento de privatização de setores econômicos anteriormente desenvolvidos tão somente pelo Poder Público, no mundo todo, insere-se numa rediscussão dos limites de atuação do Estado na atividade econômica e até na prestação de serviços públicos (...). Privatização, assim, relaciona-se não apenas à transferência da titularidade de concessões, permissões e autorizações para exploração de certos serviços e atividades das pessoas de Direito Público para as de Direito Privado, mas também à criação de um ambiente de mercado e de concorrência nos setores privatizados.

Pode-se delimitar como elementos intrínsecos das agências reguladoras a “independência administrativa, autonomia administrativa, autonomia financeira, autonomia patrimonial, autonomia da gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e ausência de subordinação hierárquica<sup>178</sup>”.

Diante dessas características basilares das agências reguladoras, tem-se por hábito afirmar que essas entidades possuem certa margem de independência em relação aos demais poderes estatais, já que detêm poderes quase-judiciais, quase-legislativo e quase-regulamentares<sup>179</sup>.

A preocupação deste capítulo, no entanto, concentra-se em explicar a prática das agências reguladoras no mercado. Isso porque não existe um limite, pelos menos legislativo, de como o Estado pode proceder com a intervenção nas atividades privadas.

As leis supramencionadas são totalmente omissas quanto ao estabelecimento da promoção da livre concorrência na prestação dos serviços e na exploração das atividades de energia elétrica, telefonia, petróleo e saúde. Em outras palavras, não

---

<sup>177</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: Carlos Ari Sandfeld (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 159.

<sup>178</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 160.

<sup>179</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, São Paulo, n. 46, p. 74-106, jan/mar. 2004.

há um equilíbrio de forças e controle da concorrência das empresas privadas e da participação do Estado nas atividades acima.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>180</sup> explica uma saída para este impasse de controle das agências reguladoras, mencionando que as agências não têm poder arbitral para solucionar conflitos entre os prestadores de serviço e o Poder Público, seja ele federal, estadual ou municipal. Além disso, tais autarquias não têm impedimento constitucional para solucionar controvérsias, ou, então, “impor regras de convivência, entre as próprias empresas concessionárias, sobretudo na difícil questão do compartilhamento de infra-estrutura”.

Sendo assim, a preocupação do Estado deveria ser também, em vez de regular e fiscalizar, criar regras a partir da idéia de implementação da livre concorrência. Aqui está relacionado o papel do CADE na proteção da concorrência com o apoio, é claro, do sistema nacional de defesa da Ordem Econômica, como a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculadas aos Ministérios da Justiça e da Fazenda respectivamente.

### 3.4 A ATUAÇÃO DO CADE NA ORDEM ECONÔMICA

Este capítulo se propõe a compreender a participação do Estado na atividade econômica através da atuação do CADE. Ao analisar a participação estatal a partir dessa perspectiva, no entanto, surgem algumas indagações: há limites para a intervenção do CADE? A legislação que regulamenta a atividade daquela autarquia condiz com os princípios constitucionais que orientam a economia?

Primeiramente é preciso entender que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) trata-se de uma entidade autárquica, regulada pela Lei 8.884/94, que tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica.

---

<sup>180</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 144.

Comenta André Ramos Tavares<sup>181</sup> sobre a atuação do CADE:

O CADE foi criado pela Lei 4.137/62, mas, conforme crítica da doutrina, restava como um órgão inoperante, sem maior força. A situação se tornou diversa com a promulgação da Lei 8.884/94, que o levou à categoria de entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Justiça, com competência em todo o território nacional.

De acordo com o art. 1º da lei do CADE, essa entidade deve pautar-se pelos princípios que regem a Ordem Econômica constitucional, pois eles direcionam a aplicação de todas as outras normas atinentes à matéria e dispostas na lei 8.884/94, a saber:

Art. 1º - Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei<sup>182</sup>.

Percebe-se, pois, que, além de o Estado poder intervir e atuar nas áreas acima expostas, em caráter de intervenção direta ou indireta, pode, também, prevenir ou reprimir as infrações contra a economia, através do CADE. A finalidade dessa autarquia é, portanto, conter a prática de atos que venham a prejudicar uma convivência harmônica de interesses na Ordem Econômica, isto acontece quando o particular no uso de sua liberdade acaba por extrapolar os limites jurídicos de concorrência, prejudicando, assim, outros particulares e desrespeitando o próprio interesse social.

Depois de analisar a estrutura do CADE, passa-se a decompor os questionamentos acima levantados. A premissa para responder a essas indagações tem o seguinte núcleo: a prática do poder econômico, quer público, quer privado, norteia-se em efeitos que dizem respeito aos direitos individuais e coletivos. Por isso, consideram-

---

<sup>181</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 320.

<sup>182</sup> BRASIL. Lei, nº 8.884, de 11 junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. p. 1.112.

se tais efeitos como o uso do poder econômico o que, segundo a Carta Constitucional de 1988, dá idéia de liberdade de concorrência e livre iniciativa<sup>183</sup>.

Dessa idéia de concorrência e iniciativa, surge a participação do CADE, tendo em vista que é ele que tem o papel de conduzir a economia sem abusos, limitando a atuação particular.

Conforme ensina Washington Albino Peluso de Souza<sup>184</sup>, “provém da própria ideologia liberal, em seu desenvolvimento para garantir a sobrevivência da concorrência, a necessidade de limitá-la, de cerceá-la”. Só que falar em limitação da livre iniciativa (esboçada também na liberdade de concorrer no mercado) parece totalmente contraditório ao que antes já foi apresentado neste estudo<sup>185</sup>, ou seja, no controle e repressão da atividade econômica torna-se nítida a presença de colisão de princípios (colisão de liberdade e limite de controle).

Já que se está falando em concorrência, é preciso considerar também a idéia de mercado dominante. Essa idéia é sinônima de inúmeras divergências doutrinárias, que não se pretende apontar neste estudo. Cabe, sim, considerar que mercado dominante é a idéia de monopólio de uma empresa no mercado, o que sugere a capacidade de ela controlar “parcela substancial, determinada em 20% do mercado relevante, alterável pelo CADE com a especificidade da economia<sup>186</sup>”.

A idéia de mercado relevante procura também apontar o mercado que se destaca quando equiparado aos demais, ou seja, destaca-se determinado mercado pela sua importância, dimensão ou característica em dada região.

---

<sup>183</sup> Ressalte-se que a liberdade de concorrência e a livre iniciativa são princípios diferentes, conforme já explicado no Capítulo II.

<sup>184</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 254.

<sup>185</sup> Sobre a livre iniciativa, foi dito no Capítulo II que ela se traduz na possibilidade de se exercer uma atividade econômica privada, especialmente mediante a liberdade de criação e gestão de sociedades empresárias, podendo, assim, apresentar as seguintes premissas: garante ao indivíduo a liberdade e a possibilidade de participar do mercado concorrencial e a não interferência estatal nas relações empresariais incluídas no âmbito das relações individuais.

<sup>186</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 255.

Após considerar os pontos conceituais acima, passa-se a dimensionar o entendimento do CADE através de alguns de seus julgamentos, que serão objeto de análise ao longo do trabalho, a saber:

CONTRATO DE ADESÃO – EFICIÊNCIAS – QUANDO CONFIGURA ABUSO DO PODER ECONÔMICO. Os contratos de adesão, embora possam significar excessiva à liberdade individual, ou dependendo das condições de mercado, restrição à concorrência, dão ensejo às eficiências na gestão administrativa das empresas e na redução dos custos de transação que não podem ser desprezadas. Assim, a limitação à concorrência ou à livre iniciativa decorrentes do abuso do poder econômico apenas é possível quando a empresa disponha de tal poder de mercado e sua prática seja capaz de limitar o próprio jogo concorrencial<sup>187</sup>.

CONTRATO DE ADESÃO – REJEIÇÃO CONTRATO DE ADESÃO – CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – REAJUSTE DE PRESTAÇÃO POR ÍNDICE INFLACIONÁRIO. A adoção de 'contrato padrão', não é, per se, conduta condenável pela Lei 8.884/94. Apenas quando se verificarem os efeitos previstos no art. 20 desse diploma é que são eles passíveis de questionamento pela autoridade de defesa da concorrência. Em tema de contratos de prestação de serviços educacionais, as cláusulas abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor, a imposição de reajuste mensal vinculado a índices de inflação e o repasse ao preço de incremento de custos são matérias estranhas ao Direito da Concorrência<sup>188</sup>.

O objetivo deste capítulo foi demonstrar que, apesar de o fundamento da possibilidade de atuação dos particulares no mercado ser o princípio da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV da Constituição Federal), ao CADE cabe zelar para que esse princípio seja utilizado sem abuso.

Ressalta-se que a forma de atuação do CADE será novamente analisada no Capítulo VI, no qual serão apreciadas as decisões já apontadas sobre os contratos de adesão, à luz da colisão e ponderação de princípios constitucionais.

Assim, constatou-se, nesse ponto do estudo, que a intervenção do Estado procura delinear alguns contornos no mercado econômico, a fim de proteger o mercado em si (no caso a idéia de concorrência), o particular e as empresas. Ocorre que os prejudicados nessa espécie de jogo de interesses acabam por questionar até que ponto há a justiça social ou distributiva.

---

<sup>187</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência: Case Law**. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 370.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 374.

#### 4 INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS

Mesmo tendo como preocupação central a interpretação constitucional dada à intervenção estatal quando em confronto com a livre iniciativa, há que se considerar, aqui, a relevância do Direito Civil no tocante ao aspecto contratual, já que se pretende demonstrar a livre iniciativa diante da perspectiva das relações contratuais no plano civil-constitucional. Neste capítulo, portanto, será apontada a intervenção estatal nos regimes contratuais civis para, no capítulo seguinte, traçar os limites de tal intervenção.

Por que falar em contrato no estudo da livre iniciativa? Porque uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, ou seja, a liberdade contratual.

Entende-se que esta liberdade de participação na atividade econômica confirma ideais capitalistas<sup>189</sup> enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as formas de desigualdade que lhe são inerentes. Antes de qualquer análise, entretanto, devem-se poupar os interesses sociais contratuais, junto com a livre iniciativa na disposição de fundamento do Estado, objetivando a ajustar o regime de produção e a dignidade da pessoa humana<sup>190</sup>.

Preceitua Eros Roberto Grau<sup>191</sup>, no que tange à ação estatal sobre os contratos:

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica.

---

<sup>189</sup> O capitalismo precisa ser considerado aqui como parte integrante do ambiente econômico adotado e vivido no país e, via de consequência, torna-se uma medida obrigatória na análise de qualquer conjectura jurídica que se estabeleça no ordenamento brasileiro.

<sup>190</sup> BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 49-54, abr/jun, 2003.

<sup>191</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132.

Diante dessa consideração, é importante levar em conta que os contratos são vias da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se restringem ao Código Civil. Na verdade, consoante Eros Roberto Grau<sup>192</sup>, as normas que norteiam as relações contratuais possuem também “preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social”.

No tocante à livre iniciativa, na perspectiva das relações contratuais civis, tem-se alguns aspectos a serem considerados. O primeiro aspecto refere-se à idéia de que o novo Código Civil suplantou a doutrina liberal que antes estruturava o Código Civil de 1916, já que este se pautava somente na autonomia da vontade para os ajustes contratuais.

Cássio Penteado Júnior<sup>193</sup> explica a transição do Código de 1916 para o de 2002 da seguinte forma:

No direito privado seguir-se-ia, centralmente, a autonomia da vontade das partes, ao revés da submissão, típica do direito público, às prescrições da lei (...). Pressupunham conceitos diversos sobre competência privada, caracterizadamente discricionária e autônoma, assim, com expressivo lugar à prevalência da vontade das partes na relação jurídica, de cunho obrigacional, e a competência social, como marca essencial do direito público, cujas conotações eram de compulsoriedade e de heteronímia.

Depreende-se, assim, que, nas relações privadas, quando não estava em foco o interesse estatal, as partes encontravam-se em relação de igualdade, prevalecendo a idéia de comutatividade contratual, uma vez que os direitos eram objeto de livre negociação. Para compreender melhor essa idéia, será delineado um contorno histórico dos contratos, no item 4.4.2.

O segundo aspecto tem por foco o aparecimento dos contratos de adesão, da teoria da imprevisão e, em geral, das situações que geram a massificação contratual, e que provocaram vários ajustes contratuais alterando os moldes individualistas em

---

<sup>192</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 133.

<sup>193</sup> PENTEADO JÚNIOR, Cássio M. C. O Relativismo da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 149, abr/jun. 2003.

que se estruturava o Código de 1916 para uma perspectiva social, conforme dispõe o artigo 421<sup>194</sup> do Código Civil<sup>195</sup> de 2002.

O terceiro aspecto refere-se à perspectiva pós-moderna do Direito, que tem por base a releitura dos institutos jurídicos fundamentais da modernidade, em vista de uma atual e evolutiva mutação histórica dos interesses sociais.

Nesse sentido, explica Paulo Nalin<sup>196</sup> que se mostra de “pouca eficácia tão-só reler os institutos da modernidade ao sabor das novas doutrinas”. O mais apropriado é mudar o enfoque de análise das relações contratuais, já que “numa perspectiva pós-moderna importa averiguar as fontes da modernidade, considerando também os elementos metajurídicos e históricos que compõem a sociedade” no momento de aplicação de certa regra.

Considerado este perfil da livre iniciativa na perspectiva das relações contratuais civis, passa-se agora a avaliar a autonomia de vontade como um direito dos particulares se regerem por suas próprias leis.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O conceito da autonomia da vontade não é tema pacífico na doutrina. Refere-se a uma expressão com uma diversidade de sentidos que têm variado ao longo dos tempos, de acordo com alguns momentos históricos.

De qualquer forma, a autonomia pode ser compreendida como toda manifestação livre de qualquer vinculação; logo a autonomia da vontade refere-se ao fato de alguém se manifestar livremente em razão de uma situação contratual.

---

<sup>194</sup> Artigo 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>195</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 114.

<sup>196</sup> NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, p. 276, abr/jun. 2002.

Ressalta-se que alguns autores utilizam a expressão autonomia privada como sinônima da autonomia da vontade. Aqui os termos apresentam noções diferentes. Considera-se autonomia privada a livre atuação dos particulares, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, para a realização de seus interesses, com funções econômico-sociais diversas.

Para compreender a autonomia da vontade, alguns autores utilizam várias expressões. Alguns falam em “liberdade contratual”, outros abordam a expressão “iniciativa privada”, e outros, ainda, referem-se à idéia de “liberdade individual”.

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda<sup>197</sup>, todavia, “a conceituação atual da autonomia privada vai-se firmando em direção ao seu sentido etimológico. Neste sentido, a palavra autonomia procede de ‘autos’ – próprio e ‘nomos’ – lei, o que quer dizer dar-se alguém regras a si próprio”.

Washington de Barros Monteiro<sup>198</sup> explana o seguinte sobre o princípio da autonomia da vontade:

Têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude deste princípio (...) são as partes livres de contratar, contraindo ou não o vínculo obrigacional.

Por autonomia da vontade pode-se considerar, então, o princípio contratual clássico que parte do pressuposto de que as partes são livres; “cristaliza a idéia de pacto, de acordo firmado entre as partes, posicionadas no mesmo plano de igualdade, aptas a discutir todas as cláusulas até uma convergência legítima de vontades<sup>199</sup>”.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>200</sup> avalia que autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade, isto é, trata-se da

---

<sup>197</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 40.

<sup>198</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

<sup>199</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n.15, p. 74, jul/set. 2003.

<sup>200</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113. 2001.

liberdade individual por meio de autorizações subjetivas provenientes do poder de vontade do próprio indivíduo.

Nesse mesmo sentido, esclarece Konrad Hesse<sup>201</sup> que a autonomia de vontade pode ser compreendida como “aspecto activo y positivo de la personalidad, el âmbito em el que la persona puede actuar como ser autônomo y responsable”.

Alguns autores, no entanto, diferenciam a autonomia da vontade da liberdade de contratar. É claro que a liberdade de contratar é o principal instrumento do princípio da autonomia da vontade, contudo não esgota o princípio.

A respeito dessa diferença, comenta Álvaro Villaça Azevedo<sup>202</sup>:

A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É a vontade, que, ao manifestar-se, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica, no meio social. A vontade, assim, é autônoma ao exteriorizar-se, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses. É preciso, entretanto, distinguir essa liberdade, no âmbito dos contratos. Apresenta-se ela por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração dos contratos (...). Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevailecimento da vontade do economicamente forte.

Liberdade de contratar, para Eros Roberto Grau<sup>203</sup>, quer dizer “um corolário da propriedade privada dos bens de produção”. Isso porque, segundo o autor, a liberdade de contratar viabiliza a “realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção”.

Especificamente sobre a liberdade jurídica, cabe ainda esclarecer que tal liberdade se configura como uma alternativa de ação do sujeito de direito, ou quando esse sujeito é livre para fazer ou não fazer alguma coisa.

---

<sup>201</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 2001. p. 77.

<sup>202</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 23.

<sup>203</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 131.

Nesse sentido, entende Robert Alexy<sup>204</sup> que a proteção da liberdade jurídica consiste “simplesmente en la permisión de hacer algo en la permisión de omitirlo, no incluye en tanto tal ningún aseguramiento a través de normas y derechos que protejan la libertad”. Além disso, segundo o autor alemão, “toda libertad iusfundamental es una libertad que, por lo menos, existe em relación con el Estado”.

Seguindo esse raciocínio, leciona Suzana de Toledo Barros que<sup>205</sup> a proteção ampla da liberdade ocorre por via mais extensa, e não pela simples ausência de normas restritivas ou proibitivas; “torna-se necessário um tipo de norma de direito fundamental que garanta a liberdade do indivíduo em relação a uma questão x ou y”, para que uma norma infraconstitucional não possa proibir ou prescrever como obrigatórios tais comportamentos.

É preciso agora traçar um perfil histórico da autonomia da vontade. A noção da autonomia da vontade surgiu diante do modelo de liberalismo econômico, em que os contratantes nas relações contratuais valorizavam demasiadamente a sua vontade. Imperava, nesse caso, a liberdade acima de tudo, pois era dado extremo valor à auto-regulação dos contratos.

Explica Custódio da Piedade Ubaldino Miranda<sup>206</sup> que a autonomia da vontade no “antigo regime identificar-se-ia com o respeito à palavra dada, solenemente, radicando-se nela a complexa rede dos direitos e obrigações, própria dos diversos tipos de feudalismo”. Tal época foi marcada pelo direito dos senhores que vinculava as terras, as pessoas e as famílias e gerava institutos, como o fideicomisso<sup>207</sup>, que se perpetuava por gerações.

---

<sup>204</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 225.

<sup>205</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 143.

<sup>206</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

<sup>207</sup> Fideicomisso é um termo que traduz a idéia de segurança para realização de um negócio jurídico.

Cláudia Lima Marques<sup>208</sup> pontua que as teorias econômicas do século XVIII, “em resposta ao corporativismo e às limitações impostas pela igreja católica, propõem a liberdade como panacéia universal”. Segundo essas teorias, era necessária a livre circulação de riquezas na sociedade, o que acontecia através dos contratos.

No Código Napoleônico, a autonomia da vontade foi levada à máxima expressão, transformando-se na base de todo o sistema estabelecido para os contratos. Nessa época, a liberdade humana foi considerada tão ilimitada que o acordo de vontades foi equiparado à lei. A liberdade infinda foi superada pela necessidade de serem ampliadas as funções do Estado, que passou a direcionar as relações contratuais, momento denominado de dirigismo contratual<sup>209</sup>.

Percebe-se, pois, que houve uma transição da idéia de extrema liberdade das negociações para um momento de preocupação estatal com os negócios jurídicos. A própria autonomia da vontade passou a sofrer embates na forma como ela era direcionada e condicionada.

Ensina Luiz Guilherme Loureiro<sup>210</sup> acerca da transição de liberdade para atuação estatal nas relações civis:

O absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi objeto de críticas durante o século XX. Combatidos pela doutrina e pela jurisprudência, os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade ideais do modelo humano abstrato que os fundamentavam ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. Os desequilíbrios contratuais decorriam do excesso de individualismo e do voluntarismo.

Considera também Custódio da Piedade Ubaldino Miranda<sup>211</sup>:

Finalmente, a moderna concepção normativista do direito levaria a reduzir a vontade individual a elemento do suposto de fato da norma, que, como qualquer outro, dá origem ao funcionamento do aparelho estatal (“neutralismo jurídico formal”).

---

<sup>208</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

<sup>209</sup> O assunto dirigismo contratual será adiante tratado no item 4.3.

<sup>210</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 39.

<sup>211</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 40.

Comenta Antônio Jeová Santos<sup>212</sup>:

Seja por leis explícitas, seja por princípios gerais que informam todo o direito, principalmente o das obrigações, o Estado moderno restringe a autonomia da liberdade e, por consequência, a liberdade de contratação (...). É uma ficção imaginar que a liberdade contratual é absoluta e, como tal, não pode sofrer restrições. O exercício de algum direito subjetivo não pode ser feito sem que sejam observados o ordenamento jurídico e os princípios que o norteiam e o dirigem. A necessidade de preservar a relação de equivalência surge no mundo moderno como básica para o sadio desenvolvimento do ser humano que não consegue viver senão em interferência intersubjetiva.

Consoante a opinião do referido autor, hoje, em vários momentos, a vontade individual é restringida a fim de favorecer o próprio funcionamento das atividades estatais. A vontade deve acomodar-se às “coações sociais e ela não deve permitir a alienação da liberdade dos indivíduos. Sempre foi aceito que o princípio do efeito absoluto dos contratos devia ser objeto de certos números de exceções<sup>213</sup>”.

Compreendida, pois, a autonomia da vontade, passa-se a esclarecer o momento em que será permitida a sua limitação e o porquê da limitação. Importa considerar, desde já, que a acomodação dos interesses contratuais é algo extremamente delicado, principalmente quando há relevância no aspecto do tratamento dado à livre iniciativa em confronto com a atuação estatal, e quando também se considera a liberdade ou o direito do consumidor como direitos fundamentais.

#### 4.2 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DIRIGISMO CONTRATUAL

A autonomia da vontade, conforme acima mencionado, parte da idéia de que a formação dos negócios jurídicos pauta-se na intenção dos particulares. Acontece que, em determinadas circunstâncias, a autonomia passa a ser limitada, ora por um dos contratantes, ora pelo Estado. Pretende-se, pois, esclarecer os fatores que provocam a limitação da autonomia da vontade.

---

<sup>212</sup> SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do Contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 47.

<sup>213</sup> LARROUMET apud SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do Contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 48.

Limitar significa diminuir, reduzir, restringir. Um dos prismas da limitação da vontade denota a intervenção estatal na ordem contratual. O Estado pode intervir nas relações contratuais de várias formas: controlando os preços, criando legislações específicas, revisando os contratos e coibindo a conduta abusiva dos particulares (cláusulas abusivas).

Assim, entidades estatais, como é o caso do CADE, podem interferir em certas relações contratuais, quando ficar comprovada a prevalência de interesses dos economicamente mais fortes.

Além da limitação da autonomia da vontade pelo Estado em relação ao particular, poderá ocorrer também a limitação da autonomia da vontade do particular provocada por outro contratante. Ao lado do dirigismo estatal, em suas espécies legislativa, judicial ou administrativa, existe também outra forma de dirigismo, o dirigismo privado.

Na sociedade atual, com o sistema de produção estruturado na distribuição de bens e serviços em grande quantidade, as relações contratuais se descaracterizaram do ponto de vista personalíssimo, e passaram a ser consideradas como contratações massificadas, predominando, assim, os contratos de adesão, as chamadas cláusulas de condições gerais e os contratos eletrônicos.

Na sociedade de massa, a empresa, pela sua posição econômica, e o Estado, em razão de suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, estabelecem uma série de contratos no mercado. Esses “contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de um bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes<sup>214</sup>”.

Leciona Luiz Guilherme Loureiro<sup>215</sup> sobre os contratos de adesão:

---

<sup>214</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

<sup>215</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 51.

Os contratos de adesão têm suas cláusulas predispostas por uma das partes, o empresário, limitando-se o aderente a aceitar em bloco - muitas vezes sem sequer examinar o conteúdo – o conteúdo contratual. Isso [sic] é, ele apenas adere às cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte.

Washington de Barros Monteiro<sup>216</sup> considera a respeito dos contratos de adesão:

No tipo tradicional de contrato, as partes discutem ampla e livremente suas cláusulas, aceitando-as ou não. Existe, porém, outra categoria contratual, em que não ocorre tal liberdade, devido à preponderância de um dos contratantes, que, por assim dizer, impõe ao outro sua vontade. Compreendem essa categoria os chamados contratos de adesão.

Comenta Antonio Jeová Santos<sup>217</sup> que os contratos de adesão são contratos em série, apontando a respeito as seguintes considerações:

Os contratos em série deixam de ser expressão da autonomia contratual e, por conseqüência, da liberdade de contratar, para converter-se em algo muito similar à lei, que vincula seus destinatários apenas pela presunção de que todos a conhecem.

Mônica Yoshizato Bierwagen<sup>218</sup> elucida sobre as relações contratuais de adesão, no que se refere à formação do conteúdo dos contratos, confrontando tais negócios com os chamados contratos paritários em que as partes, estando em pé de igualdade, debatem livremente suas cláusulas, ajustando entre si seus interesses através de concessões mútuas. Por outro lado, são contratos de adesão “aqueles em que uma das partes preestabelece as suas condições, cabendo ao contratante que a ele adere aceitá-las ou rejeitá-las, sem a possibilidade de discussão” de seus termos.

Em razão da imposição das cláusulas, em alguns tipos contratuais torna-se patente a hipótese de que um dos contratantes poderá ficar em nítida desvantagem. Assim, caso ocorra algum abuso no exercício da liberdade de contratar, haverá a intervenção estatal.

---

<sup>216</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32. v.5.

<sup>217</sup> SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do Contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 48.

<sup>218</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93.

Ressalta-se que nos contratos de adesão, as cláusulas que possam exprimir um certo grau de incerteza sempre serão interpretadas a favor do aderente. Esse é o entendimento expresso nos artigos 423<sup>219</sup> e 424<sup>220</sup> do Código Civil<sup>221</sup>.

Haverá o intervencionismo estatal em razão da regra de interpretação que predomina nos contratos de adesão, na qual a interpretação buscará a proteção do contratante hipossuficiente. A explicação desse modelo de interpretação está na manifestação unilateral da vontade que ocorre nos contratos. Assim, se a parte aderente não expressou sua vontade, limitando-se a aderir aos termos contratuais, deve-se optar pela intervenção estatal, mesmo após praticado o ato de adesão.

Sobre a interpretação nos contratos de adesão, ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>222</sup>:

Tendo em vista a natureza excepcional do contrato de adesão, entendeu o Código no artigo 423 necessário destinar preceituação especial à sua hermenêutica. Tendo em vista que, no contrato de adesão, o aderente limita-se a justapor a sua vontade ao padrão elaborado pela outra parte seu dever é redigir as cláusulas com clareza, precisão e simplicidade. Se, não obstante, inserir condição obscura, imprecisa e complexa, capaz de suscitar dúvidas ao intérprete, caberá a este adotar no seu entendimento o que for mais favorável ao aderente.

Ressalta-se que a cláusula contratual abusiva é aquela que provoca um desequilíbrio entre os direitos e deveres dos contratantes, um desequilíbrio que acaba frustrando o próprio objetivo do contrato.

Para explicitar a limitação do Estado nos contratos de adesão, segue decisão do CADE a respeito:

A limitação absoluta à autonomia privada decorre dos chamados contratos de adesão em sentido estrito, nos quais dada a condição de monopólio da fornecedora e da essencialidade do serviço não há a possibilidade de escolha pelo aderente, que é forçado a contratar, aceitando as condições impostas em bloco (exemplo, fornecimento de energia). A limitação relativa se dá nos chamados contratos por adesão, em que, dada a estrutura

---

<sup>219</sup> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

<sup>220</sup> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>221</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.115.

<sup>222</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77. v.3.

oligopolística, o aderente pode optar entre contratar ou não contratar, ou com qual das empresas ofertantes contratar, aderindo em bloco às cláusulas do contrato que reputou conveniente firmar (exemplo, fornecimento de combustíveis às revendedoras)<sup>223</sup>.

A intervenção poderá acontecer também pela atividade do juiz, que passa, em cada caso concreto, a controlar a forma do contrato e a velar pela manutenção do equilíbrio entre os contratantes. Pode o magistrado, diante de seu poder interventivo e de acordo com o artigo 317<sup>224</sup> do Código Civil<sup>225</sup>, corrigir distorções econômicas, nos contratos exequíveis a médio ou longo prazo. Aplica-se nas correções contratuais exercidas pelo Estado-juiz a teoria da imprevisão.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>226</sup> explica que era hábito atribuir à Idade Média a materialização da teoria da imprevisão:

É [sic] levada em consideração a aplicação da *conditio causa data non secuta*, segundo a qual o contrato devia ser cumprido conforme as condições em que foi ultimado. Possibilitava-se a alteração se se modificassem as condições (...). Difundiu-se a cláusula resumidamente como *rebus sic stantibus*, como implícita em todo o contrato de trato sucessivo.

Conforme posicionamento de Pablo Stolze Gagliano<sup>227</sup>, pode-se considerar acerca de tal teoria:

Trata-se de aplicação específica da teoria da imprevisão, apenas para reconhecer ao juiz poderes para atualizar monetariamente a prestação contratual, uma vez que as regras genéricas da imprevisão, autorizadas da resolução ou da revisão dos termos da própria avença, encontram-se consignadas nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

Quando aplicada a teoria da imprevisão, haverá a possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa.

<sup>223</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência**: Case Law. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 372.

<sup>224</sup> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>225</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 94.

<sup>226</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 481.

<sup>227</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52. v.2.

Nesse caso, a revisão ou resolução dá-se em momento posterior à conclusão do contrato (desequilíbrio superveniente). Exemplo de aplicação da teoria da imprevisão são as oscilações que os contratos possam sofrer em razão de planos econômicos, como o ocorrido no Brasil na transição da URV (unidade real de valor) para o Real.

Pontua também Carlos Alberto Bittar<sup>228</sup> que, sobre a execução dos contratos, é na “submissão ao juiz do conteúdo do acordo, ou de alguns de seus termos, que se sente o influxo do dirigismo, admitindo-se a revisão judicial”. Admite-se no dirigismo, então, a modificação das condições estipuladas pelos contratantes, com o fim de possibilitar o cumprimento do acordado, “obviando-se as conseqüências negativas da excessiva onerosidade sobrevinda à parte por força de fator externo, (...) como a ascensão de preço de materiais necessários, por exemplo, na edificação de prédio”.

Por teoria da imprevisão, portanto, entende-se a possibilidade de correção dos contratos provocada por variações econômicas, quando há nítida onerosidade excessiva para um dos contratantes<sup>229</sup>. A imprevisão, com o advento do Código Civil<sup>230</sup> de 2002, passa a ser melhor explicada no artigo 478<sup>231</sup>, trazendo ampla possibilidade de soluções mais eqüitativas para os contratantes.

Alguns requisitos devem ser considerados para que se aplique a teoria da imprevisão, a saber: que a revisão aconteça nos contratos de duração continuada, que ocorra onerosidade excessiva e que tudo isso tenha sido provocado por um acontecimento imprevisível e extraordinário.

---

<sup>228</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 51.

<sup>229</sup> Muitos autores confundem a teoria da imprevisão com a ocorrência da força maior e do caso fortuito. A força maior e o caso fortuito referem-se ao fato de que a prestação ajustada no negócio jurídico não poderá ser cumprida e o devedor não responderá pelos prejuízos daí resultante, por se tratar de uma hipótese de excludente de responsabilidade.

<sup>230</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 126.

<sup>231</sup> Artigo 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A respeito do primeiro requisito, entende-se por contratos de duração continuada aqueles que se prolongam no tempo, isto é, são contratos de execução sucessiva<sup>232</sup>, ao contrário dos contratos de execução instantânea, que são aqueles em que a prestação é realizada em um só ato. A distinção entre tais contratos é importante, porque a incidência da lesão superveniente é aplicável somente aos contratos de duração continuada, conforme prevê o artigo 478 do Código Civil.

Já a onerosidade excessiva significa, segundo Washington de Barros<sup>233</sup>:

A excessiva onerosidade pode ser conceituada como um evento que entrava e torna dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, proveniente ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial (evento extraordinário e imprevisível), impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, com dano significativo para uma parte e conseqüente vantagem excessiva para outra, em detrimento daquela, a comprometer, destarte, a execução eqüitativa do contrato.

É tema de intensa divergência jurisprudencial a aplicação da teoria da imprevisão fundada nas alterações da economia (planos econômicos). Entendem alguns magistrados, erroneamente, que, quando o país enfrenta planos econômicos, torna-se totalmente previsível a variação do valor expresso no contrato.

Para exemplificar a conduta citada segue o julgado:

Contrato – Revisão contratual – Instrumento particular de confissão e escalonamento de dívida – Pretendida aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, fundada na imprevisão em virtude de alterações na economia – Inadmissibilidade – Circunstância de o país ter enfrentado diversos planos econômicos, que afasta a imprevisibilidade desses fenômenos na economia brasileira<sup>234</sup>.

O que deve ser compreendido é que não basta a mera alegação de imprevisibilidade, torna-se imperativa a demonstração e a comprovação de fatos que venham a causar uma disparidade econômica em relação a um dos contratantes e, principalmente, que esse fato tenha sido inevitável. Não se pode, todavia, radicalizar

<sup>232</sup> Podem-se citar como exemplo de contratos de duração continuada: locação, prestação de serviço, empréstimo (mútuo e comodato), dentre outros.

<sup>233</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 81. v.5.

<sup>234</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 272.

a aplicação do direito a ponto de desmerecer as distorções provocadas por planos econômicos.

Para exemplificar a aplicação da teoria da imprevisão e a interferência estatal, transcreve-se o seguinte julgado:

São passíveis de revisão e plenamente aceita a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos bancários que se tornam excessivamente onerosos ao consumidor, impossibilitando o cumprimento da obrigação inicialmente assumida. É modificável o contrato bancário que possibilita o enriquecimento sem causa, em homenagem ao princípio da equivalência contratual<sup>235</sup>.

A cláusula *rebus sic stantibus* em comento traduz-se na idéia de deixar as coisas como estão, referindo-se aos contratos de execução continuada. Roberto Ruggiero<sup>236</sup> explica que tal cláusula deve ser aplicada quando uma alteração mais ou menos profunda se verifique mais tarde no estado de fato existente ou tido em conta pelos contraentes no momento do acordo. Nesse caso, poderá o lesado invocar a extinção (conforme terminologia adotada pelo próprio Código) do contrato que para ele se tornou excessivamente gravoso<sup>237</sup>.

Para Caio Mário<sup>238</sup>, *rebus sic stantibus* consiste numa cláusula “que não se lê expressa”, isto é, está implícita nos contratos comutativos. Considera ainda o autor que “os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração”.

É também divergente a posição doutrinária quanto à possibilidade de resolução do contrato nos casos do artigo 478 do Código Civil, já que parte da doutrina entende ser mais aconselhável a revisão.

<sup>235</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 273.

<sup>236</sup> RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 353. v.3.

<sup>237</sup> Cabe ressaltar que a resolução, de acordo com o artigo 478 do Código Civil em vigor, trata-se de classificação errônea, porque não se pode atribuir culpa a uma das partes para o término do negócio jurídico, em caso de imprevisão. Assim, a imprevisão se põe, ao lado da força maior e do caso fortuito, como causa extintiva de negócios jurídicos que não decorre de ato ou fato de um dos contratantes.

<sup>238</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 162. v.3.

A solução mais coerente parece ser a análise do julgador em cada caso concreto, ou seja, optar por permanecer com a contratação, proporcionando apenas a correção mais justa em determinadas situações, e, em outras, optar pela resolução contratual, em razão de os prejuízos serem maiores, tornando-se insubsistente a possibilidade de manter a relação jurídica obrigacional. Sobre a opção entre a resolução ou revisão é que se manifesta o artigo 479 do Código Civil<sup>239</sup>, a saber: “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato”.

O marco divisório, então, entre a revisão e a extinção contratual deve ser a utilidade e a inutilidade da prestação, e também o interesse das partes na manutenção do negócio. No primeiro caso, para privilegiar a prestação em espécie e, no segundo caso, para preservar a segurança das relações e das expectativas de direitos contratuais gerados.

Nos contratos de duração continuada, em que pode ser aplicada a teoria da imprevisão, ocorre a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*<sup>240</sup>; isso porque, em razão da mudança de paradigma do Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil brasileiro de 1916, aplica-se ao contrato o princípio da função social em vez de adotar atitudes meramente individualistas.

Adverte Gabriel Menna Barreto Von Gehlen<sup>241</sup> que a responsabilidade da sociedade pela existência social, econômica e moral dos seus membros e também “o respeito pelos direitos dos particulares tem como instrumento, a relativização dos direitos subjetivos pela função social”.

O princípio da função social do contrato pretende concretizar a tendência atual, de acordo com o Código Civil de 2002, de socialização, ou seja, impregnar de aspecto

---

<sup>239</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 126.

<sup>240</sup> O princípio do *pacta sunt servanda*, conforme já aludido, significa a obediência estrita aos termos ajustados no contrato.

<sup>241</sup> GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: Judith Martins Costa (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

social os direitos e deveres, que devem ser realizados funcionalmente, mas sem se afastar dos fins econômicos e sociais.

Para Teresa Negreiros<sup>242</sup> “a noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito”.

Diante da perspectiva de socialidade, percebe-se que o direito contratual, em face das novas realidades sócio-econômicas, precisou se adaptar e ganhar uma nova função, que, no dizer de Cláudia Lima Marques<sup>243</sup>, “significa a realização da justiça e o equilíbrio contratual”.

A autora explica também que essa renovação teórica do contrato pode ser chamada de “socialização da teoria contratual<sup>244</sup>”, a saber:

É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

Paulo Luiz Netto Lobo<sup>245</sup> explica a função social através da própria ideologia do Estado social:

Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

Dimensionando o assunto função social, torna-se apropriado transcrever a indagação de Teresa Negreiros<sup>246</sup>:

<sup>242</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002. p. 223.

<sup>243</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 154.

<sup>244</sup> Ibid., p. 155.

<sup>245</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto apud ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 15, p. 79, jul/set 2003.

<sup>246</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002. p. 280.

Em face da necessidade de conciliação entre a liberdade individual, de um lado, e, de outro, um Estado com propósitos assistencialistas, pergunta-se: o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a livre iniciativa se, e somente se, revestida de valor social, ou, ao invés, o valor social é inerente à livre iniciativa como tal?

Para responder a tal indagação, é preciso considerar que se trata de uma questão de ponderação de princípios optar entre a liberdade e a intervenção. Para sair desse impasse, será analisada, no capítulo sexto, a colisão do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da livre iniciativa e da intervenção do estado.

Nesse aspecto, considerando a necessidade de intervenção estatal nas relações contratuais civis, Robert Alexy<sup>247</sup> aponta o seguinte exemplo:

A indústria de tabaco está obrigada a estabelecer advertências quanto aos danos que seus produtos podem trazer para a saúde. Parte-se, aqui, de uma restrição à liberdade de exercício profissional do produtor de tabaco. A justificativa direta dessa restrição ou intervenção reside (...) no valor coletivo. Indiretamente, trata-se de proteger valor igualmente tutelado dos direitos individuais, isto é, a vida e a saúde do indivíduo.

Considera também o autor<sup>248</sup> que “o dever do Estado de proteger o seu cidadão obriga-o a desenvolver a proteção desse bem”. Isto, contudo, não será possível acontecer “sem intervenção no direito de liberdade daqueles que podem afetar ou ameaçar a segurança pública”.

Percebe-se, dessa forma, que o Estado poderá atuar diante do exagero do particular em manifestar a sua liberdade de contratar na sociedade, só que a atuação estatal acontecerá para proteger o próprio princípio da livre iniciativa, ou seja, o próprio direito individual.

Para delimitar um critério de preservação ou não da autonomia de vontade, Daniel Sarmiento<sup>249</sup> sugere que, no campo das relações econômicas, “a essencialidade do bem pode ser uma forma de aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia”. Assim, “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão

---

<sup>247</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>248</sup> Ibid., p. 1-11.

<sup>249</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 309.

for considerado essencial para a vida humana”, maior será a proteção desse direito em jogo, “e menor a tutela da autonomia privada”.

A título de exemplo, são passíveis de limitação da autonomia da vontade os contratos que venham a violar a Ordem Econômica, conforme, a seguir, apresentado por Luiz Guilherme Loureiro<sup>250</sup>:

Seriam contrários à sua função social os contratos que violassem a ordem econômica, seja determinando o aumento arbitrário de lucro, seja causando o domínio de mercado relevante por parte de uma empresa co-contratante; seja possibilitando o exercício abusivo de posição dominante de uma das partes; bem como contratos onde houvesse desproporcional vantagem patrimonial de uma das partes, em detrimento de outra, por força de circunstâncias tais como o estado de perigo, o estado de necessidade e inexperiência da outra parte.

Outro sinal de intervenção estatal nos negócios jurídicos é o que acontece no caso da fixação de preços pelo Estado. Tal atitude gera dois direitos distintos, segundo explica Eros Roberto Grau<sup>251</sup>: “o público, do Estado, de ver cumprida sua determinação (...); o privado, da parte adversa contratante, de ver satisfeito o seu interesse, pessoal, em não pagar mais do que o definido pelo texto normativo”.

Com o advento do Código Civil de 2002, algumas práticas de limitação da autonomia da vontade passaram a ser codificadas, como foi o caso da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Boa-fé objetiva para Caio Mário da Silva Pereira<sup>252</sup> constitui o seguinte:

A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste num padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

---

<sup>250</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 56.

<sup>251</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135.

<sup>252</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

Desde logo, vislumbra-se que o princípio da boa-fé objetiva apóia todo o direito obrigacional, estando também inserido nas relações contratuais de consumo, conforme será analisado logo adiante.

Explica Gustavo Tepedino<sup>253</sup>, a respeito do princípio da boa-fé objetiva:

A leitura da cláusula geral da boa-fé objetiva a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada permite desvendar o verdadeiro sentido transformador do preceito na teoria da interpretação dos negócios jurídicos.

Essa última colocação pretende realçar que a atividade privada, quando considera a boa-fé objetiva, na verdade se pauta em outros princípios fundamentais propostos na Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa, a igualdade e a solidariedade social.

Para diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva, Judith Martins Costa<sup>254</sup> considera que boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios. Diferentemente, boa-fé objetiva indica uma forma de interpretação dos negócios jurídicos, “seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado na lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte”.

Coaduna, assim, a boa-fé objetiva com a proposta social do Código Civil de 2002, o que traduz a idéia paralela da necessidade de relacionar as relações contratuais, quando for o caso, com a possibilidade de intervenção nos contratos, o que a doutrina denomina de dirigismo contratual.

Louis Josserand<sup>255</sup>, por exemplo, foi um dos teóricos que bem explicou a idéia de intervenção a partir da sobreposição do interesse social. Tal autor investigou, em situações de acumulação e concentração de capitais, a desigualdade entre os contratantes e a necessidade de proteger os indivíduos da tirania da sociedade.

---

<sup>253</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 36.

<sup>254</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos et al. In: Judith Martins Costa (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 612.

<sup>255</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosh, 1950. p. 25.

Considera Lucas Abreu Barroso sobre o dirigismo<sup>256</sup>:

Do Estado se exige que interfira nas próprias relações contratuais, quer para procurar estabelecer um equilíbrio entre os contratantes, quer para garantir a efetivação do interesse público, que ganha conteúdo autônomo. No plano jurídico, o intervencionismo vai efetivar-se, além do mais, por meio do dirigismo contratual, que materializa, de certa forma, uma nova concepção do alcance da autonomia privada e, portanto, da liberdade negocial.

Importa ressaltar que a intervenção nos contratos pelo Poder Judiciário encontra limites de atuação. Explica, a respeito, Eros Roberto Grau<sup>257</sup>:

A concepção do contrato como 'encontro' de vontades cuja disciplina está fundada na liberdade das partes pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo limitar-se a confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve; em outras palavras: não pode fazer o contrato pelas partes.

Avaliada a limitação da autonomia da vontade em razão do dirigismo contratual, presente no ordenamento jurídico vigente, será feita, a seguir, breve análise da interação entre a vontade do particular e a ordem pública, a partir do ponto de vista da constitucionalização do direito privado.

#### 4.3 A AUTONOMIA DA VONTADE E A ORDEM PÚBLICA

Almeja-se, neste ponto do estudo, rever a idéia de distinção entre o direito público e o direito privado, que tanto se discute no âmbito jurídico, ou melhor, verificar se ainda é relevante apreciar a importância ou não de criar uma dicotomia desses núcleos informativos.

Para investigar tal relação, adentrar-se-á no aspecto do surgimento da dicotomia público e privado; logo após, será avaliado o atual tratamento do tema, para, em

---

<sup>256</sup> BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 53, abr/jun. 2003.

<sup>257</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo Paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 05, p. 76, jan/mar. 2001.

seguida, considerar-se a constitucionalização do direito privado do ponto de vista da livre iniciativa.

Inicialmente pode ser citada a opinião de José Eduardo Faria<sup>258</sup>, que considera ser um problema na esfera jurídica “o fato da unidade do Estado, mais precisamente o comportamento unitário da esfera pública diante da extrema diversidade de interesses privados”.

A avaliação que deve ser feita neste momento do trabalho é, pois, a relação privada em confronto com a ordem pública. Há necessidade dessa divisão? Na economia atual, há que se entender as relações contratuais civis a partir da visão individualista do âmbito privado separada do interesse social?

Lucas Abreu Barroso<sup>259</sup> entende que o alcance da expressão ordem pública vai variar de acordo com os interesses da comunidade concreta de que se trate, na sua organização jurídica, econômica e social, ou seja, a intervenção legislativa e jurisprudencial no domínio da autonomia privada se explica de diferentes formas, conforme o relevo e significado que se dê aos objetivos da ordem pública.

Sobre o tema da diferenciação entre o direito público e o direito privado, esclarece Judith Martins Costa<sup>260</sup> que, entre normas constitucionais e normas de leis infraconstitucionais privadas, “entre a Constituição e o Código Civil, em suma, tem sido indistintamente tratado ora como mera distinção, ora como distinção dicotômica”.

René David<sup>261</sup> explica que a dicotomia entre o direito público e o privado surgiu dos países integrantes da família romano-germânica. Explica o autor sobre o assunto:

---

<sup>258</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32.

<sup>259</sup> BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 49-54, abr/jun. 2003.

<sup>260</sup> COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: Judith Martins Costa (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 622.

<sup>261</sup> DAVID, René apud LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: Judith Martins Costa (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 88.

A distinção entre direito público e direito privado se apóia numa idéia que parece evidente aos olhos dos juristas da família romano-germânica: as relações entre governantes e governados geram problemas específicos, de natureza absolutamente diversa daqueles oriundos das relações privadas entre si, quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança.

Assim, devido aos movimentos de codificação, percebe-se que foi no constitucionalismo que se iniciou a compreensão de dicotomia da relação entre o direito público e direito privado.

Conhecendo, portanto, o momento de surgimento da dicotomia entre o direito público e o privado, cabe analisar essa distinção à luz de um modelo mais recente. Mauro Cappelletti<sup>262</sup>, por exemplo, teceu críticas à tradicional distinção entre o interesse público (Estado) e o interesse privado (entre indivíduos), dizendo existirem categorias de pessoas que excediam ao âmbito individual, mas que não pertencia ao âmbito público. Dessa forma, percebe-se que, diante da crescente intervenção estatal (no Estado social) nas relações privadas, a distância entre direito público e direito privado diminui.

Pode-se dizer que praticamente a dicotomia público e privado deve ser relativizada. Argumenta-se essa flexibilização a partir da própria criação de leis especiais que, para atender aos objetivos do Estado, não respeitam esse afastamento de ideais individuais e coletivos.

Além disso, a superação da dicotomia pode ser compreendida a partir do fato de que “o Direito não pode ser compreendido a partir de uma formação em blocos estanques<sup>263</sup>”. Dessa idéia, pode-se extrair a necessidade de não mais dividir o público e o privado.

Nesse mesmo raciocínio, comenta Daniel Sarmento<sup>264</sup> que “não é lícito falar em primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da vida”; por outro lado, também é incorreto falar em

---

<sup>262</sup> CAPELLETTI, Mauro apud MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 6.

<sup>263</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10.

<sup>264</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 120.

prevalência do coletivo sobre o individual, que é “liberticida” e acaba por “asfixiar a pessoa humana”.

Explica Gustavo Tepedino<sup>265</sup> sobre a referida dicotomia, alertando para a importância que deve ser dispensada à tutela da pessoa humana:

Com o reconhecimento da pessoa humana como valor central e unitário do ordenamento jurídico civil, a tradicional dicotomia público/privado também perde espaço, uma vez que se amplia a tutela da pessoa humana, extrapolando as limitações das relações entre o indivíduo e o Estado, para alcançar todas as relações privadas. Não se trata de tarefa exclusivamente do Estado, a proteção do ser humano, senão de toda a sociedade e em todas as esferas de atuação do indivíduo.

Anota também Judith Martins Costa<sup>266</sup>:

Mudada a compreensão do papel do Estado e a sua articulação com a sociedade civil, a Constituição passou a ter, desde a segunda metade do século XX, fundamentalmente modificado o seu modelo. De mero conjunto de normas de organização da estrutura política do Estado, passa a receber, positivamente, as declarações dos direitos humanos, acresce-lhes outros, direitos sociais e direitos difusos, renomeia-as [sic] sob o título de direitos fundamentais, soma-lhes garantias, também ditas fundamentais, traz para o seu *corpus* matérias de direito privado e arrola valores e objetivos e deveres, imputando a sua implementação tanto ao Estado quanto à sociedade. Mais do que tudo, a Constituição passa a colimar fins de ordem política, econômica, social, a implementar políticas, “normas-objetivo”, fins que vinculam o Estado e a comunidade.

Com esse discurso, a autora dá a idéia de que o Estado social de direito reestrutura a sua atividade em razão de intentos coletivos, e, justamente por isso, o modelo da Carta Constitucional de 1988 possui normas cujo conteúdo não se prende apenas a regular a organização estatal, pois possui também normas privadas com princípios que norteiam todo o ordenamento, motivo pelo qual se fala em direito civil-constitucional.

Por isso, será utilizada a idéia de constitucionalização para demonstrar um processo de ascensão ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito privado, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos

---

<sup>265</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

<sup>266</sup> COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 624.

tribunais, da legislação infraconstitucional (como é caso do princípio da função social do contrato).

Assim, o reconhecimento da incidência dos princípios constitucionais no direito privado reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais preocupada com os problemas da sociedade.

Giorgio Oppo<sup>267</sup> esclarece sobre a convivência harmônica dos interesses dos particulares e com interesse público:

Direito dos particulares, do que é, pois, de interesse particular na tríplice dimensão do ser (direito da personalidade), do ter (direito de propriedade) e do agir (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), mas que nem por isso se contrapõe ao interesse público, pois direito dos particulares que vivem em comunidade, na ordem civil, ordem taxionômica, pois construída, e normativamente construída.

Outros autores não mencionam a constitucionalização do direito privado, mas falam em “publicização do privado”, ou no processo inverso, que é chamado de “privatização do público”. Norberto Bobbio<sup>268</sup>, por exemplo, elucida sobre os termos:

Publicização do privado é de fato um processo que as doutrinas socialistas politicamente eficazes favoreceram, enquanto os liberais de ontem e de hoje, bem como as várias correntes do socialismo libertário, até agora politicamente ineficazes, depreciaram e continuam a depreciar como um dos produtos perversos desta sociedade de massa na qual o indivíduo, tal qual como o escravo hobbesiano, pede proteção em troca da liberdade (...). A privatização do público representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.

Há também outros autores que explicam essa idéia com duas expressões estrangeiras: *Drittwirkung* e *State Acion*<sup>269</sup>. Tal assunto já foi mencionado no

<sup>267</sup> OPPO, Giorgio apud COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 611-659.

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. p. 26.

<sup>269</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

Capítulo II deste estudo, e naquele momento foi dimensionado que esses termos referem-se à eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil.

Essa classificação será uma das sustentações teóricas desta dissertação, já que se considera que a base da ordem jurídica privada não está separada da Constituição, pois nela o direito civil perde “sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm [sic] o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa [sic] dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada<sup>270</sup>”.

Alerta-se, contudo, que não está sendo defendida a tese de total limitação pela eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada. Pelo contrário, a recíproca é verdadeira quando se vislumbra em dado caso concreto a necessidade de os direitos fundamentais perfilharem a auto-regulação civil.

Também ensina Konrad Hesse<sup>271</sup> sobre o assunto:

Las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado que supera y matiza la usual perspectiva unilateral e indiferenciada. Esta se limita a poner de manifiesto la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado, y apenas puede logo delimitar su alcance, al tomar en consideración sólo los principios de unidad del ordenamento jurídico y de supremacía de la Constitución.

Na verdade, o importante a ser avaliado é que atualmente não se tem visado a demarcar espaços distintos e até contrapostos entre o Direito Público e o Direito privado. Antes havia a chamada dicotomia; hodiernamente, prevalece a técnica de unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e da aplicação da legislação do direito privado<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

<sup>271</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 2001. p. 34.

<sup>272</sup> As técnicas de interpretação serão adiante analisadas no Capítulo V.

Lucas Abreu Barroso<sup>273</sup> tece algumas opiniões acerca do interesse público e o interesse privado, a saber:

O interesse público não se esgota no estabelecimento das condições de possibilidade de realização dos diversos interesses individuais. Ou seja, nem sempre o interesse público coincide com a mera somatória dos interesses privados realizados, podendo, inclusive, contrapor-se a eles.

Considerando, então, as idéias acima apresentadas, pode-se comentar a respeito da intervenção do Estado quando relacionada à distinção entre o público e o privado, segundo opinião de Gustavo Tepedino<sup>274</sup>:

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significam um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito a contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Pretendeu-se extrair, desta parte do estudo, a idéia de que a relação entre o interesse público e o privado trata de uma relação necessariamente de colisão. Além disso, a preocupação em delimitar a idéia de constitucionalização será indispensável para a análise da questão dos contratos na perspectiva civil-constitucional.

#### 4.4 CONTRATOS CIVIS

As relações de ordem econômica possuem como instrumento institutos do direito das obrigações, ou seja, os contratos. Esses negócios jurídicos estabelecem o meio através do qual ocorre a circulação de riquezas.

Os contratos civis podem ser compreendidos como aqueles que se referem aos acordos entre particulares, tais como: contrato de compra e venda, de prestação de

---

<sup>273</sup> BARROSO, Lucas Abreu. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 52, abr/jun. 2003.

<sup>274</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 21.

serviço, de transporte, de locação, de doação, de fiança, de mandato, dentre outros, disciplinados ou não pelo Código Civil.

Contrato, para Washington de Barros<sup>275</sup>, significa “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”. Tem-se que os contratos civis são todas as formas em que os particulares manifestam sua vontade para criar compromissos mútuos.

Serão enfatizados, diante dessa visão, os seguintes aspectos nesta parte da dissertação: o direito das obrigações, a evolução dos contratos, os contratos na perspectiva civil-constitucional e os contratos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O objetivo dessa investigação será delinear contornos para a interpretação das relações civis na Ordem Econômica.

#### 4.4.1 Direito das Obrigações

Sabe-se que é por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, assim, através do direito das obrigações se estabelece também a autonomia da vontade entre os particulares na esfera patrimonial. Comenta Carlos Roberto Gonçalves<sup>276</sup> a respeito:

O direito das obrigações exerce grande influência na vida econômica, em razão, principalmente, da notável frequência das relações jurídicas obrigacionais no moderno mundo consumerista. Intervém ele na vida econômica, não só na produção, envolvendo aquisição de matéria-prima e harmonização da relação capital-trabalho, mas também nas relações de consumo, sob diversas modalidades e na distribuição dos bens.

Entende-se que o Direito das Obrigações é um ramo do direito civil que tem por fim contrapesar as relações entre credores e devedores. Para Maria Helena Diniz<sup>277</sup>, o direito das obrigações consiste “num complexo de normas que regem relações

---

<sup>275</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5. v.5.

<sup>276</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3. v.2.

<sup>277</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3. v.2.

jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro”.

Silvio Rodrigues<sup>278</sup> aponta que o direito das obrigações é o vínculo de direito pelo qual “alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)”.

Já Washington de Barros Monteiro<sup>279</sup> entende a respeito da obrigação:

A obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>280</sup> explica que o direito das obrigações compreende o vínculo de conteúdo patrimonial que se firma entre duas ou mais pessoas, “colocando-as, uma em face da outra, como credora e devedora, de tal modo que uma esteja na situação de poder exigir a prestação, e a outra, na contingência de cumpri-la”.

A intenção aqui foi de relacionar as obrigações e o direito contratual, a partir do fato de que as obrigações podem decorrer de manifestações bilaterais de vontade, isto é, podem decorrer do próprio contrato. Por isso se diz que os contratos são uma das fontes das obrigações<sup>281</sup>.

Há autores que preferem, inclusive, fazer a relação entre o vínculo obrigacional e o Direito Contratual a partir da noção de que o contrato constitui parte integrante do direito das obrigações, considerando, além disso, que este, quando “genericamente considerado, versa sobre a estrutura, a função e a vida do contrato e das demais fontes de obrigações, voluntárias e normativas<sup>282</sup>”.

---

<sup>278</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3. v.2

<sup>279</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10. v.4.

<sup>280</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

<sup>281</sup> A fonte no direito deve ser entendida como qualquer forma de explicar a origem ou causa dos institutos. Desse modo, fonte para as obrigações será toda a maneira de onde elas emergem.

<sup>282</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 5.

O Código Civil Brasileiro reconhece três fontes de obrigações: o contrato, o ato ilícito e as declarações unilaterais de vontade. A doutrina, entretanto, classifica as fontes de acordo com critérios mais abrangentes. Pressupõe, nesse sentido, a fonte sempre imediata (direta) da lei, seguida de outras fontes mediatas (indiretas), como o contrato e o ato ilícito. Ressalta-se que não é matéria deste estudo investigar cada uma das fontes obrigacionais, mas apenas demonstrar o direito contratual a partir da liberdade de contratar (livre iniciativa).

Questiona-se, nesta fase da dissertação, se as relações jurídicas obrigacionais deverão ser estritamente cumpridas, mesmo que venham a infringir a livre iniciativa, ou se devem ser ponderados os princípios da liberdade e da intervenção estatal. Para solucionar esse questionamento, será analisado o direito das obrigações como fonte do direito contratual, que passará a ser considerado numa perspectiva civil-constitucional.

#### **4.4.2 Evolução dos contratos**

Antes de iniciar o estudo dos contratos na perspectiva civil-constitucional, para melhor justificar uma ponderação de princípios, melhor que se faça um perfil histórico de tal instituto.

Considera-se importante a análise de alguns marcos históricos das relações contratuais, principalmente se for levado em conta de que o direito é uma estrutura “social mutável, imposta à sociedade; é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder<sup>283</sup>”.

Assim sendo, a historicidade do contrato será delineada aqui a partir do legado advindo do Direito Romano, passando pela Antiguidade, Idade Média, Renascimento

---

<sup>283</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 277.

até chegar ao Iluminismo (época que muito influenciou no direito privado do ponto de vista da autonomia da vontade)<sup>284</sup>.

Na fase da Antigüidade, o direito romano não conheceu o termo obrigação. Esse período pode ser dividido em quatro momentos: *nexum*, *contractus*, *pactum* e as Constituições Imperiais. O *Nexum* foi a primeira idéia de vínculo entre dois sujeitos. Por esta ligação contratual, caso o devedor não cumprisse o convencionado, ele era convertido em escravo ou respondia pela dívida com o seu próprio corpo. Já os *contractus* surgiram com o *jus civiles* e refletiam um teor de rigidez na sua estrutura. Tal acordo preocupava-se apenas com os contratos reais ou formais, nos quais, em caso de inadimplemento, o credor poderia se utilizar da *actio* (forma de preservação do direito utilizada pelos credores). *Pactum* eram acordos em que as partes não poderiam responsabilizar o devedor em caso de descumprimento do acordado. Tinham mero valor moral, já que não possuíam caráter obrigatório. O *pacto* era desprovido da *actio*. Por fim, com as constituições imperiais, o formalismo dos *contractus* foi atenuado, criando-se, assim, uma teoria sobre contratos inominados e para os pactos mais simples.

Ensina José Roberto dos Santos Bedaque<sup>285</sup> que a *actio* romana identificava-se mais ou menos com a noção atual de direito subjetivo. *Actio* seria a atuação de alguém “perante o pretor, recitando fórmulas legais solenes e sacramentais, para obtenção de um jurado particular, incumbido de dirimir a controvérsia”.

Na Idade Média<sup>286</sup>, entre os Séculos V e XV, a teoria das obrigações, originária da Europa, derivava dos costumes germânicos. Nesse caso, a responsabilidade pelo descumprimento confundia-se com a vingança privada e com a responsabilidade penal. No Renascimento, a relação obrigacional passava a ser caracterizada por dar

---

<sup>284</sup> Estas demonstrações de épocas históricas não esgotam as contribuições para o direito privado. Outros momentos, ainda que não destacados, contribuíram para o avanço das obrigações, ocorre que os períodos acima apresentados são aqueles que melhor exemplificam as fases de evolução das relações obrigacionais.

<sup>285</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 80.

<sup>286</sup> “Chama-se Idade Média o período da história européia compreendido aproximadamente entre a queda do Império Romano do Ocidente e o período histórico determinado pela afirmação do capitalismo sobre o modo de produção feudal”. Disponível: <http://www.nomismatike.hpg.com.br/IdadeMedia.html>>. Acesso em: 10 maio 2004.

maior valor às palavras previstas nos contratos. Houve forte influência da Igreja nos valores morais.

Por fim, no Século XIX surgiu a regra da força obrigatória dos contratos, através do Código Napoleônico, em que procurou-se dar mais valor à autonomia da vontade.

Segundo R. C. van Caenegem<sup>287</sup>, “a filosofia do iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações”. O centro de tudo era o indivíduo, a propriedade e a aquisição de bens.

Comentando também a respeito do contorno histórico travado acima, explica Custódio da Piedade Ubaldino Miranda<sup>288</sup>:

Contra as velhas vinculações desta organização social, insurgir-se-ia a reação liberal, ligada à crença de que, com a supressão desses vínculos e com o estabelecimento da igualdade jurídica (entre nobres, dignitários e etc), instituir-se-ia a liberdade. O direito estatal, nesta nova concepção, deveria limitar-se a servir a vontade individual, complementando-a ou suprindo-a, com o fundamento na vontade presumida: “voluntas facit legem”. Estes princípios ficariam inicialmente consagrados nos textos constitucionais, concernentes aos contratos e à propriedade e, em seguida, passariam para os Códigos, do mesmo passo que seriam aproveitados pelo pandectismo para as suas grandiosas construções científicas.

Do exposto, pode-se mencionar, a respeito do Código Civil brasileiro de 1916, que ele recebeu forte influência da legislação francesa, inspirado no liberalismo, valorizando o indivíduo, a liberdade e a propriedade.

Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, houve um rompimento com o aspecto individual. Buscam-se interesses estruturados na socialidade, em que, por exemplo, a força obrigatória dos contratos é relativizada para proteger o bem comum e a função social do contrato.

---

<sup>287</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 178.

<sup>288</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

A opção entre o individual e o social é explicada por Paulo Nalin<sup>289</sup>, que considera ser “oportuna a releitura das posições jurídicas ocupadas pelo credor e pelo devedor, não mais identificados, respectivamente, mediante pólos estratificados do direito de crédito e do dever jurídico”, mas, sobretudo, perfilhando que o contrato se caracteriza antes por ser uma situação jurídica subjetiva, patrimonial e existencial.

Desse modo, considerando esta última posição apresentada, é notável a incompatibilidade do Código Civil com o reconhecimento da natureza existencialista do contrato, “porquanto símbolo das codificações do séc. XVIII que pouco se preocupavam com o ser enquanto ser, mas sim do ser enquanto titular de um crédito<sup>290</sup>”.

Será a partir da premissa de socialidade que se passarão a analisar os contratos com a perspectiva também constitucional.

#### **4.4.3 Contratos na perspectiva civil-constitucional**

A proposta da dissertação é a de dar tratamento à livre iniciativa no que tange às relações contratuais civis diante da perspectiva civil-constitucional. Isto porque não se podem afastar os direitos que acabam por se encontrar nas duas disciplinas acima, por isso houve interesse em capítulo anterior em enfatizar a opção pela superação da idéia de dicotomia entre os interesses público e privado.

Sobre a perspectiva civil-constitucional, tem-se que a constitucionalização do Direito Civil serve-se da Constituição Federal como o novo patamar teórico das relações privadas, pois é na Carta Maior que se podem achar os interesses que sustentam o sistema jurídico.

---

<sup>289</sup> NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, p. 279, abr/jun. 2002.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 279.

Explica Konrad Hesse<sup>291</sup> sobre a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado:

La Ley civil adquiriere así cierta consistência constitucional, basta el punto de que cobra sentido una interpretación de La Constitución conforme a la Ley. Desde tal perspectiva, la relativa congruencia entre los derechos fundamentales y el Derecho Privado existente no puede por menos de considerarse normal.

Ensina também Paulo Nalin<sup>292</sup>, a respeito de tal relação, que o pressuposto teórico “do pensamento que encontra na Constituição o novo paradigma do contrato está na resistemização [sic] do Direito”. O autor considera que esse pressuposto teórico acaba por enfatizar um “sistema renovado que rompe com os limites do Código Civil, com a barreira entre o Público e o Privado e com os próprios limites da ciência jurídica”, para localizar em outros saberes respostas mais convenientes às questões do cotidiano.

Outro exemplo que irá retratar a abordagem do trabalho é apresentado por Mônica Yoshizato Bierwagen<sup>293</sup>:

Há contratos que, embora atendam aos interesses individuais dos contratantes, nem sempre se mostram compatíveis com o interesse social. É o caso, por exemplo, do terreno que é alugado por uma empresa para armazenamento de lixo tóxico sem tratamento, ou da distribuição de amostras grátis de bebida alcoólica em frente a uma unidade de Alcoólatras Anônimos. Não há como negar que, nesses casos, há um interesse que decorre dos direitos sociais – de ter um meio ambiente limpo ou a recuperação do alcoólatra – que não pode ser desprezado em favor da liberdade contratual.

Observa-se que, a partir da vigência do novo Código Civil, foi realçado o atendimento à perspectiva constitucional no direito privado. Isso aconteceu no que tange, principalmente, à função social do contrato.

Essa nova postura adotada pelo diploma Civil de 2002 tem relação com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, que o diploma civil visivelmente procura retratar.

<sup>291</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 2001. p. 32.

<sup>292</sup> NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, p. 277, abr/jun. 2002.

<sup>293</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47.

Sobre a tendência do Código Civil de 2002 comenta Ludwig Raiser<sup>294</sup>:

O desenvolvimento que conduziu do Estado constitucional do século XIX, Estado de Direito da liberdade e da propriedade, à atual democracia inspirada em valores substanciais, à liberdade e justiça sociais, transformou ainda a relação entre Estado e sociedade civil, e por conseqüência o próprio papel do direito (...). O direito privado torna possível multifacetada diferenciação social, constitui um poderoso contrapeso ao assistencialismo e reforça com seus instrumentos o senso de auto-responsabilidade do indivíduo, constituindo assim uma indispensável contribuição à democracia.

Há, na perspectiva social do contrato, uma ótica individual-coletiva que procura garantir igualdade de condições aos contratantes ao consentir uma justa circulação de riquezas que vai derivar num bem-estar coletivo. Na verdade, percebe-se que o direito privado, diante do referido prisma, segundo lição de Gabriel Menna Barreto Von Gehlen<sup>295</sup>, “passa a ser, mais que antes, um direito tutelador, delimitador, coibindo abusos”.

Gustavo Tepedino<sup>296</sup> alerta acerca do assunto:

A introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão mais e mais difusa, do papel dos 'princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter informativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado a eficácia imediata das relações de direito civil.

Considera-se que o contrato constitui um dos pilares que garantem o equilíbrio social, e não só deve funcionar como instrumento de justa circulação de riquezas entre as partes, mas também atender aos interesses sociais que estejam acima dos particulares, pois, em última análise, “a proteção dos direitos sociais nada mais é que a consagração dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade”<sup>297</sup>.

Ao ser feito um estudo do contrato, portanto, numa perspectiva civil-constitucional, o operador do direito passa a ter, mais condições de considerar a questão da

<sup>294</sup> RAISER, Ludwig apud GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: Judith Martins Costa (Coord.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

<sup>295</sup> Ibid., p. 179.

<sup>296</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

<sup>297</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47.

ponderação de princípios entre a liberdade econômica e a intervenção. Além disso, passará também a melhor compreender a dignidade da pessoa humana, nos casos de colisão entre os princípios.

A proposta deste capítulo foi a de dar à solidariedade um valor que venha a subsidiar a atual moldura da autonomia da vontade. A preocupação está centrada, então, na segurança ampla entre os interesses sociais e a livre iniciativa.

Dando-se, pois, um tratamento civil-constitucional às relações civis, propõe-se uma harmonia entre os interesses sociais e o mercado econômico. Para isso será traçado, do ponto de vista da intervenção, um limite mínimo de relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que passará a ser analisado no Capítulo VI.

#### **4.4.4 Os contratos nas relações de consumo**

Neste capítulo, pretende-se demonstrar os seguintes fatores que justificam a importância da análise do Código de Defesa e Proteção do Consumidor neste estudo: o primeiro fator se estrutura no fato de que há muito se vislumbra o consumidor relacionando-se com prestadoras de serviços públicos, como é o caso das prestadoras de energia elétrica, telefonia e água<sup>298</sup>; o segundo fator se respalda no fato de que "as relações de consumo assumem características de Direito Econômico quando tomadas pelo prisma de uma política voltada para objetivos definidos ideologicamente<sup>299</sup>".

Considera Washington Peluso<sup>300</sup> que a recomendação da Carta Maior para a elaboração de um Código do Consumidor foi um avanço para o Direito Positivo brasileiro, porque a codificação do consumidor fez com que se cumprisse "a objetivação das medidas de política econômica".

---

<sup>298</sup> Nesse caso, mais uma vez, precisam-se de considerar os limites de preservação dos interesses da livre iniciativa e/ou os interesses do Estado, já que os dois podem entrar em choque diante da forma como o serviço é prestado.

<sup>299</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 579.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 578.

Basicamente, quando se cogita a prestação de serviço público, a preocupação que se avalia é o ponto de vista de vulnerabilidade do consumidor, já que ele é a parte mais frágil da relação de consumo.

Além disso, como em muitos setores de produção, torna-se imperativa a participação do Poder Público, por exemplo, nos transportes coletivos ou na prestação de energia elétrica, porque nesses setores devem ser observadas as mesmas formas de desempenho (qualidade e respeito ao consumidor) que são exigidas da iniciativa privada.

Vale ressaltar também que as partes, sob o prisma econômico, segundo opinião de Pablo Stolze Gagliano<sup>301</sup>, “raramente podem ser consideradas eqüidistantes, principalmente nos contratos de consumo, que são geralmente pactuados sob a forma de adesão”.

A defesa do consumidor, conforme já analisado no segundo capítulo, é um princípio informador da Ordem Econômica (artigo 170, inciso V da CF)<sup>302</sup>. A Constituição Federal e a Lei 8.078/90 têm por objetivo o atender das necessidades dos consumidores, “o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo<sup>303</sup>”.

Sabe-se que a relação de consumo vem delimitada no próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Paulo Nalin<sup>304</sup> anota a respeito das relações de consumo:

O Código de Defesa do Consumidor cumpriu um papel relevantíssimo ao apontar ser possível um regime contratual não fundado no dogma da vontade, lembre-se, paradigma do Código Civil, o que parecia ser impossível à luz da civilística pátria como um todo. Porém, não se encontra no CDC [sic] na centralidade de uma propagada Teoria Geral dos Contratos, até porque ele nada mais fez do que realizar o programa constitucional do jogo entre a livre iniciativa massificada e a justiça social.

---

<sup>301</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2. p. 280.

<sup>302</sup> As normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V da Constituição Federal.

<sup>303</sup> Trata-se do artigo 4º da Lei 8.078/90.

<sup>304</sup> NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, p. 278, abr/jun. 2002.

José Geraldo Brito Filomeno<sup>305</sup> pondera que a relação de consumo precisa atender às seguintes características para a sua configuração:

a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições de produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Neste caso, a Lei 8.078/90 preceitua que a relação de consumo envolve, em um pólo, alguém que pode ser considerado fornecedor e, no outro pólo, um sujeito considerado consumidor.

Consumidor, para a Lei 8.078/90, significa toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Pode-se dizer também, segundo a lei, que equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

José Geraldo Brito Filomeno<sup>306</sup> entende que consumidor é “qualquer pessoa física ou jurídica que contrate (...) para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”.

Pablo Stolze Gagliano<sup>307</sup> explica que “a qualidade do consumidor não é restrita à pessoa natural ou física”, admitindo-se no nosso sistema a possibilidade de pessoa jurídica se enquadrar no papel de consumidor. Na verdade, tudo “dependerá da circunstância de o agente atuar ou não como destinatário do produto ou serviço”.

O conceito de fornecedor pode ser assim entendido, segundo a Lei 8.078/90:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção,

---

<sup>305</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26.

<sup>306</sup> Ibid., p. 27.

<sup>307</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 281.

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços<sup>308</sup>.

É preciso deixar consignado, também, que dentro desse rol de pessoas que podem ser enquadradas como fornecedoras, devem-se incluir ainda as prestadoras de serviço público.

Além disso, de acordo com Cláudia Lima Marques<sup>309</sup>, quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é “desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos”.

Sopesando agora a intervenção nas relações de consumo, torna-se patente a necessidade de equilibrar melhor os direitos e deveres dos contratantes nas contratações de adesão, assunto que está presente na questão do dirigismo contratual. Nesta idéia de contrato de adesão nas relações de consumo, levam-se em conta também os contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal, como os modelos contratuais celebrados com o BNDES<sup>310</sup>.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>311</sup> se preocupou em disciplinar a respeito dos contratos de adesão, dispondo sobre o assunto no artigo 54<sup>312</sup> e seus parágrafos; além disso, tendo em vista a realização em massa dessas práticas contratuais, a Lei 8.078/90 procurou, também, disciplinar sobre as cláusulas abusivas, a fim de proteger o consumidor.

---

<sup>308</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Constituição Federal - Código Civil – Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 819.

<sup>309</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 326.

<sup>310</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134.

<sup>311</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. Op. Cit., p. 851.

<sup>312</sup> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Há que se ressaltar, no entanto, que a cláusula abusiva é um fenômeno que pode ocorrer nos contratos de consumo de modo geral, e não apenas nos contratos de adesão. Explica Nelson Nery Junior<sup>313</sup> a respeito:

As cláusulas abusivas não se restringem aos contratos de adesão, mas a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer a qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. O CDC visa proteger o consumidor contra as cláusulas abusivas *tout court* e não somente o aderente do contrato de adesão.

As cláusulas contratuais abusivas podem estar presentes em qualquer contrato, e não apenas naqueles que se referem ao modelo de adesão. A justificativa básica para essa conclusão reside no fato de que a proteção ao consumidor é premissa constitucional, devendo, assim, ser assegurada em todas as relações jurídicas.

O próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 6º, inciso IV, que a proteção contra as cláusulas contratuais abusivas é um direito fundamental do consumidor. Neste ponto, a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, “importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais<sup>314</sup>”.

Ponderando as questões acima, é preciso ainda compreender a interpretação nos contratos de adesão, presentes nas relações de consumo. Para isso, reputar-se-ão, novamente, a legislação infraconstitucional e a base constitucional a respeito do assunto.

Já foi considerado anteriormente que a pretensão da Lei 8.078/90<sup>315</sup> foi a de proteger os hipossuficientes. Desta feita, a interpretação segue a mesma vertente, a saber:

---

<sup>313</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 334.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 364.

<sup>315</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Constituição Federal - Código Civil – Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Artigo 54, § 3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Artigo 54, § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Avaliando tais dispositivos legais, conclui-se que é dada ampla proteção ao consumidor diante da supremacia econômica em que, via de regra, se encontram os fornecedores e produtores de bens e serviços, porque as referidas regras de interpretação sempre privilegiarão o aderente. Entende-se por supremacia econômica do fornecedor/produzidor em face do consumidor, já que é notória a vulnerabilidade deste último nas relações de consumo.

Explica José Geraldo Brito Filomeno<sup>316</sup> a respeito:

O traço marcante da conceituação de consumidor (...) está na perspectiva de que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como hipossuficiente ou vulnerável, não sendo, aliás, por acaso, que o mencionado movimento consumerista apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX em que se reivindicam melhores condições de trabalho e melhoria na qualidade de vida, e, pois em plena sintonia com o binômio poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços.

Indaga-se, portanto: qual a relação que pode ser feita entre a relação de consumo, a Ordem Econômica e a livre iniciativa? A afinidade as relações civis e de consumo encontra-se presente na estruturação dos contratos, que se revelam um nítido sinal de liberdade individual associado à circulação de riqueza. Interessa aqui depreender como as relações de consumo podem sofrer limitações na vontade dos contratantes.

Torna-se nítido, pois, que o “denominado princípio da liberdade congrega, nas relações de consumo, duas forças que atuam em sentidos opostos<sup>317</sup>”. Isso se explica através de dois pólos, em princípio antagônicos, a saber: de um lado, a liberdade de iniciativa; e, de outro, a liberdade do consumidor em contratar ou não.

<sup>316</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27.

<sup>317</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 187.

A proposta da dissertação é a de justamente conciliar as duas formas de liberdade, já que ambas se encontram tuteladas pelo Direito Constitucional. A conciliação, no entanto, só será possível através da convivência harmônica entre as liberdades do consumidor e da concorrência, e não através da sobreposição de uma à outra. Tal assunto será explicado através da ponderação de princípios, mais precisamente no Capítulo VI.

De acordo com Cláudia Lima Marques<sup>318</sup>, os interesses presentes no mercado de consumo para reprimir os abusos do poder econômico podem ser assim compreendidos:

Para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas ou contratos abusivos. Estas, mesmo não sendo ‘consumidores *stricto sensu*, poderão utilizar-se das normas protetivas do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, e sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

A atuação estatal, conseqüentemente, no âmbito da defesa do consumidor pauta-se na aplicação dos princípios de proteção à parte com menor força negocial.

A massificação da produção e do consumo “reclama o controle, pelo Estado, do poder normativo privado que entidades de classe ou setoriais exercem, produzindo *direito posto* ‘privado’, impondo sua vontade a partes fragilizadas<sup>319</sup>”. Sobre o mesmo assunto, considera José Geraldo Brito Filomeno<sup>320</sup>:

No âmbito de tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

---

<sup>318</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

<sup>319</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo Paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 05, p. 82, jan/mar. 2001.

<sup>320</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 46.

Exemplificando as situações de interpretação contratual nas relações de consumo, segue parte de decisão do CADE que confronta livre iniciativa e infração à ordem econômica:

A restrição à autonomia privada ou liberdade contratual pode ocasionar uma excessiva restrição à liberdade individual, provocando prejuízos à aderente. A excessiva restrição à liberdade individual se dá em virtude de um abuso da parte contratual economicamente mais fraca ou economicamente dependente. No Brasil, o controle deste tipo de abuso pode ser prévio ou posterior. Dentre as formas de controle prévio se encontram os controles legislativos (art. 54 da Lei 8.078, de 11.9.90 de proteção e defesa do Consumidor) e administrativos (órgão de defesa do consumidor). O controle a *posteriori* é realizado pelo judiciário a partir da anulação das cláusulas contratuais abusivas e da interpretação dos contratos de adesão em favor dos aderentes, por meio da aplicação dos princípios jurídicos da *boa fé, equidade e do equilíbrio da relação contratual*. Cumpre ressaltar que os tribunais tem [sic] exercido de maneira eficaz a eliminação ou desconsideração das cláusulas abusivas nos litígios civis firmando uma jurisprudência volumosa no sentido da proteção da parte contratual economicamente mais fraca<sup>321</sup>.

Coadunando com a intervenção do CADE na Ordem Econômica, seguem os seguintes julgados, citados na própria decisão acima<sup>322</sup>:

No contrato de locação de estabelecimento que explora a venda de combustíveis de automotores, cujo preço do locativo foi fixado em percentual sobre o faturamento, o impedimento oposto pelo locador ao funcionamento do referido comércio pelo locatário desautoriza àquele à ação de despejo por falta de pagamento dos alugueres.

É nula, por ferir a lei do inquilinato, cláusula que outorga ao locador o direito de rescindir o contrato de locação de posto de serviços se o locatário não vender as quantidades mínimas de combustíveis previstas na avença.

Relacionado, agora, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor com o Código Civil, opina Teresa Negreiros<sup>323</sup>:

A vocação expansionista do CDC, ou, por outras palavras, a influência do chamado 'direito do consumidor' sobre o direito civil em geral leva à extensão dos mecanismos de proteção a todo e qualquer contrato em que se verifique um análogo desequilíbrio de forças entre os contratantes. (...) Assim é que, sob o ponto de vista civil-constitucional, a lógica protecionista se irradia por sobre a teoria contratual como um todo, produzindo importantes efeitos no que toca às classificações das várias espécies de contrato.

<sup>321</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência**: Case Law. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 373.

<sup>322</sup> Ibid, p. 373.

<sup>323</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002. p. 306.

Diante disso, as idéias apresentadas precisam ser consideradas também à luz da Constituição Federal, já que somente poderão ser admitidas se tais normas de direito privado não forem consideradas como um sistema auto-suficiente, mas como um conjunto de normas abertas e passíveis de serem adaptadas em cada caso concreto.

Deve-se em toda interpretação que envolva relações de consumo, reconhecer a vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, de modo que o negócio jurídico venha a sofrer intervenções por meio de ações interventivas realizadas pelo Poder Judiciário.

Interessante discurso, apresenta Gustavo Tepedino<sup>324</sup>, a respeito da interpretação nas relações de consumo:

Mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do Direito Privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, quer em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, quer nas circunstâncias contratuais em que se identificam, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo: os princípios da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana (...) parecem ser os pressupostos justificadores da incidência dos mecanismos de defesa do consumidor às relações interprivadas.

Por fim, ressalta-se que também em relação aos consumidores e às prestadoras de serviço, pretende-se adotar uma premissa civil-constitucional de estudo, já que se torna possível erigir uma Teoria Geral dos Contratos, se seu âmago recair na Constituição Federal, por ser ela a base da justiça social, da qual não esquiva nenhum negócio jurídico, seja de consumo, seja civil ou mesmo público<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. 1998. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/direito/publicacoes/diversos/tepedino.html>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

<sup>325</sup> A relação entre o direito civil, o direito do consumidor e a Constituição Federal será enfatizada no Capítulo VI, em confronto com a dignidade da pessoa humana como forma de interpretar e guiar tais relações.

## **5. LIMITES À ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA NO QUE TANGE À LIVRE INICIATIVA NOS CONTRATOS CIVIS**

Conforme já mencionado, no capítulo que tratou da limitação da autonomia da vontade, limitar legalmente significa estabelecer restrições ao exercício da vontade do particular. Limitar a concorrência, por exemplo, quer dizer criar restrições de alguma forma para instaurar impedimento de competição no mercado, ou regular o acesso e a permanência do empresário no mercado<sup>326</sup>.

A atuação da iniciativa privada na Ordem Econômica brasileira é prevista na Carta Constitucional, porém limitada por esta, no que diz respeito a determinados princípios, que aquela tem de acatar ao atuar no âmbito econômico.

Tem-se que, ao mesmo tempo em que a Constituição se preocupou em propiciar condições de atuação da iniciativa privada no âmbito econômico, limitou sua atuação. Para conciliar o fundamento da livre iniciativa, por exemplo, com princípios como a defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais (que em tese parecem inconciliáveis), pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços, de bens e de serviços. Trata-se de uma convivência amistosa de interesse, que admite e até mesmo exige conciliações pacíficas dos princípios.

Com efeito, torna-se essencial ponderar e relativizar o peso dos princípios concorrentes e, diante das circunstâncias do caso, legitimar a intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica, sem que, assim decidindo, tenha invalidado qualquer dos núcleos normativos em conflito. Se à vista de um outro caso concreto aqueles mesmos princípios voltarem a entrar em estado de conflito, o juiz poderá realizar um balanceamento, atribuindo maior peso ao princípio que, na situação anterior, recebera menor ponderação.

---

<sup>326</sup> Nesse caso, as limitações de acesso e permanência do empresário em um mercado se incluem na área de regulação da concorrência, por meio de concessões, permissões ou autorizações dirigidas a essas finalidades.

Mesmo a Constituição trazendo em seu corpo interesses diferentes, embora busquem objetivos comuns, exige a coexistência harmônica entre a livre iniciativa e a propriedade privada e interesses sociais (proteção ao consumidor, valorização do trabalho humano, proteção ao meio ambiente).

Nesta fase do estudo, serão consideradas três discussões acerca da limitação de interesses na ordem econômica. A primeira consideração diz respeito ao choque que pode existir entre a livre iniciativa e o poder interventivo estatal. A segunda discussão explicará que, para compreender este choque, a saída a ser encontrada está na interpretação das normas. O último questionamento buscará a interpretação da Ordem Econômica a partir dos direitos fundamentais como elemento importante na solução do conflito de interesses, principalmente relevando a liberdade contratual.

#### 5.1 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E O CHOQUE COM O PODER INTERVENTIVO DO ESTADO

Toda a ordenação jurídica apresenta como fatores ou pressupostos a pessoa, a sociedade e o Estado. Dentro desse contexto cumpre destacar a liberdade. A possibilidade de intervenção do Estado entra em conflito com a existência de liberdades, isto é, os direitos reconhecidos na Constituição e atribuídos aos indivíduos como proteção ao arbítrio do Estado, mas que podem ser invadidos em determinadas condições.

A “liberdade de iniciativa econômica é liberdade de acesso ao mercado, independentemente de qualquer ingerência estatal<sup>327</sup>”. Nesse caso, cada agente econômico é livre para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as livremente, sem a interferência do Estado.

Não se trata de uma liberdade absoluta, mas de uma liberdade regulamentada, isto é, liberdade de desenvolvimento da empresa na esfera de atuação já delineada pelo poder público, ou ainda, liberdade do particular para contratar com outro particular,

---

<sup>327</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 133.

que somente será autêntica enquanto desempenhada e alicerçada no interesse da justiça social. Nesse caso, para se conseguir a dita justiça social, até que ponto pode o Estado intervir na livre iniciativa? No plano de aplicabilidade dos princípios constitucionais da Ordem Econômica, quais deles devem efetivamente predominar quando todos estiverem ao mesmo tempo em questão?

Para esclarecer as indagações acima não se pode perder de vista que, muito embora sejam limitadas as liberdades de iniciativa, isso não significa que não possam ser admitidas restrições além de um certo ponto.

É imperativo, numa interpretação econômica, que a liberdade de iniciativa seja livre, não se admitindo modalidades de intervenção estatal que venham a extinguir por completo tais liberdades, ainda que de forma transitória.

Como parâmetro de medida de intervenção, Ives Gandra Martins<sup>328</sup> entende que, “embora o poder estatal esteja diluído por todo o povo, o conjunto de indivíduos representados no Estado [sic] forma um conjunto específico de interesses distintos do indivíduo isolado”. Assim, segundo o autor, os interesses são reconhecidos para cada uma das esferas, “criando uma linha divisória imposta pela ordem jurídica que estabelece os direitos sociais que o indivíduo deve acatar e os direitos individuais em que o Estado não pode violar”.

Um bom exemplo, para demonstrar o choque existente entre a liberdade na economia e a atuação estatal, está na idéia de controle de preços. Por exemplo: seria legítima a intervenção do Estado regulando a contratação do serviço escolar, até mesmo impondo um controle de preços? O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, em março de 1993, em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 319, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, questionando a Lei 8.039/90, que havia estabelecido uma forma de controle de preços das mensalidades escolares. Dois interesses estavam em choque nessa discussão: de um lado, a livre iniciativa; de outro, a preservação da existência digna dos cidadãos a terem uma educação decente e sem abusos econômicos. A chave

---

<sup>328</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Questões de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38.

para esclarecer a indagação, exemplificada no caso em concreto supramencionado, está, portanto, em se proteger o bem comum, permitindo a socialização das relações jurídicas.

Para justificar essa solução, Konrad Hesse<sup>329</sup> ensina que a Constituição visa a preservar “a força normativa dos seus princípios fundamentais”, devendo, dessa maneira, “incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres”.

Daniel Sarmiento<sup>330</sup>, também comentando a ADIN acima, realça que a Constituição “não admite todo e qualquer mecanismo de controle de preços, mas tão somente aquele que se revelar proporcional aos interesses constitucionais que o Poder Público visa tutelar”, como a proteção do consumidor e a justiça social. O cumprimento de um interesse constitucional não pode se dar com o sacrifício ilimitado de outro. Assim, fala-se em ponderação de interesses pautada na proporcionalidade, que poderá justificar a relativização ao regime da livre estipulação de preços pelos empresários, para proteger a justiça social e o consumidor.

Propõe-se, dessa forma, a busca de um equilíbrio entre a intervenção e a livre iniciativa, de forma que não haja preferência por um dos princípios do artigo 170 da Constituição, mas que eles se ajustem e possam coexistir para uma harmônica realização da Ordem Econômica.

Nesse sentido, conforme já mencionado em outro capítulo, no campo econômico o Estado deve respeitar a autonomia da vontade, só agindo indiretamente e segundo o princípio da subsidiariedade (atuação indireta) quando necessário para criar as condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica. A subsidiariedade consiste no aspecto de que o Estado não está autorizado a invadir o campo de atuação do particular e retirar as suas atribuições para atuar na economia.

---

<sup>329</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 21.

<sup>330</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 176.

O papel deste capítulo foi dimensionar os princípios que estão em colisão na Ordem Econômica, para, no momento a seguir, investigar a forma de interpretação desses mesmos princípios.

## 5.2 INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA À ORDEM ECONÔMICA

Interpretar significa esclarecer, ajuizar uma intenção, enfim, traduzir. A interpretação jurídica ocorre em virtude de dúvidas que a norma positivada venha a gerar. Assim, a necessidade de interpretar normas jurídicas surge das dúvidas suscitadas em face da letra da lei.

Elucida Celso Ribeiro Bastos<sup>331</sup> sobre a interpretação:

Interpretar é atribuir um sentido ou um significado ao texto. O emprego do vocábulo atribuir é significativo neste contexto. Por meio dele se denota a interpretação como um processo pelo qual se extrai um significado da norma, o que desde logo está a identificar uma ideologia subjacente aos que assim se pronunciam, pois o extrair algo pressupõe que este algo já existia na própria norma.

Antes, no entanto, de considerar os métodos de interpretação jurídica, pretende-se alertar que os modelos de interpretação variam de acordo com o tipo de sociedade e a respectiva forma jurídico-político dominante<sup>332</sup>, e, por isso, a interpretação será explicada a partir de um traço histórico.

Ensina Manoel Messias Peixinho<sup>333</sup>, a respeito dos métodos clássicos de interpretação:

O estudo dos métodos clássicos de interpretação está intimamente relacionado com os movimentos históricos, que surgiram buscando compreender o fenômeno jurídico e os seus resultados político-sociais. Esses movimentos são denominados de Escolas de Interpretação.

---

<sup>331</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60.

<sup>332</sup> GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 357.

<sup>333</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 21.

Miguel Reale<sup>334</sup> também faz interessante retrocesso histórico para explicar a interpretação, lançando mão da “Escola da Exegese”. Consoante o autor, essa escola “surgiu no século XIX e sustentou-se na lei positiva, em que entendia-se [sic] que a própria lei dá uma possibilidade de solução para todos os casos eventuais que venham a surgir na vida social”.

Já para Marcelo Neves<sup>335</sup>, “a escola da exegese resultava num culto ao texto da lei como a expressão precisa da intenção do legislador, que era elevada ao primeiro plano”.

Logo após a escola da exegese, surgiu outro caminho para a interpretação jurídica, a “escola histórica”, que teve como teórico Savigny. A justificativa dessa escola “sustentava-se no fato de que, feita, a lei não fica adstrita às suas fontes originárias, mas deve seguir as instabilidades sociais”<sup>336</sup>. Segundo a escola histórica, não era permitida uma interpretação criadora do direito. Devia-se, acima de tudo, investigar uma vontade do legislador diante da elaboração da lei. A intenção do legislador “visava não só à aplicabilidade da lei à época de sua elaboração, como também à intenção dela para ser aplicada em épocas posteriores, o que fundamentava o trabalho de interpretação histórica”<sup>337</sup>.

Nesse período, também foi criada a escola da jurisprudência dos conceitos. Essa escola compreendia o Direito como um sistema caracterizado pela conexão lógica dos conceitos combinado com a racionalidade dos fins, de acordo com a qual o “fim da interpretação jurídica seria esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido”<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 281.

<sup>335</sup> NEVES, Marcelo. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356.

<sup>336</sup> REALE, Miguel. Op. Cit., p. 284.

<sup>337</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 24.

<sup>338</sup> NEVES, Marcelo. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). Op. Cit., p. 356.

Outra escola que surgiu no final do Século XIX foi a da livre pesquisa do Direito<sup>339</sup>. Esse movimento se pautava na idéia de que não se deve deformar a lei, mas, ao contrário, reproduzir a intenção do legislador no momento de sua decisão.

O direito livre também foi uma escola que contribuiu para o processo de interpretação. Tal escola foi proposta por Ehrlich e teve por desenvolvimento um sentido sociológico do Direito. A proposta da escola do direito livre era facultar ao juiz a possibilidade de ser estabelecida livremente uma solução para cada caso em concreto.

Por fim, tem-se com Kelsen o normativismo. Na visão kelseniana, “a norma funciona como esquema de interpretação”, em outras palavras, “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa<sup>340</sup>”.

Passado pelo breve traço histórico, volta-se ao sentido da interpretação. Assim, tem-se que interpretar, segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>341</sup>, “é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”. A interpretação pode ser compreendida, também, como uma forma de descortinar simbologias utilizadas na prática, e isso significa conhecer “regras de controle da denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas)<sup>342</sup>”.

Paulo Bonavides<sup>343</sup> entende que a “interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade”. Trata-se também de uma “operação lógica, de carácter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica”.

---

<sup>339</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 286.

<sup>340</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 4.

<sup>341</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 257.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>343</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 399.

Hans Kelsen<sup>344</sup> ensina que a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

Por outro lado, Miguel Reale<sup>345</sup> explica que “interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus efeitos sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos”.

Maria Luiza Balaguer Callejon<sup>346</sup> adverte também sobre a interpretação:

La teoría de la interpretación mantiene el indudable acierto de permitir la actualización de los preceptos constitucionales, de acuerdo con las exigencias sociales, pero tiene como contrapartida el peligro del subjetivismo del Juez. Una teoría de la interpretación, es sin duda deseable para la actualización y la progresión del Derecho, pero exige unos Jueces socialmente integrados en ella de modo que la aplicación de las normas pueda realizarse de acuerdo con las demandas sociales.

Após compreender os contornos conceituais sobre a interpretação jurídica, agora, torna-se viável explicar a diferença existente entre interpretação e hermenêutica. Interpretação, conforme já aludido, é uma forma de significar algo. Já a hermenêutica refere-se ao conjunto de regras de procedência acerca da interpretação.

Explica Bruno Galindo<sup>347</sup> sobre a origem do termo hermenêutica:

A origem da hermenêutica no termo grego *hermeneia*, tendo um sentido de dar a conhecer algo oculto ou trazer à tona algo escondido. Tal termo teria uma conexão semântica com o deus grego Hermes, aquele dentre os deuses que dava publicidade às mensagens de Olimpo, transmitindo-os [sic] aos mortais. A terminologia *hermeneia*, portanto, não significava, para os gregos, teoria ou metodologia da interpretação, mas a transmissão de mensagens.

<sup>344</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 387.

<sup>345</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 291.

<sup>346</sup> CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretacion de la Constitucion por la Jurisdiccion Ordinaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 144.

<sup>347</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 112.

Quando se analisa a interpretação, necessário se faz compreender as suas variadas formas apontadas pela doutrina. Kelsen<sup>348</sup>, por exemplo, aplica duas formas para explicar a interpretação: “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”.

Ocorre que, nessa ocasião, deverá incidir a apreciação da interpretação na Ordem Econômica, e para isso será preciso equilibrar momentos de intervenção do Estado e de preservação da livre iniciativa, em que “não basta adotar a regra de interpretação<sup>349</sup>”, prevista na maioria da doutrina, na qual a identificação dos princípios parte do maior que rege o tema a ser apreciado, declinando do mais genérico para o mais específico.

Antes, portanto, de avaliar a interpretação na Ordem Econômica, importa investigar os métodos de interpretação jurídica, bem como os métodos de interpretação constitucional.

### 5.2.1 Métodos da interpretação jurídica

A idéia de entender a interpretação a partir de métodos tem por objetivo afastar da interpretação a ideologia do intérprete ou, no dizer de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>350</sup>, na interpretação “os métodos são na verdade regras técnicas que visam à obtenção de um resultado”.

Considerando os tipos de interpretação existentes, tem-se que Savigny<sup>351</sup> entendia a importância dos métodos na interpretação jurídica e as classificava em quatro formas: gramatical, lógica, histórica e sistemática.

---

<sup>348</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 388.

<sup>349</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 147.

<sup>350</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 2001. p. 283.

<sup>351</sup> SAVIGNY apud LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9.

Nota-se, desde já, que variados são os entendimentos a respeito das formas ou métodos de interpretação. Serão adotados aqui os seguintes métodos: gramatical, histórico, teleológico, sistemático, lógico, axiológico, comparativo, tópico-retórico, lingüístico, sociológico e evolutivo.

O método gramatical tem por fim compreender o correto significado da norma. Por isso se fala que a letra da norma é um ponto de partida da atividade interpretativa. Para Luís Roberto Barroso<sup>352</sup>, “a interpretação gramatical – também dita textual, literal, filológica, verbal, semântica – se cuida de atribuir significados aos enunciados lingüísticos do texto constitucional”.

Segundo Paulo Bonavides<sup>353</sup>, “a consideração gramatical do texto abrange as palavras ainda nas suas possíveis e variadas conexões, de modo a estabelecer-se a concatenação ou congruência dos conceitos expressos no corpo da lei”.

Sobre a forma de interpretação gramatical, Manoel Messias Peixinho<sup>354</sup> adverte que ela só deve ser empregada quando em combinação com outros métodos. Elucida o autor seu posicionamento a partir do seguinte julgado:

Resp. Civil. Locação – Revisional. Acordo das partes. O princípio – pacta sunt servanda – deve ser interpretado de acordo com a realidade socioeconômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula rebus sic stantibus cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes.

Tem-se que o método gramatical é importante para a compreensão do texto da lei, todavia a sua apreciação mecânica e eqüidistante do sujeito do direito ou do próprio intérprete acaba criando situações injustas.

---

<sup>352</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 127.

<sup>353</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 400.

<sup>354</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 34.

O método histórico parte da noção de comparação entre o antigo e o novo, ou seja, preocupa-se em “examinar as raízes históricas de determinada norma e a sua evolução<sup>355</sup>”; assim, busca-se a interpretação da lei pela própria lei.

Pela forma teleológica de interpretação, busca-se a finalidade pela qual a norma foi criada. Quando se cogita este tipo de interpretação, chega-se também à idéia de interesses presentes na norma.

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>356</sup> explica que o pressuposto básico dos métodos teleológicos é o de “sempre que possível atribuir um propósito às normas”. De fato, “isso nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades”. Existem, por exemplo, normas pautadas nos costumes nas quais se torna difícil encontrar nelas propósitos e finalidades.

Carlos Maximiliano<sup>357</sup> entende que o direito é uma ciência finalística e, por essa razão, a interpretação jurídica há de ser fundamentalmente teleológica. O hermeneuta deve “ter sempre em vista o fim da norma, o resultado que a norma pretende alcançar em sua atuação prática”.

Para Bruno Galindo<sup>358</sup>, o método teleológico foi uma contribuição de Ihering; a saber:

Tal elemento foi introduzido na hermenêutica jurídica por contribuição de Ihering. O método de interpretação jurídica, ao considerar o elemento teleológico, vai buscar, além da inteligência gramatical, lógica, histórica e sistemática, a finalidade social, os interesses individuais, coletivos e públicos, que são beneficiados ou prejudicados com determinada interpretação.

Sabe-se, inclusive, que por via do método acima Ihering criou uma escola de interpretação chamada de “jurisprudência dos interesses”, segundo já exposto. Para esta escola, a finalidade do direito tinha ampla relação com cada caso em concreto

---

<sup>355</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 132.

<sup>356</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 2001. p. 287.

<sup>357</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 56.

<sup>358</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 4.

submetido ao Judiciário, já que cabia aos juízes resolverem as lides para garantir os próprios interesses da sociedade.

Pela forma sistemática, procura-se compatibilizar a conexão e a coerência ao interpretar o texto da norma. Sendo assim, deve ser preservada a coesão do todo. De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>359</sup>, essa forma de interpretação justifica-se pelo fato de que “uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra”. Importa realçar que a interpretação sistemática é baseada na noção de unidade do ordenamento jurídico. Nesse ponto, considera-se a importância da Constituição como ápice que conduz as demais normas no âmbito estatal<sup>360</sup>.

O meio lógico se detém no exame da conexão entre os aspectos internos presentes na norma. Segundo Carlos Maximiliano<sup>361</sup>, o elemento lógico de interpretação procura partir da apreciação do pensamento do criador da lei para instituir as relações entre as distintas partes que o compõem, isto é, “parte do estudo das normas em si, ou em conjunto, para, por meio do raciocínio dedutivo, alcançar uma interpretação adequada”. Pelo processo lógico, há uma busca pelo sentido e alcance de expressões do direito sem auxílio de elementos externos, “aplicando-se regras precisas e levando em consideração a Lógica geral”.

Conforme Paulo Bonavides<sup>362</sup>, ainda sobre o método lógico, tem-se que esse critério “procura examinar a lei em sua conexão com as demais”, portanto busca “reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei”.

A técnica axiológica está amplamente ligada ao método teleológico, já que diz respeito também ao objetivo que a norma pretende alcançar, isto é, a finalidade da norma e os valores de que ela se aproveita.

---

<sup>359</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

<sup>360</sup> Esse assunto também será enfatizado no item 5.2.2 ao ser analisado o princípio da unidade da Constituição.

<sup>361</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 126.

<sup>362</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 402.

A forma comparativa faz a relação entre a norma nacional e a estrangeira, a fim de buscar uma checagem ao modelo já utilizado em outros países, servindo, assim, como uma forma de padrão a quem pretende usá-lo. Na verdade, através da comparação, o intérprete passa a ter maiores subsídios teóricos para relacionar uma prática já adotada com uma postura nova que se pretende implementar.

O meio tópico-retórico se pauta numa relação de pergunta e resposta. Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>363</sup> explica esse instrumento de interpretação tópico-retórico como “uma técnica de pensamento que se orienta para problemas”. Assim, trata-se de um modo de pensar que permite avaliar problemas e deles expor determinadas explicações.

O instrumento lingüístico pode ser explicado através da teoria da linguagem proposta por Tercio Sampaio Ferraz Junior. Através da teoria da linguagem, segundo o autor, “a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica”.

Explica, ainda, Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>364</sup>:

Ao se utilizar de seus métodos, a hermenêutica identifica o sentido da norma, dizendo como ele deve-ser (dever-ser ideal). Ao fazê-lo, porém, não cria um sinônimo, para o símbolo normativo, mas realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação de um texto cujo resultado é um substituto mais persuasivo, pois exarado em termos mais convenientes. Assim, a paráfrase interpretativa não elimina o texto, pondo outro em seu lugar, mas o mantém de uma forma mais conveniente, reforça-o, dando-lhe por base de referência o dever-ser ideal do legislador racional, para um efetivo controle da conotação e da denotação.

O modo sociológico vislumbra a necessidade de as normas se adequarem às necessidades da sociedade. Tal modo de interpretação, conforme já pontuado, foi proposto pela escola do “Direito Livre”, que procurou romper com o formalismo das demais escolas hermenêuticas<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 323.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>365</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 77-83.

Por fim, o método evolutivo considera as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não desconhece as condições nas quais ocorreu a sua formação<sup>366</sup>. Dá-se, então, a idéia de acompanhamento evolutivo da norma.

Todos os métodos analisados não podem ser interpretados isoladamente. Considera Bruno Galindo<sup>367</sup> que “esses elementos são importantes no processo interpretativo e devem ser considerados em conjunto na interpretação de uma norma”. Avalia também o autor<sup>368</sup> que a interpretação preconizada pela hermenêutica é um processo estruturado; a saber:

A interpretação preconizada pela hermenêutica, em verdade, é um processo estruturado para alcançar um entendimento adequado do enunciado normativo que proporcione uma melhor adequação dos preceitos jurídicos às aspirações da sociedade, devendo ser a norma aplicada com esses fundamentos teleológicos, não deixando de lado, obviamente, os demais elementos que são importantes até mesmo para descobrirmos a teleologia normativa.

Seguindo a exposição acima, não se pretende aqui valorizar mais um método interpretativo em detrimento de outro. Pelo contrário, a proposta de estudo da Ordem Econômica parte da idéia de utilização em conjunto dos métodos a serem aplicados em cada caso concreto.

Analisados os métodos de interpretação jurídica num sentido amplo, passa-se a considerar, a seguir, especificamente, a interpretação constitucional.

### 5.2.2 A interpretação constitucional e os princípios

Primeiramente, deve ser considerado que a interpretação constitucional, quando analisada criticamente, acaba insuficiente diante da nova visão constitucional contemporânea.

---

<sup>366</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 2001. p. 286.

<sup>367</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 125.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 126.

Alguns autores falam em “nova hermenêutica<sup>369</sup>” com o fito de buscar um novo parâmetro interpretativo mais condizente com os anseios do constitucionalismo atual.

Paulo Bonavides<sup>370</sup> explica sobre a “nova hermenêutica” constitucional:

Sob a égide da “nova hermenêutica”, o constitucionalismo de renovação (...) já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição (...); a inauguração no direito público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado (...).

Sabe-se que a interpretação constitucional utiliza-se de meios próprios que lhe são peculiares, no entanto isso não significa que a interpretação geral do direito também não possa ser aplicada a esse tipo de interpretação .

Tem-se que a interpretação constitucional possui caracteres próprios que a diferencia da interpretação das demais normas. Consoante Bruno Galindo<sup>371</sup>, isso faz com que a interpretação constitucional se torne uma empreitada mais difícil do que a interpretação jurídica em geral, “pois o que ocorre é que, além das considerações da hermenêutica jurídica clássica e contemporânea, deve tal interpretação ser norteadada pelos cânones específicos” da hermenêutica constitucional.

Para Enrique Alonso García<sup>372</sup>, a interpretação constitucional corre um enorme risco de subjetivismo:

<sup>369</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 434.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>371</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 127.

<sup>372</sup> GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 413.

La formulación de las normas derivadas de la Constitución no podía ser, por tanto, un hecho absoluto: dependía de la flexibilidad histórica, ya que el contenido de los principios constitucionales variaba con las distintas concepciones sociales. Había que medir cuidadosamente, por tanto, los intereses reales en juego.

Duas preocupações, também, existem na interpretação constitucional: o fato de as normas jurídicas propagarem seus efeitos para todo o ordenamento jurídico (o que acarreta, em alguns casos, a proclamação de inconstitucionalidade ou incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e a Carta Constitucional) e o caráter político das normas constitucionais<sup>373</sup>.

O caráter político da Constituição provoca certas preocupações para o intérprete, porque não podem ser estabelecidos critérios rígidos ou absolutos de interpretação das normas constitucionais. Caso isso aconteça, descaracteriza-se a finalidade ou a própria estrutura do Estado Democrático de Direito. Sobre esse ponto de vista, ensina Bruno Galindo<sup>374</sup>:

As considerações políticas na interpretação constitucional são de importância bem maior do que na interpretação das normas infraconstitucionais, sendo necessário que a hermenêutica constitucional auxilie na tarefa da interpretação constitucional de consagrar os valores políticos insculpidos na lei maior.

Washington Peluso Albino de Souza<sup>375</sup> também ensina o seguinte, quanto ao caráter político a ser considerado na interpretação constitucional:

Em verdade, alguns dados preocupam o intérprete, a partir da natureza da própria Constituição, enquanto diploma político, mais do que jurídico, e que tem de se manter sensível a todos os fatos sociais que envolvem a vida do país que a adota. Dentre esses dados, para chegarmos à interpretação da Constituição Econômica, devemos salientar especialmente as transições, e os conflitos ideológicos como manifestações mais polêmicas.

A idéia a ser discutida neste estudo está justamente no fato de que, na interpretação constitucional, deve-se buscar um sentido mais profundo das normas

---

<sup>373</sup> Esse caráter político das normas constitucionais pode ser explicado, já que são as normas constitucionais que fixam a estrutura do Estado, conferem competência aos poderes e aos entes estatais.

<sup>374</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 129.

<sup>375</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 232.

constitucionais<sup>376</sup>. Isso, na verdade, destaca-se quando considerado principalmente que os direitos fundamentais são extremamente importantes para delimitarem a interpretação, como é o caso dos direitos individuais (liberdade), do direito do consumidor, do meio ambiente, dentre outros.

Após esses comentários, cabe detectar qual o método de interpretação constitucional que será utilizado neste estudo. Objetiva-se utilizar o método da concretização proposto por Konrad Hesse<sup>377</sup>. O método da concretização sugere uma investigação exegética acerca de um problema concreto e que precisa de solução. Assim, a norma constitucional é produzida no decorrer do processo de concretização.

Percebe-se que, na concretização, a atuação do juiz é de extrema importância. A complementação produtiva do Direito estará reservada ao magistrado, mas ressalta-se que este deve estar sujeito à lei. A atividade do juiz na concretização supõe o fato de que a sentença não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas que haja uma ponderação justa do todo.

Para explicar a concretização, necessário se faz indagar se esta representa um método de interpretação da constituição ou um processo de aplicação prática da mesma. Para responder a esse questionamento, Bruno Galindo<sup>378</sup> esclarece que em verdade, por concretização constitucional pode-se entender ambas as coisas. A terminologia concretização constitucional é utilizada tanto com o significado de método como processo. Enquanto método, pode-se conceber a “concretização constitucional como metodologia científica racionalmente elaborada para ser aplicada na interpretação dos enunciados normativos constitucionais” com o propósito de garantir a eficácia das normas constitucionais. Enquanto processo, a “concretização constitucional é a própria aplicação prática dessa metodologia em

---

<sup>376</sup> Além de considerar um sentido mais profundo das normas constitucionais, torna-se importante identificar a ideologia constitucional adotada na Ordem Econômica.

<sup>377</sup> Existe também o método de interpretação constitucional denominado de criativo, proposto por Rudolf Smend, que tem por fim analisar a constituição de forma sistemática e de acordo com a realidade.

<sup>378</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 171.

relação à norma constitucional, ou seja, a utilização na *práxis* jurídico-constitucional dos métodos concretistas”.

Assim, tal método concretista aprecia a interpretação constitucional uma concretização, aceitando que o intérprete, onde encontrar obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.

Pode-se falar que o conteúdo da norma só se completa no ato interpretativo. Por isso, a “concretização pressupõe uma concretização do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a compreensão prévia do intérprete ao problema<sup>379</sup>” almejada na solução.

Apesar da opção pelo método da concretização, necessário se faz considerar a dificuldade no momento da busca pela concretização, já que o intérprete pode exagerar na subjetividade a permear a sua interpretação. João Maurício Adeodato<sup>380</sup> pontua que “nem toda solução concretiza devidamente a norma constitucional”.

No mesmo sentido, elucida Marcelo Neves<sup>381</sup> sobre a concretização:

Embora essa abordagem do processo de concretização não reduza a relevância da dimensão pragmática, enfatizando o papel ativo e criador do agente de interpretação-aplicação jurídica em relação à norma jurídica, o seu método é especificamente lastreado na semântica. Daí porque deixar de enfrentar algumas questões eminentemente jurídico-pragmáticas ou oferece-lhes [sic] respostas insuficientes.

Após a análise da concretização como método de interpretação, cabe agora passar à apreciação dos princípios constitucionais. Ao realçar a necessidade de análise dos princípios na atividade interpretativa, deve-se levar em conta a complexidade e a gravidade da interpretação constitucional e os princípios a “serem tomados como critério dominante desta interpretação, que acabarão sendo objeto da própria

---

<sup>379</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 439.

<sup>380</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

<sup>381</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 363.

interpretação<sup>382</sup>. Através da avaliação dos princípios que este estudo delimitará a atividade hermenêutica constitucional.

Pretende-se fazer a distinção entre os princípios gerais do Direito e os princípios constitucionais, assim como foi feita a diferenciação entre a interpretação do direito e a interpretação constitucional. Como princípios constitucionais devem ser considerados aqueles que estão inseridos na Carta Constitucional e que irão informar e estabelecer as diretrizes do intérprete.

Optou-se, nesse estudo, por considerar como um pouco temerária, conforme ensina Manoel Messias Peixinho<sup>383</sup>, a identificação dos princípios gerais do direito com os princípios constitucionais. Segundo o autor, “há outros princípios constitucionais que versam sobre a matéria estranha à noção de princípio geral, como é o caso dos princípios setoriais da área econômica” (objeto do presente estudo). Alguns princípios especificamente constitucionais, portanto, “não se relacionam com os princípios gerais do direito”.

Jorge Miranda<sup>384</sup>, explicando o tema de interpretação dos princípios, aduz que a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.

Variadas, no entanto, são as formas de interpretação constitucional a partir da consideração dos princípios. Aqui será perfilhada a análise dos seguintes princípios da interpretação das normas constitucionais: proporcionalidade, razoabilidade, unidade da Constituição, supremacia da Constituição e interpretação conforme a Constituição.

Deixa-se claro que não é pacífica a classificação dos métodos que explicam a interpretação constitucional. Há autores que incluem, além daqueles, os princípios

---

<sup>382</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 201.

<sup>383</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 127.

<sup>384</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. p. 199.

da efetividade e presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

O “princípio” da proporcionalidade é bastante utilizado para solucionar casos de colisão. Por tal princípio, tem-se a possibilidade de ser escolhido um princípio que se destaca como o mais importante em determinada situação. A proporcionalidade é aplicada para permitir uma coexistência de princípios divergentes, e isso provocará um balanceamento adequado da norma.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>385</sup> explica sobre a dimensão do princípio da proporcionalidade:

É nessa dimensão, objetiva, que aparecem os princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, e, logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde se incluem na categoria, equiparável, das garantias fundamentais.

Juarez Freitas<sup>386</sup> pontua sobre o tema:

Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora para o preceito, vendo-o também como algo mais do que a simples vedação de excessos. Em nenhuma circunstância um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>387</sup>, para melhor explicar a respeito da proporcionalidade, apresenta a seguinte classificação:

O princípio da proporcionalidade (...) tem um conteúdo que se reparte em três <<princípios parciais>> (*Teilgrundsätze*): <<princípio da proporcionalidade em sentido estrito>> ou <<determinação de sopesamento>> (*Abwägungsgebot*), <<princípio da adequação>> e <<princípio da exigibilidade>> ou determinação do meio mais suave>> (*Gebot des mildesten Mittels*). O <<princípio da proporcionalidade em sentido estrito>> determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o <<conteúdo essencial>> (*Wesensgehalt*) de direito

<sup>385</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 260.

<sup>386</sup> FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos da Exegese Constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 233.

<sup>387</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 262.

fundamental, com o desrespeito intolerável do valor/princípio que o define: a dignidade humana. Significa também que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem, interesses públicos ou institucionais, superam aquelas desvantagens.

Ainda em consideração à classificação adotada acima, tem-se, a respeito dos “subprincípios da adequação e da exigibilidade”, que o meio escolhido se deve prestar para atingir o fim estabelecido, mostrando-se adequado. Além disso, “esse meio deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais<sup>388</sup>”.

Interessante exemplo de proporcionalidade aponta Juarez Freitas<sup>389</sup>:

Caso emblemático no direito comparado é o do prisioneiro em greve de fome. Após acesa a polêmica, a solução encontrada foi a de fazer valer o direito à vida sobre a liberdade de expressão (...). Eis uma simples ilustração do manejo adequado do princípio da proporcionalidade. Preservados restaram, em seus núcleos íntimos, os dois valores em colisão, com primazia razoável para o direito à vida, como se impunha.

Robert Alexy<sup>390</sup> considera a proporcionalidade como um postulado em sentido estrito, “uma vez que ele é um importante instrumento para a solução de colisões entre direitos”. Para o autor, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, nesse caso, a fórmula mais simples “voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção<sup>391</sup>”.

Observa-se que a proporcionalidade não é pacificamente utilizada como um princípio. Alguns autores consideram que se trata de “diretiva procedimental”; outros entendem ser a proporcionalidade um “critério para resolver a justiça do caso

<sup>388</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 258.

<sup>389</sup> FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos da Exegese Constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 234.

<sup>390</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>391</sup> Cabe apreciar neste estudo a questão da proporcionalidade em sentido estrito, já que será através dela que se cumpre o mandato de ponderação ou lei de ponderação. Tal assunto será aprofundado no Capítulo VI.

concreto<sup>392</sup>”; outros, ainda, avaliam a proporcionalidade como um princípio que deve ser relacionado, em sua aplicabilidade, com o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Ressalta-se que Robert Alexy<sup>393</sup> não entende a proporcionalidade como princípio, mas como máxima. Segundo o autor, a proporcionalidade deve ser entendida como regras pelas seguintes razões: na primeira razão, porque se refere a um critério de solução para colisão, conforme visto acima; na segunda razão, a solução será extraída da própria máxima da proporcionalidade, que cria uma regra com caráter de definitividade; e na terceira, visto que não há na proporcionalidade nenhuma forma de colisão de princípios.

Essa será a base teórica da interpretação constitucional deste trabalho. Considerar-se-á que, diante de uma colisão de princípios constitucionais, restará como solução para ela a proporcionalidade entre um princípio e outro.

Já a razoabilidade significa traçar uma relação de meio e fim das normas com o objetivo de compreender a sua finalidade pública. A respeito desse princípio, considera Carlos Roberto de Siqueira Castro<sup>394</sup>:

A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de exigir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina.

O princípio da razoabilidade teve origem no princípio do devido processo legal do direito americano, sendo um mecanismo utilizado a serviço do Direito Público, um cânone da limitação da soberania estatal como corolário dos direitos fundamentais<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 388.

<sup>393</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>394</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 394.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 157.

A base da razoabilidade sustenta-se na cláusula *law of the land*, “inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento considerado como um dos antecedentes do constitucionalismo”, no entanto sua inserção em texto positivo ocorreu com as emendas 5 e 14 à Constituição norte-americana. Na verdade, o *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>396</sup>.

Há duas tendências de construção constitucional sobre a razoabilidade: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição nos casos submetidos ao seu conhecimento.

A primeira tendência se inspirou no modelo alemão, que compreende ser o princípio da razoabilidade inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema. De outra parte, há outra tendência pautada no modelo norte-americano, que extrai a razoabilidade do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível em razão do caráter substantivo que se deve dar ao próprio princípio do devido processo legal.

Para exemplificar a arguição dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na interpretação constitucional, pontua Luís Roberto Barroso<sup>397</sup>:

Para evitar ganho ilícito por parte da empresa consorciada por ocasião do fechamento do grupo, mostra-se consentâneo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade garantir ao consorciado, que dele desistiu e foi substituído, o recebimento das cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar a cláusula do contrato de adesão que prevê a devolução pelo valor nominal.

Propositamente esse exemplo foi citado, nesta fase da dissertação, já que a pretensão aqui é estudar as relações civis (do ponto de vista da livre iniciativa), e o contrato de adesão está incluído em tal debate.

---

<sup>396</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Organizador). **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001. p. 319.

<sup>397</sup> Idem. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 240.

Pelo caso acima, vislumbra-se a necessidade de invocar a prevalência do direito fundamental de proteção ao indivíduo enquanto consumidor, considerado como o hipossuficiente na relação. Essa proteção poderá ser fundamentada a partir da proporcionalidade, justamente porque ela faz um balanceamento do princípio a ser ponderado em dado caso. O balanceamento (visto a partir da ponderação) de um princípio, quando em confronto com outro, torna-se na verdade um limite, por exemplo, necessário ao Estado intervencionista.

Elucida Carlos Roberto de Siqueira Castro<sup>398</sup> sobre os limites do Estado intervencionista:

Tais limites são sobretudo necessários no contemporâneo Estado intervencionista, onde as autonomias dos indivíduos e da coletividade são alvo permanente de um poder regulamentar voraz e difuso. A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas enfatiza a necessidade de se imporem às regras de direito padrões limitadores do arbítrio ou do puro capricho, exigindo-se, enfim, uma receita de coerência e de plausibilidade na atuação do editor normativo, esteja ele sediado no Poder Legislativo ou nas multiformes agências do Executivo.

Nesse caso, há nítida presença da atuação estatal de limitação à autonomia privada, de acordo com uma harmonia entre os meios e os fins, pautando-se na proporcionalidade entendida como uma máxima da lei de ponderação, segundo Robert Alexy<sup>399</sup>.

Para finalizar a apreciação do princípio da razoabilidade, é preciso considerar que tal forma de interpretação constitucional acaba funcionando como parâmetro valorativo dos atos do Poder Público para avaliar se eles estão sendo conduzidos por critérios de justiça ou não.

A unidade da constituição é um princípio que possui semelhança com o método de interpretação sistemático já estudado. Pela unidade da constituição, entende-se uma forma de reestruturar as normas constitucionais, harmonizando as possíveis contradições que possam existir. Sendo assim, o intérprete preocupa-se em buscar

---

<sup>398</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 158.

<sup>399</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

as recíprocas implicações de princípios e preceitos constitucionais, até encontrar “uma vontade una da Constituição”<sup>400</sup>.

Hans Kelsen<sup>401</sup> explicou a unidade, associando-a com a hierarquia de normas, que será logo mais enfatizada. O autor considerava que a unidade das normas é constituída pelo fato de que a “criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental”, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.

As normas constitucionais devem ser compreendidas e interpretadas de forma a evitar contradições com outras normas constitucionais, portanto a unidade da Constituição visa a conduzir o intérprete a buscar consonância com as decisões básicas da Constituição e evitar a sua limitação em casos práticos.

Luís Roberto Barroso<sup>402</sup> preceitua que o “papel do princípio da unidade da constituição é o de reconhecer as contradições e tensões – reais e imaginárias – que existam entre as normas constitucionais”. Por isso, nesta dissertação será enfatizada a interpretação constitucional, já que, dentre suas formas de entendimento, há aquelas que levam à ponderação de princípios, como é o caso da unidade da constituição<sup>403</sup>.

O princípio da supremacia da Constituição adverte que a Carta Constitucional é uma norma maior de um ordenamento, ou seja, todas as outras normas devem se adequar perante os preceitos constitucionais<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62.

<sup>401</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 181.

<sup>402</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 200.

<sup>403</sup> Alguns autores entendem que a ponderação é consentânea da unidade da Constituição.

<sup>404</sup> É através do princípio da supremacia da Constituição que se pode falar em hierarquia de normas e também de controle de constitucionalidade.

Hans Kelsen<sup>405</sup> explica bem a idéia de supremacia da Constituição quando enfatiza a hierarquia de normas, distinguindo-as entre normas superior e inferior, além de considerar a constituição como o “nível mais alto dentro do Direito nacional”, a saber:

A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a norma inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas.

A supremacia deve ser entendida como uma base ou uma sustentação da interpretação constitucional porque, a partir dessa consideração, o intérprete passa a reconhecer que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião.

A Interpretação conforme a Constituição é um princípio que tem por natureza afastar as interpretações que desobedeçam à própria Constituição. Procura-se, então, ampliar ou restringir a norma de modo a torná-la harmônica com a Carta Constitucional. Alerta Celso Ribeiro Bastos<sup>406</sup>, que, na verdade, “esta interpretação conforme a Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normas de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade”.

Luís Roberto Barroso<sup>407</sup> explica a interpretação conforme a Constituição através de quatro considerações, quais sejam:

1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

---

<sup>405</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 181.

<sup>406</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

<sup>407</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

Desse entendimento pode-se extrair, portanto, que o objetivo maior do princípio da interpretação conforme a Constituição é retificar possíveis atos inconstitucionais de normas inferiores à Carta Maior através da interpretação.

Considera Maria Luisa Balaguer Callejon<sup>408</sup> que a interpretação da lei e do ordenamento jurídico “conforme con la Constitución implica además el sometimiento del Juez a un sistema de valores y de principios expresos que deben orientar la aplicación del Derecho”. A partir desse entendimento, portando, abre-se as portas para um dinamismo do ordenamento jurídico que incremente a possibilidade de transformação social, bem como, o efetivo cumprimento dos direitos constitucionais.

De todos os princípios analisados, ao intérprete caberá apreciar aquele que melhor se enquadre ao caso em concreto. Assim, ao se falar em interpretação constitucional a partir de princípios, pode-se optar por um princípio, mas essa escolha não elimina os demais, que poderão ser utilizados em outras circunstâncias. Essa opção do intérprete, no entanto, não caracteriza arbítrio, pois está contida pelos parâmetros dos fundamentos e das finalidades às quais estão atrelados os princípios.

Para finalizar esta parte do estudo, seguem outros exemplos de interpretação constitucional, agora no que tange à sua aplicação na Ordem Econômica:

HERMENÊUTICA – NORMA LIMITADA DE DIREITO INDIVIDUAL CONSTITUCIONAL – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – RECONHECIMENTO. As normas limitativas de direito individual constitucional, dado seu caráter excepcional, hão de ser interpretadas restritivamente, não se prestando à aplicação analógica ou extensiva<sup>409</sup>.

HERMENÊUTICA – ATO DE CONCENTRAÇÃO – PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE – CRITÉRIO INTERPRETATIVO. A análise dos efeitos de atos de concentração sobre a dinâmica do mercado é prospectivo, o que implica a necessidade de se avaliá-los no longo prazo, e não apenas à luz do contexto conjuntural<sup>410</sup>.

HERMENÊUTICA – ATO DE CONCENTRAÇÃO – ANÁLISE PROSPECTIVA DO MERCADO RELEVANTE. A análise de defesa da concorrência não pode ser estática, limitando-se à estrutura corrente do mercado relevante, devendo ser prospectiva de forma a considerar não

<sup>408</sup> CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La interpretacion de la Constitucion por la Jurisdiccion Ordinaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 144.

<sup>409</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência: Case Law**. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 370.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 371.

apenas as mudanças recentes como ainda as que estejam em andamento, sob pena de as participações de mercado se comprovarem subestimadas ou superestimadas na concepção do futuro próximo<sup>411</sup>.

A proposta da dissertação a partir da análise dos princípios que sustentam a interpretação constitucional foi conformar os interesses em conflito, para evitar a exclusão ou o sacrifício de um princípio para a prevalência de outro; logo não se pretendeu realizar cortes na aplicação dos princípios constitucionais, mas adotar a ponderação como solução do problema.

Ressalta-se que os princípios constitucionais não podem ser eliminados mutuamente, mesmo que estejam em colisão, isso acontece porque a natureza desses princípios exige a preservação de sua estrutura, já que funcionam como diretrizes máximas, possuindo uma fundamentalidade que se coloca como condição insuprimível de preservação do próprio aparato constitucional.

Considerados esses caminhos de interpretação, tanto jurídica quanto especificamente constitucional, torna-se importante apresentar a proposta da interpretação da Ordem Econômica a partir de uma investigação sobre os direitos fundamentais que aí podem estar envolvidos.

### **5.2.3 Interpretação da Ordem Econômica: uma análise a partir dos direitos fundamentais**

Já foi explicada até agora a qualificação da livre iniciativa (liberdade de contratar) como um direito fundamental. Isso se dá pela simples razão de que a própria Carta Constitucional assim dispõe no artigo 170, conforme já alertado no Capítulo II.

Essa premissa de direitos fundamentais acaba por criar a necessidade de investigação de alguns fatores, quais sejam: contornos conceituais sobre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, consideração acerca das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, interpretação dos direitos fundamentais,

---

<sup>411</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência**: Case Law. São Paulo: Editora Singular, 2000. p. 372.

concepção normativa dos direitos fundamentais e, por fim, apreciação da livre iniciativa como direito fundamental. Para melhor elucidar toda essa investigação, a sustentação teórica, nesse caso, estará concentrada nas idéias de Robert Alexy<sup>412</sup>.

Por uma questão de delimitação de termos e entendimento do assunto, passa-se à análise dos contornos conceituais do direito fundamental e dos direitos humanos, bem como das suas dimensões ou gerações.

Preliminarmente, faz-se necessário considerar que não é possível atribuir o mesmo sentido aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. As expressões não podem ser utilizadas como sinônimas. Os direitos humanos devem ser compreendidos como aqueles intrínsecos a todos os seres humanos. Já os direitos fundamentais são os direitos positivados.

A esse respeito, elucida Bruno Galindo<sup>413</sup>:

Todos os direitos fundamentais são direitos humanos, mas nem todos os direitos humanos se tornam fundamentais (...), já que os direitos fundamentais tem [sic] um sentido mais restrito (...), enquanto que a locução direitos humanos é mais abrangente, abarcando todo e qualquer direito inerente à pessoa humana, positivado ou não.

Há extrema divergência doutrinária sobre os termos acima. Paulo Ferreira da Cunha, por exemplo<sup>414</sup>, acaba misturando os conceitos quando esclarece sobre os direitos humanos e os fundamentais, a saber:

Os direitos humanos são hoje, em boa parte, a expressão à medida e ao gosto do nosso tempo, dos direitos naturais, eles também concretizações [sic] dessas *constants et perpetua voluntas* de justiça que é o direito natural. Vimos já que a expressão e as conotações dúbias e derrapantes do sintagma direitos humanos fazem muitas vezes preferir-lhe um outro, cuja sobriedade, consensualidade e timbre jurídico avultam entre os seus créditos. Tal expressão é a de direitos fundamentais.

---

<sup>412</sup> Especificamente, analisar-se-ão as contribuições de Robert Alexy no Capítulo VI, ao ser cogitada a dignidade da pessoa humana na ponderação de princípios.

<sup>413</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 48.

<sup>414</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**: Direitos humanos e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Verbo, 2000. p. 55.

José Afonso da Silva<sup>415</sup> considera que o melhor termo a ser utilizado é “direitos fundamentais do homem”, porque se refere a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>416</sup> prefere utilizar as expressões “direitos fundamentais formalmente constitucionais”, sendo estes os direitos consagrados e reconhecidos na Constituição; e aqueles os “direitos materialmente fundamentais”, que são enunciados e protegidos por “normas com valor constitucional formal”.

Para Robert Alexy<sup>417</sup>, os direitos fundamentais precisam ser considerados como parte integrante de um catálogo de direitos com “caráter vinculante”. A partir dessa consideração, tem-se que os direitos fundamentais são “aqueles reconhecidos e positivados pelos ordenamentos jurídicos”<sup>418</sup>.

É preciso, portanto, apreciar que os direitos fundamentais, por constituírem um núcleo fundante para todo o ordenamento jurídico, são prévios, ou seja, estão atrelados a uma estrutura antecedente ao próprio Estado. Tal fator deve ser considerado em qualquer atividade hermenêutica.

Robert Alexy<sup>419</sup> ensina que o direito fundamental é composto por elementos com estruturas bem definidas e com distintas posições do cidadão e do Estado. Sobre essas posições, o referido autor alerta que “existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de médio/fin y de ponderación”.

Alexy<sup>420</sup> diferencia também as normas de direitos fundamentais e os direitos fundamentais. Para o autor, direito fundamental refere-se ao direito subjetivo, enquanto as normas de direitos fundamentais “son aquellas que son expresadas a

---

<sup>415</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 176.

<sup>416</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 528.

<sup>417</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>418</sup> Idem. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 245.

<sup>419</sup> Ibid., p. 245.

<sup>420</sup> Ibid., p. 245.

través de disposiciones iusfundamentales”, tais disposições “son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental”.

Pode-se dizer que sempre que um sujeito possuir um direito fundamental existirá uma norma de direito fundamental que concederá tal direito a esse sujeito; logo direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais apresentam-se como dois lados da mesma moeda, isso porque a constatação da existência de um direito fundamental implicará a existência da correlativa norma de direito fundamental<sup>421</sup>.

Paulo Bonavides<sup>422</sup>, explicando Carl Schmitt, assim menciona acerca dos direitos fundamentais:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Norberto Bobbio<sup>423</sup> sugere “não se falar em fundamentos dos direitos do homem, mas de diversos fundamentos conforme o direito”. Nesse caminho, ressalta-se que alguns dos direitos humanos são válidos em qualquer situação e para todos os homens indistintamente.

Desse entendimento, a primeira ressalva a ser feita é que são poucos os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros. Norberto Bobbio<sup>424</sup> fala que “não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiam outras categorias de pessoas”. Será a partir da concorrência de interesses e da ponderação que o estudo analisará os direitos fundamentais.

---

<sup>421</sup> Este estudo opta pela delimitação de tratamento entre os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais, no entanto reconhece sua íntima ligação.

<sup>422</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 515.

<sup>423</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 217.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 219.

Procura-se delinear agora especificamente os direitos humanos. Sabe-se que o valor atribuído à pessoa humana, núcleo fundamental dos direitos humanos, é fator preponderante expresso na Carta Constitucional, já que o artigo 1º, inciso III, coloca a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental da República Federativa do Brasil.

Robert Alexy<sup>425</sup> ensina que os “direitos humanos têm uma validade universal independentemente de qualquer posituação”. Para o autor, o núcleo fundamental dos direitos humanos “estabelece exigência a cada ordem jurídica”. Explica também Alexy sobre os direitos humanos que “uma importante contribuição para sua aplicação universal foi conferida e continua a ser conferida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948”. Robert Alexy<sup>426</sup> continua a abordar um traço histórico dos direitos fundamentais da seguinte forma:

O nível internacional dos direitos fundamentais tornou-se vinculante pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 19 de dezembro de 1966. Um instrumento paralelo a esse pacto é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais do mesmo dia, que, todavia, está dotado de menor capacidade de execução.

Concatenando a evolução histórica dos direitos humanos com a sua classificação, segundo a maior parte da doutrina, pode-se dizer que eles são enquadrados como direitos de primeira geração ou dimensão. Conforme já analisado no capítulo III, Paulo Bonavides<sup>427</sup> assim classifica a evolução do direito: direitos de primeira geração são aqueles relativos ao indivíduo; os da segunda geração, os direitos sociais e econômicos; os da terceira geração são os direitos de solidariedade e fraternidade; e os de quarta geração, os direitos fundamentais, resultados de uma globalização, tais como a democracia, a informação e o pluralismo.

Celso Lafer<sup>428</sup> comenta a respeito das gerações ou dimensões do direito:

---

<sup>425</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>426</sup> Ibid., p. 1-11.

<sup>427</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 523-524.

<sup>428</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 126.

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do bem-estar social. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade (...). Os direitos de crédito, denominados de direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios da vida.

Paulo Bonavides<sup>429</sup> entende que os direitos da primeira, segunda e terceira gerações “abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais”.

Sobre a universalidade dos direitos fundamentais, comenta o autor acima<sup>430</sup>:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade (...). A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que, antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

A partir dessas dimensões de direitos apresentadas, percebe-se que diante da nova realidade busca-se uma reestruturação dos conceitos jurídicos; portanto, em razão da proposta também de universalização dos direitos fundamentais, considerou-se no item 5.2.2 a necessidade de investigação de uma nova hermenêutica.

Após essa breve delimitação sobre os direitos humanos, tem-se que o conflito entre Estado e o indivíduo é aqui resolvido pela primariedade deste, no que vai implícita uma intenção de não domínio do indivíduo pelo Estado, o que preserva, em alguns casos, a dignidade da pessoa humana. É nesse nível de restrições constitucionais do direito que podem ser colocadas, com autonomia relativamente às hipóteses de restrição e de colisão de princípios, a figura dos limites imanentes.

---

<sup>429</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 526.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 526.

Esses limites imanentes são conceituados por Manuel Afonso Vaz<sup>431</sup> como limites para uma interpretação dos preceitos constitucionais, dos contornos do conteúdo do direito constitucionalmente protegido.

Quando se fala em restrição de direitos fundamentais, deve ser levada em conta a existência de duas teorias: a “teoria abstrata e a teoria relativa”. Segundo a teoria abstrata, o conteúdo dos direitos fundamentais precisa ser considerado abstratamente, ou seja, não podem ser ultrapassados os limites de conteúdo de cada direito, mesmo que a incursão de um interesse ou bens venha a acontecer com direitos fundamentais de mesma hierarquia<sup>432</sup>. Já a teoria relativa, consoante Robert Alexy<sup>433</sup>, admite que só pode existir ponderação de direitos fundamentais em cada caso concreto, e aí sim, pode-se identificar algum tipo de restrição de interesses ou bens.

Diante dessas considerações, faz-se imperativo analisar ainda a tarefa transformadora dos direitos fundamentais, diante das conjecturas interpretativas propostas acima. A respeito, buscar-se-á fundamentação em Konrad Hesse<sup>434</sup>, a saber:

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada. A él le compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado.

Sobre a interpretação aplicável aos direitos fundamentais, aproveitam-se as premissas abordadas no item 5.2.2, em que houve intensa preocupação em resguardar os princípios constitucionais, diante da atividade hermenêutica.

---

<sup>431</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico. A ordem económica portuguesa*. Portugal: Coimbra Editora, 1998. p. 135.

<sup>432</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 632.

<sup>433</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 268.

<sup>434</sup> HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 2001. p. 63.

Robert Alexy<sup>435</sup> ensina que “a maioria das Constituições têm hoje catálogos de direitos fundamentais escritos”. Quando se fala em interpretação, “a primeira tarefa da teoria dos direitos fundamentais enquanto disciplina jurídica é uma interpretação desse catálogo”. O autor também considera que, “nesse contexto, aplicam-se as regras tradicionais de interpretação jurídica”. Elas, todavia, esbarram rapidamente em determinados limites (colisões de direitos fundamentais)<sup>436</sup>.

A esse respeito, ressalta-se que os métodos de interpretação jurídica elencados anteriormente como gramatical, histórico, teleológico, sistemático, lógico, axiológico, comparativo, tópico-retórico, lingüístico, sociológico e evolutivo, nem sempre serão adequados para a interpretação dos direitos fundamentais. Isso porque os direitos fundamentais se “impregnam de particularidades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica<sup>437</sup>”.

Considerando as formas de interpretação dos direitos fundamentais, a proporcionalidade tem grande importância. Pode-se inclusive falar que a vinculação da proporcionalidade às normas constitucionais ocorre por intermédio dos direitos fundamentais. A ligação entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais acaba fornecendo critérios de limitação à liberdade individual.

Sobre a ligação acima apresentada, ensina Juan Jorge Papier<sup>438</sup>, a respeito das questões que afetam as liberdades econômicas, quando levado em conta o “princípio” da proporcionalidade:

Al tratar cuestiones que afectan a las libertades económicas de la Ley Fundamental, el legislador ha de observar en todo momento los límites que le marca el principio de proporcionalidad o de interdicción de la desmesura (...). El principio de proporcionalidad exige para la intervención legislativa en las libertades económicas la existencia de un motivo constitucionalmente

<sup>435</sup> ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais. **Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>436</sup> A respeito da colisão dos direitos fundamentais, analisar-se-á no Capítulo VI, segundo Alexy, que não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão. Nem isso pode existir. Isso se aplica tanto a colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, quanto em sentido amplo.

<sup>437</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 545.

<sup>438</sup> PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Conrado (Presentación). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2001. p. 597.

legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido de la elección del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la transcendencia de la intervención y la utilidad obtenida, y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios a fines.

Explica também Willis Santiago Guerra Filho<sup>439</sup> que “a essência e destinação do princípio da proporcionalidade” é “preservar os direitos fundamentais”. O “princípio”, portanto, ajusta-se “com a essência e destinação mesma de uma Constituição” que pretende “desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”.

Além dessa importância dada à proporcionalidade, pode-se dizer que a proibição do excesso que justifica essa máxima “serve para o processo interpretativo-concretizador como um instrumento de ponderação de direitos e interesses envolvidos para uma adequada concretização da norma constitucional”<sup>440</sup>.

Investigando, agora, a interpretação das normas constitucionais que integram a Ordem Econômica, releva-se a consideração acerca da forma como se devem conjugar os princípios do artigo 170 da Constituição Federal com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito (fundamentos da República Federativa do Brasil).

Raul Machado Horta<sup>441</sup> considera a respeito da interpretação da Ordem Econômica:

A Ordem Econômica e Financeira não é uma ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espalham nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>439</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 251.

<sup>440</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 178.

<sup>441</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 265.

Washington Peluso Albino de Souza<sup>442</sup> também se manifesta sobre a interpretação da ordem econômica da seguinte forma:

Na aplicação dos princípios, as constituições atuais, devido à sua feição plural, introduzem alguns deles que seriam, entre si, contraditórios ou conflitantes, em termo ideológicos. Exemplo disso é o artigo 170 da Constituição brasileira que consagra a propriedade privada e a livre concorrência.

Diante dessas considerações, vê-se que o artigo 170 da Carta Constitucional elenca vários princípios que podem entrar em colisão entre si. Para encontrar a solução dessa colisão de interesses, mister se faz analisá-los sob uma ótica de ponderação, que será feita no Capítulo VI.

Assim, além da ponderação, outra premissa basilar que se pretende sustentar, diante da idéia de interpretação, será a concepção normativa dos direitos fundamentais. Essa concepção normativa traz como pano de fundo a força normativa dos direitos, e não o positivismo jurídico, conforme sustentam alguns autores.

Nesse sentido, ao se falar em eficácia normativa, busca-se novamente a contribuição de Konrad Hesse<sup>443</sup>, que considera a respeito do assunto:

El Tribunal Constitucional, como es sabido, identifica em los derechos fundamentales, junto com su función de defensa frente las intervenciones del poder publico, principios objetivos no solo del ordenamiento constitucional, sino sencillamente del ordenamiento jurídico en su conjunto: la ley fundamental, que no quiere ser um orden valorativamente neutral, ha erigido en la sección relativa a los derechos fundamentales (...), y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

José Afonso da Silva<sup>444</sup> considera que “a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo”.

---

<sup>442</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 277.

<sup>443</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 2001. p. 56.

<sup>444</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 178.

Paulo Ferreira da Cunha<sup>445</sup> ensina que a “concretização dos direitos fundamentais, isto é, sua vivência real no seu exercício normal e corrente na realidade, na sociedade, na História depende da sua conformação”. Para isso, também elucida o autor que a concretização deverá provocar “a conformação constitucional que assume a sua positivação ao nível do texto constitucional”, que se traduz no regime jurídico. “E por outro lado, da sua conformação ao nível infraconstitucional”.

Já Paulo Bonavides<sup>446</sup> explica a eficácia dos direitos fundamentais utilizando-se de Häberle, da seguinte forma:

A eficácia real dos direitos fundamentais para todos os cidadãos substitui a eficácia formal clássica dos direitos civis. Novos direitos fundamentais, sociais e culturais, estabelecidos em numerosas Constituições e textos internacionais de direitos humanos resultaram deste impulso (...). Essa efetividade não é automática bem espontânea; não decorre unicamente de uma ordem abstrata de eficácia ou eficácia vinculante de um texto, mas se prende a uma pluralidade de intérpretes, sendo, portanto (...), o resultado complexo e cheio de riscos de processos pluriarticulados de interpretação.

Considerando também a eficácia dos direitos fundamentais na Ordem Econômica, pode-se afirmar que “las libertades de la Ley Fundamental, así como otras normas y principios constitucionales, son condición necesaria pero no suficiente para tales concepciones doctrinales<sup>447</sup>”.

Exemplificando tal afirmativa, elucida Juan Jorge Papier<sup>448</sup>:

Um fenômeno de uma arbitrariedad similar em la utilización de las libertades – em relación com las consecuencias de su eficacia garantizadora para la Constitución económica – es el que se produce, a la inversa, con el frecuente vaciamiento de sentido o la privación de virtualidad de las libertades (...). En sentido semejante, conviene llamar la atención sobre la tendencia a dejar las libertades a merced de una facultad casi omnimoda de desarrollo del legislador, cuanto más aparezca el ejercicio del Derecho fundamental conectado a relaciones y funciones sociales.

<sup>445</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**: Direitos humanos e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Verbo, 2000. p. 275.

<sup>446</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 549.

<sup>447</sup> PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Conrado (Presentación). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2001. p. 572.

<sup>448</sup> Ibid., p. 572-573.

Nessa linha, o autor almeja assegurar a liberdade diante da concretização dos direitos fundamentais, sem, contudo, afastar a tarefa do legislador, que, todavia, não pode ser arbitrária a ponto de violar a própria liberdade, o que aqui está sendo cogitada diante da figura da liberdade de contratar.

Dessa forma, fazendo uma ligação entre os assuntos acima comentados, tem-se que de grande valia se faz a relação entre a concretização, a eficácia das normas de direitos fundamentais e a proporcionalidade. Isso pode ser explicado por dois fatores: primeiro, porque a concretização daquelas normas utiliza da proporcionalidade em seu processo; segundo, porque a proporcionalidade coaduna com a própria aplicação da ponderação necessária para a interpretação dos direitos fundamentais.

Ratifica a relação acima o entendimento de Bruno Galindo<sup>449</sup>, a saber:

A concretização das normas de direitos fundamentais é a que mais se utiliza do princípio da proporcionalidade (...). A ponderação contida na idéia da proibição do excesso é importante sobretudo na delimitação das restrições à eficácia e efetividade dessas normas. As restrições aos direitos fundamentais só serão válidas se efetuadas nesse contexto. Não pode uma restrição a um direito fundamental ser feita de forma arbitrária, sem observar quais direitos e interesses a serem protegidos com tal restrição.

Cabe também realçar os obstáculos para concretizar os direitos fundamentais de natureza social, que aumentaram consideravelmente em razão do neoliberalismo e da globalização. Alerta Paulo Bonavides<sup>450</sup> que da própria sociedade “partem ameaças que se poderão tornar letais à liberdade enquanto direitos fundamentais”. Para o autor, “a moderna e complexa Sociedade de massas, como Sociedade pós-industrial, desde muito tem feito crescer esse risco”.

Considerando, assim, a necessidade de relacionar os interesses privados com o direitos fundamentais, tem-se que, conforme já analisado no Capítulo IV, os contratos civis, quando colocados sob análise interpretativa, devem buscar na estipulação dos interesses um equilíbrio dos bens ali envolvidos.

---

<sup>449</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 179.

<sup>450</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 552.

Avaliando, portanto, que a preocupação do estudo é investigar a livre iniciativa nas relações contratuais, a partir da interpretação e ponderação dos princípios, deve-se, nesse caso, partir da sustentação inicial do tratamento dado aos direitos humanos como núcleo mediador quando a liberdade e a intervenção estatal estiverem em colisão.

Reitera-se, dessa maneira, a observação feita por Teresa Negreiros<sup>451</sup>, ao explicar a constitucionalização do direito civil, instituindo que a dignidade da pessoa humana repercute no direito contratual, alterando o modo de ver o contratante: “o conceito abstrato e atomizado”, próprio da concepção individualista, “é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais”.

No tocante à equação dos direitos fundamentais, segundo Paulo Bonavides<sup>452</sup>, cabe assinalar:

Assim como o problema da economia, em termos contemporâneos, é para o capitalismo um problema de produtividade, o problema das Constituições é, para o Estado de Direito, mais do que nunca, um problema de normatividade, e a normatividade só se adquire com a legitimidade. Esta, por sua vez, vem a ser o estuário de todo o processo de concretização das regras contidas na Lei Maior.

A solução apontada pelo autor, diante da dificuldade de concretização dos direitos fundamentais na economia contemporânea, é criar pressupostos para uma consciência social. Para isso acontecer, será necessário ter como “sustentáculo a crença inabalável nos mandamentos constitucionais”<sup>453</sup>.

A proposta desta parte do estudo foi relacionar a interpretação e a concepção normativa dos direitos fundamentais a partir da intervenção do Estado na economia e nos negócios privados. Avaliou-se, ainda, a dignidade da pessoa humana como uma sustentação para a interpretação das relações contratuais. Diante dessas verificações, tornar-se-á possível no capítulo seguinte averiguar a colisão e a ponderação de interesses na Ordem Econômica.

---

<sup>451</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002. p. 329.

<sup>452</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 552.

<sup>453</sup> *Ibid.*, p. 553.

## 6. A COLISÃO E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA

Nesta ocasião, chega-se ao momento de entrelaçar todos os assuntos anteriormente discutidos, para agora apurá-los diante da perspectiva de colisão dos princípios constitucionais que integram a Ordem Econômica brasileira, defendendo-se, assim como o faz Robert Alexy, a necessidade de ponderação entre eles.

Inicialmente, para melhor compreender o assunto, faz-se necessário conhecer a distinção conceitual entre regras e princípios, para em seguida entender a ponderação de bens. Por esse motivo, este capítulo está dividido em quatro momentos: investigação da diferença entre regras e princípios; análise da colisão; apreciação da ponderação de princípios; e consideração da pessoa humana como núcleo mediador da ponderação de princípios.

A Constituição traz em seu corpo interesses diferentes, embora busquem objetivos comuns. Não há como desconsiderar que a Carta Constitucional traz em diversos pontos normas de conteúdo vago, que precisam de ser compreendidas a partir de uma atividade interpretativa. E mais: além de interpretação, pode ser que haja a necessidade de considerar uma norma constitucional e deixar uma outra paralisada, em dado caso concreto.

Fala-se em antinomias quando são colocadas num mesmo espaço duas normas que estão em choque, havendo necessidade, pois, de ocorrer a escolha do interesse que deve ser aplicado no caso concreto. A respeito dos critérios tradicionais de solução da antinomia, há três normalmente aplicados: o critério cronológico, que determina que deve prevalecer num conflito a norma posterior; o hierárquico, que estabelece a aplicação da norma de grau superior quando em confronto com norma inferior; e, por fim, o de especialidade, que obriga a prevalência da norma especial em detrimento da geral<sup>454</sup>.

---

<sup>454</sup> A doutrina utiliza as seguintes expressões para delimitar os significados dos critérios da antinomia, a saber: critério cronológico – *lex posterior derogat priori*; critério hierárquico – *lex superior derogat inferioren*; critério da especialidade – *lex specialis derogat generali*.

Ocorre que a proposta deste capítulo não está pautada na antinomia como forma de solução do confronto de normas. Entende-se que essa solução é insuficiente para a investigação de colisão dos direitos fundamentais enquanto princípios. Considerar-se-á que o método de ponderação de bens será a melhor diretriz para a resolução de casos de colisão de normas constitucionais. Acredita-se, portanto, em que não é possível o uso dos critérios clássicos de resolução de antinomias para resolver a colisão dos princípios.

Dessa forma, a investigação da dissertação partirá da análise da atividade econômica, que, por exemplo, em algumas ocasiões não apresenta a coexistência harmônica entre interesses capitalistas (a livre iniciativa e a propriedade privada) e interesses sociais (a proteção ao consumidor e a valorização do trabalho humano).

Sérgio Varella<sup>455</sup> explica sobre a compatibilização entre os interesses capitalistas e os interesses sociais que integram a Ordem Econômica, ressaltando que esses interesses “privilegiam não a livre iniciativa ou a livre concorrência em si mesmas, mas o quanto elas possam expressar de socialmente valioso”. Isso, aliás, significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas, sim, como expressão do interesse social.

Sobre esses princípios que regem a Ordem Econômica comenta Daniel Sarmiento<sup>456</sup>:

Vejam-se, por exemplo, os princípios que regem a ordem econômica brasileira, insertos no art. 170 da Lei Fundamental. Será possível, fora de qualquer contexto fático específico, realizar-se o mapeamento de princípios abertos tais como o da livre iniciativa, da busca de pleno emprego, da defesa do consumidor, etc, de modo a evitar a possibilidade de conflitos no caso em concreto? A resposta tem de ser negativa. Em muitos casos, o intérprete constatará que certas situações jurídicas mobilizam concomitantemente a incidência de vários princípios, cada um acenando para uma direção diferente.

Será analisado, portanto, que a compatibilização de bens nem sempre é possível. Às vezes, passa a ser necessário sacrificar um bem para preservar um outro. A partir

---

<sup>455</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137.

<sup>456</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

desse enfoque de interpretação de normas com sentido antagônico, passa-se a perquirir os assuntos de colisão e ponderação de bens.

## 6.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme visto no Capítulo V, variadas são as formas ou métodos de interpretação constitucional a partir da consideração dos princípios. Dessa variedade de meios interpretativos, há também a discussão quanto à normatividade dos princípios.

A normatividade dos princípios foi bastante analisada por dois teóricos de renome, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Por meio desses conceituados autores, já se torna cada vez mais difundido esse avanço fundamental da teoria do direito contemporânea que, em um momento pós-positivista, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo<sup>457</sup>, permitiu distinguir normas jurídicas que são regras daquelas que são princípios.

Percebe-se que, durante o positivismo jurídico, os princípios constitucionais foram considerados como fonte normativa subsidiária diante da supremacia da lei. Os princípios não integravam as codificações como normas de alguma concretude, mas como via indireta do ordenamento jurídico. Assim, quando a solução não era encontrada a partir da norma, utilizava-se um princípio para impedir a “brecha normativa”.

Segundo Bruno Galindo<sup>458</sup>, portanto, “uma vez que a norma tivesse suficiente clareza para ser aplicada na solução de um problema jurídico concreto, não poderia o jurista recorrer aos princípios”.

Vê-se que os princípios tinham uma importância meramente secundária, a partir da lacuna da norma, quando ela não era suficiente para solucionar determinado

---

<sup>457</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 249-262.

<sup>458</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 79.

problema. Os princípios “seriam apenas exortações valorativas, com densidade normativa meramente subsidiária<sup>459</sup>”.

A importância da distinção entre regras e princípios aplica-se ao fato da interpretação. Para delimitar essa diferença, a doutrina utiliza-se de variadas formas; no entanto primeiramente é preciso compreender que as normas referem-se ao gênero, do qual são espécies os princípios e as regras.

Ronald Dworkin<sup>460</sup> contribuiu para a discussão sobre a diferenciação entre norma, princípio e regra utilizando o vocábulo “principles” de forma genérica, envolvendo todas as normas que não sejam “rules”. Define, assim, princípio como um mandamento que há de ser observado, por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.

A fim de esclarecer esse posicionamento, o próprio Dworkin<sup>461</sup> apresenta o seguinte exemplo:

Em 1889, no famoso caso “Riggs contra Palmer”, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo (...). O Tribunal prosseguiu observando que todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança.

Acima, vê-se um claro exemplo de princípios, já que eles não se adequam ao parâmetro de “all or nothing”<sup>462</sup> adotado na regra; pelo contrário, o princípio enuncia uma razão que conduz um argumento em uma certa direção, mas necessita de uma decisão para ser ou não ser adotado, dependendo de cada caso concreto. Dessas considerações, cabe ainda indicar que Dworkin, ao distinguir os princípios das regras, discute o peso dos primeiros que falta nas regras, já que estas não possuem a mesma dimensão daqueles.

<sup>459</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 79.

<sup>460</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 22-30.

<sup>461</sup> Ibid., p. 22.

<sup>462</sup> Esta classificação é adotada por Dworkin, mas não é aceita por Robert Alexy.

Alerta-se que Robert Alexy<sup>463</sup> não aceita a proposição de “tudo ou nada”, já que por ela se poderia pensar que todos os princípios têm um mesmo caráter relativo e as regras um mesmo caráter absoluto. “Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección”.

Alguns autores consideram que os princípios podem assumir no ordenamento variadas funções: podem operar como alicerces do sistema jurídico no qual fornecem a autorização em que o intérprete deve-se pautar; podem, também, na ausência das regras, funcionar como norma de conduta. Outros autores utilizam o critério de subsunção para diferenciarem as regras dos princípios. Para essa corrente doutrinária, os princípios não permitem a subsunção, em razão de seu insuficiente grau de concretização. Por outro lado, as “regras admitem a subsunção por terem alto grau de densidade normativa”<sup>464</sup>. Parte da doutrina fala também em hierarquização das normas constitucionais para esclarecimento dos princípios. Não obstante, errôneo é pensar nessa teoria como forma de solução da interpretação constitucional, uma vez que provoca um contra-senso com a própria unidade constitucional, já analisada no Capítulo anterior.

Além disso, falar em existência de hierarquização seria admitir que entre os princípios constitucionais sempre o princípio de ordem mais elevada irá prevalecer em relação ao princípio de grau inferior, sem precisar analisar cada caso específico. Não procede de forma alguma tal pensamento. Esse assentamento de hierarquização é uma postura subjetiva e discricionária do julgador. Ademais, segundo Daniel Sarmiento<sup>465</sup>, o processo de hierarquização tem-se desvendado historicamente como instrumento de ideologia conservadora, enquadrando-se como pretexto para a diminuição da efetividade dos direitos sociais, tais como a liberdade contratual e a propriedade.

---

<sup>463</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 99.

<sup>464</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema de Ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 87.

<sup>465</sup> SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

Por outro lado, em alguns casos o fator abstração também é utilizado para diferenciar as regras e princípios. Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distingue das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que “não se reportam a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica<sup>466</sup>”.

Considerando a opinião acima, a ordem jurídica, enquanto conjunto de regras e princípios, é formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção.

Manuel Atienza, citado por Ángeles Ródenas<sup>467</sup>, esclarece que a diferença entre regras e princípios reside no seguinte aspecto: “los principios configuran los casos de forma abierta, las reglas lo hacen de forma cerrada”.

Já Robert Alexy, defende a normatividade dos princípios no tocante à teoria dos direitos fundamentais. O critério de diferenciação do autor é a generalidade. Os princípios possuem alto grau de generalidade, enquanto as regras, possuem grau baixo de generalidade<sup>468</sup>.

Bruno Galindo<sup>469</sup>, resumindo a idéia de Alexy, sugere que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se uma das regras for apontada como nula, ou se uma cláusula de exceção for introduzida na regra. Juridicamente, portanto, a regra vale ou não vale, resolvendo-se o conflito de regras na dimensão da validade.

Nesse contexto de normatividade, também estão inseridos os direitos fundamentais. Aqui, considera-se a teoria dos princípios dos direitos fundamentais como a melhor solução para o problema da colisão.

---

<sup>466</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 250.

<sup>467</sup> ATIENZA, Manuel apud RÓDENAS, Ángeles. **Razonamiento Judicial y Reglas**. México: BFP editora, 2000. p. 37.

<sup>468</sup> Por isso, Robert Alexy prefere falar em colisão de princípios e em conflito de regras. O conflito de regras tem por fim a exclusão de uma e a prevalência de outra. Na colisão de princípios há apenas uma “paralisação” de um princípio para o outro se fazer valer; na verdade, um princípio “cede” espaço ao outro.

<sup>469</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 78-84.

Princípios, segundo Robert Alexy<sup>470</sup>, são “normas que permitem que algo seja realizado da maneira mais complexa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática”. Princípios são “mandados de otimização”, porque podem ser satisfeitos em diferentes formas. Já as regras são normas que terão aplicabilidade ou não terão aplicabilidade, ou seja, se uma regra tem validade perante o ordenamento, torna-se imperativo que se perpetre precisamente o que ela estabelece: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, “determinações no contexto do fático e juridicamente possível”.

Relacionados os princípios com os direitos fundamentais, tem-se que a teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras. Essa teoria sugere apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas, têm estrutura de regras, como também elucida que o nível das regras precede ao nível dos princípios. Chega-se, então, ao ponto primordial da mencionada relação: atrás e ao lado das regras existem princípios.

Não se pode deixar de ressaltar que Robert Alexy não desconsidera a dimensão axiológica, ou seja, os valores, ligados aos princípios, mas que também estão presentes nas regras<sup>471</sup>. Assim se manifesta o autor:

La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debidos. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.

Há, portanto, a possibilidade de entrelaçamento entre princípio e valor. Torna-se, contudo, importante considerar a distinção entre os termos, já o valor possui um caráter axiológico e os princípios têm caráter deontológico (dever ser); sendo assim, são considerados “conceptos los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo<sup>472</sup>”

---

<sup>470</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>471</sup> Idem. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 147.

<sup>472</sup> Ibid., p. 139.

Neste ponto do estudo não se pode, ainda, perder de vista a estrutura dos direitos fundamentais. Dessa maneira, mais uma vez, será considerada a estrutura proposta por Robert Alexy<sup>473</sup>: “la base de la teoría analítica de los derechos es una triple división de las posiciones que han de ser designadas como ‘derechos’ en (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias”. Primeiramente, os direitos a algo, segundo o autor, possuem uma relação tríade, ou seja, um sujeito tem perante o outro uma pretensão, de onde se conclui que o “primer miembro es el portador o titular del derecho, su segundo miembro, el destinatario del derecho y su tercer miembro, el objeto del derecho”. Tem-se, no entanto, que a pretensão a um comportamento sempre vai ensejar uma ação negativa e uma ação positiva.

A esse respeito, pode-se falar que a ação positiva parte da existência de prestações de natureza fática ou normativa. A natureza fática reside nas prestações materiais “cuando se supone in derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones<sup>474</sup>”. A natureza normativa estrutura-se a partir de direitos revelados em ações estatais de imposição de normas. Preciso se faz considerar que tais normas geram para o Estado o *dever* de legislar. Já a liberdade, enquanto uma estrutura de direitos fundamentais, deve ser entendida como uma iniciativa de ação, isto é, quando um indivíduo encontra-se livre para fazer ou não fazer alguma coisa. Por fim, a competência apresenta-se como a capacidade do indivíduo em alterar a posição jurídica de algo ou até mesmo de alguém. Por exemplo, pode-se falar que a realização de um contrato ou de matrimônio constitui um exercício de competência<sup>475</sup>.

Considerando a estrutura normativa anteriormente apontada, o intérprete pode escolher dois caminhos quando analisa a norma, as regras ou os princípios. Prefere-se aqui adotar o “caminho da teoria dos princípios”, que pode ser explicado,

---

<sup>473</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 186.

<sup>474</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>475</sup> Importa realçar que o tratamento direcionado pelo Estado partirá da idéia de que os direitos fundamentais estão intimamente conectados à efetivação da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana será melhor analisada no Capítulo VI, quando será considerada a sua relação com a ponderação de interesses.

segundo Robert Alexy<sup>476</sup>, como uma “forma de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação”.

## 6.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Colisão significa o choque entre duas situações ou dois objetos. Aqui a colisão será entendida como o embate gerado na aplicação de dois bens distintos, em dado caso concreto.

Após a consideração delineada acima, a respeito da distinção entre regras e princípios, uma indagação que se faz absolutamente necessária: o que acontece quando ocorre um choque entre esses direitos? Assim, caso duas regras disponham diferentemente sobre uma mesma situação, ocorrerá um exagero normativo, isto é, uma antinomia jurídica. Tal antinomia poderá ser afastada com base em critérios, já analisados, que em geral são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Com relação aos princípios, não se pode adotar o mesmo posicionamento. Os princípios não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, não entram em choque, ao contrário, são compatíveis uns com os outros. Assim, a decisão tomada, nos casos que envolvam a figura dos princípios, irá privilegiar um dos princípios, em detrimento de outros, embora todos eles mantenham sua validade; mas apenas passam a ter uma diminuição provisória em sua eficácia.

Várias são as soluções doutrinárias a respeito da colisão de princípios. Por exemplo, explica Willis Santiago Guerra Filho<sup>477</sup> sobre as situações concretas de conflito:

O princípio constitutivo e fundamental que procuramos encontrar, portanto, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações

---

<sup>476</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>477</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 271.

concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistências desejadas.

Abordou-se no Capítulo III a transição do Estado liberal para o Estado social. A respeito do assunto, Robert Alexy<sup>478</sup> aprecia também a transição a partir de um cenário histórico, no qual o Estado social estabelece uma variante intermediária entre duas formas de Estado: o Estado de direito liberal e o Estado de direito ecológico. A “satisfação do postulado do estado social de direito prepara poucos problemas se o equilíbrio permite que todos os cidadãos diretamente ou mediante a ação de sua família retem devidamente providos ou protegidos”. Caso não seja possível verificar esse equilíbrio, então os direitos sociais irão impor uma exigência de redistribuição. Existem para isso duas formas básicas: a primeira será desenvolvida se o Estado, por intermédio de impostos, obtiver recursos para assegurar o mínimo necessário ao cidadão. A segunda forma de se realizar a distribuição com base no princípio do Estado de direito social não se faz com intervenção nos cofres da Administração Pública, mas de forma direta de um para outro sujeito. “É o que ocorre quando o legislador edita normas que dificultam a rescisão de contratos de aluguel ou impedem a elevação do preço da locação”.

Relacionando esse exemplo apontado com a colisão de princípios, Robert Alexy<sup>479</sup> o classifica como um tipo de “colisão extremamente complexa”. O autor explica sua idéia a partir do artigo 7º da Constituição brasileira, já que tal dispositivo estabelece um tempo limite de duração de trabalho. O problema desses direitos sociais a custo de terceiros, no caso do empregador, é que cabe ao mercado deliberar sobre sua efetividade. Aqui, deve-se ressaltar que se está diante de uma situação de colisão extremamente complexa, porque, da “parte do empregador, a questão revela-se simples: a sua liberdade empreendedora sofre restrição”. Não existe um direito em face do empregador, uma vez que o “trabalhador somente tem o direito de receber um salário, no caso um salário mínimo, se ele encontra um empregador”. Isso constitui um direito social condicionado.

---

<sup>478</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>479</sup> Ibid., p. 1-11.

Podem-se, portanto, relacionar as situações acima ao presente estudo, como uma forma de nítida intromissão do Estado na atuação privada.

Fala-se em duas vertentes quando se analisa o conteúdo dos direitos fundamentais, uma teoria ampla e outra restrita. Se concebido de forma estrita, então devem ser consideradas apenas aquelas situações que envolvam colisões de direitos fundamentais. Um sentido mais amplo considera as colisões de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum.

As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem durante o exercício ou a realização do direito fundamental de um sujeito que produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro sujeito. Pode-se, assim, estar relacionado a direitos fundamentais de caráter idêntico ou a direitos fundamentais diversos.

Robert Alexy<sup>480</sup> sugere a identificação de quatro tipos de colisões de direitos fundamentais ou quatro tipos de colisões de direitos fundamentais de caráter idêntico. No primeiro caso, tem-se o mesmo direito fundamental enquanto direito liberal de defesa. Na segunda hipótese, trata-se de um mesmo direito fundamental enquanto direito de defesa de alguém, e enquanto direito de proteção de outrem<sup>481</sup>. A terceira hipótese de colisão de direitos fundamentais idênticos ocorre entre os lados positivo e negativo de muitos direitos fundamentais. É o que se verifica, por exemplo, com a liberdade religiosa, ou o direito de não ter uma religião ou de não desenvolver uma prática religiosa. A quarta variante das colisões de direitos fundamentais idênticos relativos a titulares diferentes ocorre quando considerado o aspecto jurídico e fático de um mesmo direito fundamental.

O autor alemão também alerta para a possibilidade de colisões de diferentes direitos fundamentais de diversos titulares, como, por exemplo, a liberdade de opinião com

---

<sup>480</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>481</sup> Robert Alexy exemplifica essa figura com o que ocorre quando se desferem tiros sobre um seqüestrador com objetivo de proteger a vida do refém. Nesse ponto, é preciso ressaltar que a colisão entre os direitos à vida do seqüestrador e da vítima apenas revela uma parte do problema completo. Seria possível proteger a vida do refém aceitando as condições estabelecidas pelo seqüestrador.

os direitos fundamentais do atingido pela manifestação de opinião. Segue exemplo apontado por Robert Alexy<sup>482</sup>, a respeito do tema:

É essa problemática que, em 1958, permitiu que a Corte Constitucional desenvolvesse as bases da sua jurisprudência de valores, no caso “Lath”, sem dúvida, um dos mais importantes casos decididos pelo Tribunal. Essa decisão produziu as seguintes conseqüências no âmbito dos direitos fundamentais: em primeiro lugar, espraiou os direitos fundamentais para todo o sistema jurídico e, em segundo, generalizou a necessidade de ponderação. Uma conseqüência tardia dessa decisão é o chamado caso dos “soldados assassinos”, no qual a condenação de pacifistas que chamaram os soldados de assassinos foi considerada inconstitucional. Aqui, trata-se de colisão da liberdade de expressão dos pacifistas de um lado com o direito de personalidade dos soldados que assegura a defesa da honra.

Por fim, a colisão em sentido amplo refere-se à colisão de direitos fundamentais com bens protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo. Esclarece Maria Luisa Balaguer Callejon<sup>483</sup> que em relação aos interesses coletivos em confronto com os direitos individuais “se trata de un principio que resulta ser manifestación de la proclamación del Estado como Estado social y democrático de Derecho”. Afirma a autora espanhola, também, que “se puede encontrar en el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información o a la libertad de expresión”.

Ratifica-se, nesta ocasião, o exemplo apontado no Capítulo IV, que demonstrou a necessidade de intervenção estatal nas relações contratuais civis, a partir de uma exemplificação também de Robert Alexy<sup>484</sup>. Naquele momento, verificou-se uma forma de restrição à liberdade no caso concreto quando uma indústria de tabaco foi obrigada a estabelecer advertências quanto aos danos que seus produtos poderiam trazer para a saúde. A justificativa direta dessa restrição ou intervenção reside no interesse coletivo. Indiretamente, trata-se de proteger bem igualmente tutelado dos direitos individuais, isto é, a vida e a saúde do sujeito. Vê-se aqui que os direitos fundamentais em colisão continuam válidos perante o ordenamento jurídico, mas na situação específica foi dado um peso maior a um bem em detrimento do outro.

---

<sup>482</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>483</sup> CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretacion de la Constitucion por la Jurisdiccion Ordinaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 149.

<sup>484</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 1-11.

Seguem os seguintes julgados que avaliam o interesse público quando em confronto com a liberdade contratual:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO. CLÁUSULA. SEGURO. CONTRATO DE ADESÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OBJETIVO. PROTEÇÃO. CONSUMIDOR. EXISTÊNCIA. RELEVÂNCIA. INTERESSE SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública para exame da validade de cláusula sobre seguro inserta em contrato de adesão para arrendamento mercantil (leasing)<sup>485</sup>.

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO DE DECRETAR-SE A NULIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. - Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí [sic] clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública<sup>486</sup>.

Considerou-se, neste capítulo, que a colisão dos direitos fundamentais engloba aspectos variados, no entanto vislumbrou-se também a presença de um ponto em comum entre estes direitos: as colisões podem ser superadas se “se impõem a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão restrições ou sacrifícios<sup>487</sup>”. Por sacrifícios, é possível idealizar como válida uma renúncia a um direito fundamental que, via de regra, apresenta claro elemento social; por outro lado, uma renúncia a direito notavelmente particular pode ser invalidado, já que em ambas as situações, a decisão é fundamentável em considerações sobre a disponibilidade do bem<sup>488</sup> em causa. Por isso, passa-se a analisar no item seguinte a ponderação de princípios, que se compreende como solução plausível para o embate entre normas constitucionais, a “lei de colisão”.

<sup>485</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Defere legitimidade ao Ministério Público. Nº 457579. São Paulo, nov. 2002.

<sup>486</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Defere nulidade de cláusulas abusivas. Nº 292636, Rio de Janeiro, jun. 2002.

<sup>487</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>488</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Organizador). **Perspectivas Constitucionais**. 20 anos da Constituição de 1976. v.1. p. 263-336.

### 6.3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Será projetada aqui a proposta de ponderação de princípios feita por Robert Alexy, que busca encontrar respostas aos conflitos de princípios com um teor de cientificidade.

Conforme já restou demonstrado, o método da ponderação de bens consiste em analisar, no caso concreto, qual o alcance dos direitos fundamentais que colidem entre si. Quando essa colisão acontecer, a solução importará em ceder até um certo ponto perante o outro interesse, ou ainda ceder cada um dos interesses entre si.

As colisões dos direitos devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O método para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo: o outro, ao aspecto metodológico<sup>489</sup>. A controvérsia em torno da teoria dos princípios, portanto, mostra-se, essencialmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.

Primeiramente, ao falar em ponderação, cabe relacionar tal assunto com a escola da jurisprudência dos conceitos. Robert Alexy, aliás, explica sua teoria a partir do entendimento de que os direitos fundamentais possuem caráter de princípio, a partir da jurisprudência dos conceitos, correlacionando-a também à “deontologia<sup>490</sup>”. Tem-se que a deontologia explica aquilo que é obrigatório, portanto parece ser um instrumento importante para sustentar a teoria do referido autor alemão, já que ele considera que os princípios são mandados de otimização<sup>491</sup>, conforme já realçado em diversos momentos.

---

<sup>489</sup> Quem executa a ponderação na esfera jurídica conjectura que as normas entre as quais se faz uma ponderação são estruturadas de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação.

<sup>490</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 46.

<sup>491</sup> Considerando a opção pela escola da jurisprudência dos conceitos, pode-se, por outro lado, compará-la à jurisprudência dos valores que parte para um plano mais axiológico das normas.

Por meio da jurisprudência dos conceitos, compreende-se a norma com uma visão mais lógica, na qual se procura limitar a interpretação do operador do direito e o âmbito de atuação do judiciário. Essa escola, portanto, optou por implementar uma catalogação dos conceitos, seguindo, para isso, a forma indutiva e a dedutiva.

Segundo Alfredo Gallego Anabitarte<sup>492</sup>, “la jurisprudencia de conceptos, dicho de una forma (...) se caracteriza por la creación y manejo de un concepto con un contenido más o menos voluntarista o arbitrario, a partir del cual se empiezan a sacar conclusiones jurídicas”.

Passando agora para a compreensão do instrumento ponderação, tem-se que a doutrina mais tradicional divulga a ponderação como um “mecanismo adequado à solução de tensões entre normas<sup>493</sup>”. Outros autores, como é o caso de Robert Alexy, repugnam a denominação de conflito entre valores (porque Alexy fazer a distinção entre o valor no sentido axiológico e o valor axiológico presente no princípio<sup>494</sup>), e preferem nomeá-la como ponderação de princípios. Essa será a postura deste estudo.

Conforme já sustentado, a ponderação de princípios busca uma harmonização de em caso de colisão de bens entre um e outro caso em concreto. Tal ponderação não se trata de matéria de sentimento jurídico, mas de um processo racional, que seguirá, até certo ponto, princípios identificáveis.

Karl Larenz<sup>495</sup> justifica a ponderação a partir da seguinte situação:

A jurisprudência relativa a direitos fundamentais do Tribunal Constitucional Federal faz ceder cada vez mais o peso relativo de bens jurídicos face a observância de princípios gerais do Estado de Direito, como o da proporcionalidade, da igualdade de oportunidade das partes, e de outros critérios que se desligam em grande medida dos valores de direitos fundamentais objetivos de *per se* e que são de natureza expansiva.

---

<sup>492</sup> ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Analisis Doctrinal y Jurisprudencial**. Madrid: Editorial Civitas, 2000. p. 63.

<sup>493</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 200.

<sup>494</sup> Quando for investigada a dignidade da pessoa humana, será analisado o sentido de valor axiológico presente nos princípios.

<sup>495</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 578.

Coloca o supramencionado autor vários exemplos em que ocorre a colisão entre bens, e praticamente em todos eles a solução é aplicar os princípios constitucionais inerentes a direitos fundamentais do homem, a saber:

O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo em frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu significado pura e simplesmente constitutivo para a convivência democrática. Mas, na maioria dos casos, tratar-se-á ou de direitos de igual escalão, por exemplo, de iguais direitos de personalidade, ou de bens cuja disparidade exclui uma comparação abstrata.

Karl Larenz<sup>496</sup> apresenta também como solução ao caso proposto apurar a medida em que o bem jurídico protegido é realmente afetado e, além disso, sobrepesar o grau de prejuízo que haveria de sofrer um ou outro bem, no caso em que tivesse de ceder face ao outro.

Já Robert Alexy<sup>497</sup> propõe que o conflito de princípios seja desenvolvido “no campo da dimensão de peso”. Assim, não há uma hierarquia entre os princípios, já que a prevalência de um sobre o outro dependerá da investigação do caso em concreto, a partir da consideração da máxima da proporcionalidade.

Ressalta-se que alguns autores, ainda, associam a ponderação com a razoabilidade, adotando o modelo americano para o caso de conflito de interesses. A respeito, considera Ricardo Lobo Torres<sup>498</sup> que a ponderação e a razoabilidade deixam de proporcionar técnicas de balancear bens em conflito para ganharem uma dimensão de ponderação e razoabilidade entre princípios aparentemente em colisão.

Após considerar os delineamentos gerais da ponderação, cabe ainda analisar como acontecerá a restrição dos interesses, o que será feito no item 6.4. Desde logo, no entanto, preciso se faz realçar que “principios restrictivos no pueden colocar al

---

<sup>496</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 579.

<sup>497</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 89.

<sup>498</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos e os princípios de ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 433.

individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no libertades, no derechos)”<sup>499</sup>.

Ainda sobre a restrição, alerta-se que, neste estudo, segue-se a teoria sustentada por Alexy, segundo a qual não é possível estabelecer premissas absolutas na ponderação dos princípios. Pelo contrário, deve-se utilizar “lei de colisão” que quantifica os princípios com um contorno relativo e em cada caso concreto.

A respeito da livre iniciativa e da intervenção estatal, a convivência dos interesses capitalistas com a proteção do trabalhador pode ser compreendida a partir da noção da sociedade capitalista, que é peculiarizada na medida em que o trabalho receba uma proteção “não meramente filantrópica, porém, politicamente racional<sup>500</sup>”. Isso porque os titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, “ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos”.

Enrique Alonso García<sup>501</sup> também explica sobre o contrapeso dos princípios econômicos e sociais na Ordem Econômica:

Finalmente, uno de los campo donde el contrapeso de intereses constitucionales, entendidos ahora como finalidad de las leyes, tenderá a constituirse en el método por excelencia de interpretación tanto directa, como indirecta, a través del test de la razonabilidad de la cláusula de igualdad, es el de los valores ligados a la ordenación socio-económica del Estado.

Luís Roberto Barroso<sup>502</sup> concorda com a limitação ao princípio da livre iniciativa, já que entende que “quem sofre a ingerência por parte do Estado em seu empreendimento privado, fora das hipóteses autorizadas na Constituição, pode

---

<sup>499</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 275.

<sup>500</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 241.

<sup>501</sup> GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 431.

<sup>502</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 298.

invocar o princípio para, em sede judicial, invalidar e sustar” os efeitos da indevida intervenção<sup>503</sup>.

Robert Nozich<sup>504</sup>, um autor neoliberal, sugere a seguinte solução para o confronto entre o direito individual e o social:

Uma concepção mais apropriada dos direitos individuais seria a seguinte: eles são co-possíveis, podendo cada pessoa exercer seus direitos como quiser (...). Os direitos não determinam a ordenação social, mas sim um conjunto de limitações, dentro das quais a escolha social deve ser feita pela exclusão de certas alternativas, a fixação de outras, e assim por diante.

Quando a intervenção estatal ocorrer, portanto, na Ordem Econômica, o intérprete precisará de considerar o balanceamento dos princípios em jogo, a partir da visão de direito fundamental mínimo proposto por Robert Alexy.

### **6.3.1 A proporcionalidade, a ponderação de interesses e os direitos fundamentais**

No capítulo V foi apurada a interpretação especificamente constitucional. Lá a proporcionalidade foi entendida como um instrumento que permite a coexistência de princípios divergentes por meio de um balanceamento adequado entre eles. A máxima de proporcionalidade é uma forma de se alcançar o desígnio de um princípio de direito fundamental.

A relação entre a proporcionalidade e a ponderação de interesses pode ser verificada de acordo com os seguintes fatores: primeiro, a proporcionalidade, conforme já alertado, é utilizada para solucionar casos de colisão de princípios; segundo, sendo um instrumento da colisão, gera conseqüências no momento da finalização do embate; terceiro, sendo a proporcionalidade um postulado em sentido estrito, poderá ser formulada uma lei de ponderação, cuja fórmula será voltada para os direitos fundamentais, “onde quanto mais intensa se revelar a intervenção em um

---

<sup>503</sup> Não se pode estabelecer, contudo, uma ordem de restrição absoluta – sempre salvaguardar a livre iniciativa –, já que não há que se falar em princípios absolutos, e, além disso, a ponderação é uma solução para a colisão de interesses circunstancial, ou seja, depende de cada caso concreto.

<sup>504</sup> NOZICH, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991. p. 185.

dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção<sup>505</sup>”.

Além disso, a vinculação do princípio da proporcionalidade à matéria constitucional, conforme analisado no Capítulo V, ocorre por via dos direitos fundamentais. A ligação entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais acaba fornecendo critérios de limitação à liberdade individual<sup>506</sup>.

A ligação acima, portanto, será possível porque os direitos fundamentais possuem caráter de princípio, ou seja, são considerados como mandados das normas de direitos fundamentais. Já sabendo que os princípios podem colidir entre si, advém a necessidade de utilização da máxima de proporcionalidade, que, conforme Robert Alexy<sup>507</sup>, desdobra-se em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>508</sup>.

Da classificação acima, há que se ressaltar que o meio usado para alcançar a finalidade de um direito fundamental, considerado como princípio, seja adequado, isto é, deve coincidir uma relação entre o meio e o fim.

Quando se fala em relação de meio e fim, inclusive, pode-se equiparar a proporcionalidade com outro princípio: a razoabilidade. Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>509</sup> entende que “se a relação de identidade entre meios e fins (...) da norma não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade”, consistente na falta de razoabilidade e racionalidade. Percebe-se que a razoabilidade, segundo o direito americano, propõe-se a apresentar critérios para delimitar o controle de constitucionalidade; já a

---

<sup>505</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>506</sup> É o método dedutivo, da jurisprudência dos conceitos, que explica os direitos fundamentais com caráter de princípio.

<sup>507</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 1-11.

<sup>508</sup> Essa classificação já foi analisada no Capítulo V quando a interpretação constitucional passou a ser compreendida a partir de alguns princípios.

<sup>509</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 158.

proporcionalidade, para Robert Alexy, procura resolver colisões entre direitos fundamentais.

Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>510</sup> prefere utilizar a idéia de uma “questão de medida ou desmedida” para se alcançar um fim: “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. Assim, a cláusula que “enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados” poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, “fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade”<sup>511</sup>.

Torna-se importante observar que a proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulada por meio da lei de ponderação, com a seguinte fórmula, conforme já dito anteriormente no Capítulo V: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção<sup>512</sup>”. Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, realiza-se a ponderação em sentido específico e estrito.

Verificando a ponderação e a proporcionalidade na Ordem Econômica, Juan Jorge Papier<sup>513</sup> adverte que “en cierta medida se abre así a legislador, em relación com la proporcionalidad de sus intervenciones políticos-económicas en la esfera de las libertades, una prerrogativa de enjuiciamiento que los tribunales deben reconocer”.

---

<sup>510</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 39.

<sup>511</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001. p. 325.

<sup>512</sup> ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

<sup>513</sup> PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Conrad (Presentación). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2001. p. 597.

No julgado abaixo, pode ser verificada também a relação entre a proporcionalidade e a ponderação de bens:

RESPONSABILIDADE – DIREITO CIVIL – LOCAÇÃO – MULTA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – A multa se refere ao acordo de vontades que, sabido, projeta-se no tempo. Cumpre ponderar o princípio da proporcionalidade, exigência de justiça material. Inadequado tratar igualmente quem não cumpriu o contrato, desde o primeiro aluguel, ao que somente o fez parcialmente. Ademais, a sanção pecuniária alcança qualquer inadimplemento. Se restrito a um fato (não pagamento, por exemplo), há de ser devidamente proporcionalizada. Caso contrário, restar-se-á a análise unicamente formal<sup>514</sup>.

No caso acima, a matéria envolve a idéia de livre iniciativa em confronto com outro interesse também relativo ao direito individual. Nessa ótica, será aplicada a proporcionalidade como um mecanismo “político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em data sociedade, e, logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais<sup>515</sup>”.

Nesse caso, a própria ponderação de bens acaba sendo uma forma de delinear melhor a intervenção do Estado na atividade econômica, já que devem ser respeitadas algumas medidas que direcionam a economia, conforme já analisado no momento de investigação dos princípios presentes no artigo 170 da Constituição Federal, a fim de promover a preservação das liberdades em dada lide submetida à apreciação do Estado-juiz.

Consoante Juan Jorge Papier<sup>516</sup>, a ponderação direciona-se para a totalidade dos direitos fundamentais e “conciene igualmente a la garantia de la propiedad y la potestad del legislador de determinar contenido y límites del derecho de propiedad”. Quando se cogita a noção de proteção às liberdades, na verdade, parece estar sendo traçado um justo limite entre a propriedade e a liberdade individual.

Por fim, a ponderação de interesses precisa ser entendida a partir de uma interação com a proporcionalidade, que passará a incidir em cada caso concreto quando

<sup>514</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Deferimento de pagamento de multa proporcional. Nº 204400. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário Oficial. São Paulo, p. 168, ago. 1999.

<sup>515</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago apud MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 259.

<sup>516</sup> PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Conrad (Presentación). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2001. p. 600.

considerados os seguintes fatores: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito. Além disso, a essência e a destinação do princípio da máxima de proporcionalidade é a própria preservação dos direitos fundamentais.

### **6.3.2 Direitos fundamentais, concretização de normas constitucionais e ponderação de interesses**

A proposta aqui será apreciar os direitos fundamentais como um núcleo a ser considerado e respeitado na colisão de princípios. Segundo Daniel Sarmento<sup>517</sup>, um núcleo essencial significa o limite dos limites, ao abalizar um reduto inexpugnável, resguardado de qualquer forma de restrição.

Pretende-se apontar que o método da concretização sugere uma investigação exegética acerca de um direito fundamental considerado em dado caso e que precisa de solução. Neste ponto, mister se faz considerar que a idéia básica da concretização está atrelada ao conteúdo da norma constitucional que se interpreta, sendo relevante na atividade interpretativa o vínculo que prende a compreensão prévia do intérprete ao problema que se busca solucionar<sup>518</sup>.

Alguns autores, para explicar a concretização, sugerem que não se deve partir da norma ao caso concreto no sentido adotado pela interpretação decorrente da subsunção. Pelo contrário, leva-se em conta primeiro o resultado da concretização da norma. Assim, esse método “encarna a idéia de que a norma jurídica não se identifica com o seu texto, mas é o resultado de um trabalho de construção<sup>519</sup>”.

Sabe-se que a concretização acentua o papel criativo do agente de interpretação em relação à norma jurídica. A norma interpretada, no entanto, só será considerada

---

<sup>517</sup> SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 35-98p.

<sup>518</sup> Conforme já abordado, no Capítulo anterior, a preocupação desse método interpretativo está em enfatizar o papel ativo e criador do agente de interpretação-aplicação jurídica.

<sup>519</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 100.

diante do problema concreto apresentado. Konrad Hesse<sup>520</sup> verifica a concretização diante da seguinte forma de interpretação:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à pré-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.

O que se quer esclarecer, portanto, é que certas situações concretas podem afetar ao mesmo tempo dois direitos fundamentais contrapostos, o que proporcionará ao juiz o dilema de escolher apenas um deles. Para solucionar esse impasse, o magistrado terá de avaliar um núcleo mínimo de direitos fundamentais, adotar o método de concretização das normas constitucionais e considerar também a ponderação de bens. Tudo isso urge acontecer, porque “os direitos fundamentais não se interpretam; concretizam-se<sup>521</sup>”.

Afinal, a ponderação de bens tem em comum com o método de concretização o fato de se “alicerçarem ambos sobre os mesmos pilares: a preocupação especial com o caso em concreto (problema), sem descuido das dimensões normativas da Constituição<sup>522</sup>”.

Daniel Sarmiento<sup>523</sup> oferece conveniente exemplo a respeito:

Um jornal descobre que certo político importante é homossexual e planeja publicar reportagem sensacionalista a tal respeito. O político toma conhecimento deste plano, e, antes da publicação, propõe medida judicial postulando a proibição da reportagem, ao argumento de que ela viola o seu direito de privacidade, e que se for publicada ocasionará dano moral impassível de recomposição por via patrimonial. O jornal defende-se com base no princípio da liberdade de imprensa. Ao juiz do caso, então, restarão duas alternativas: vedar a reportagem, prestigiando o direito à privacidade em desfavor da liberdade de imprensa, ou permitir a publicação, consagrando a liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade.

---

<sup>520</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 32.

<sup>521</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 548.

<sup>522</sup> SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 63.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 61.

A idéia de proteção ao direito à privacidade parece ser a mais acertada no caso em concreto acima, isto é, a privacidade deve ser escolhida pelo magistrado como o interesse a ser preservado, diante da contraposição da liberdade de imprensa, que deve ser o direito que irá “ceder” o espaço para a privacidade, levando-se em conta o grau de prejuízo que haveria de sofrer um ou outro interesse.

Busca-se, portanto, no momento de interação entre os direitos fundamentais, a concretização de normas constitucionais e a ponderação de bens, fortalecer a noção de que “los derechos fundamentales irradian toda su eficacia al ordenamiento jurídico<sup>524</sup>”. Tais efeitos dos direitos fundamentais apenas ratificam a noção essencial de que eles albergam princípios na Carta Constitucional, como é o caso da liberdade e da igualdade.

Após a abordagem do núcleo de direito fundamental a ser protegido e assegurado, considerar-se-á a seguir a dignidade da pessoa humana como um ponto mediador da ponderação de princípios.

#### 6.4 O NÚCLEO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA ORDEM ECONÔMICA

Investigou-se o tratamento dado à liberdade contratual no Capítulo IV, e naquela ocasião a preocupação foi compreender a idéia de autonomia e a intervenção do Estado. Por outro lado, neste momento, pretende-se averiguar a liberdade contratual quando em confronto com outro direito fundamental, a ponto de extrair dessa colisão um núcleo mediador mínimo: a dignidade da pessoa humana.

O objetivo desta parte do estudo é estabelecer uma reconstrução do Direito Privado (do ponto de vista da liberdade contratual nos contratos civis), de maneira a privilegiar a dignidade da pessoa humana. Logo, os direitos sociais e a justiça distributiva para cuja observação deve se voltar a Ordem Econômica Constitucional.

---

<sup>524</sup> ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantias Institucionales**: Analisis Doctrinal y Jurisprudencial. Madrid: Editorial Civitas, 2000. p. 103.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, “este fundamento deve orientar toda a atividade estatal, legislativa ou privada, de modo a buscar a realização do indivíduo como um interesse preliminar”<sup>525</sup>.

Explica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>526</sup> que o Constituinte de 1988 “preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guinando-a (...) à condição de princípio fundamental”. Essa positivação coaduna com a tradição predominante no pensamento constitucional brasileiro e espanhol, exercendo, ao lado da “postura germânica, nítida influência na ordem jurídica brasileira”.

Um dos primeiros artigos brasileiros que tratou da pessoa humana enquanto foco de análise do direito privado foi “O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade”, escrito por Francisco José Ferreira Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira<sup>527</sup>, no qual se pode ressaltar o seguinte aspecto:

É que, no caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não é um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser; ele é também axiológico. E ser e valor estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor, está no caso, inserido no ser. O homem vale, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é. E é inconcebível que um ser humano seja sem valer.

Ainda, partindo desse entendimento histórico sobre a dignidade, alerta Daniel Sarmento<sup>528</sup> que “a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em sede constitucional e nos tratados internacionais, só vai ganhar impulso após a 2ª Guerra Mundial”, momento que o autor chama de reconstrução dos direitos humanos.

Considera-se que os direitos, objeto de preocupação do estudo, como as relações contratuais civis e as relações de consumo (do ponto de vista da liberdade), devem

---

<sup>525</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

<sup>526</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 71.

<sup>527</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de apud TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

<sup>528</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 112.

ser guiados a partir de uma visão de direitos humanos, já que, se os direitos humanos concebidos na Constituição são considerados direitos fundamentais, serão tais direitos fundamentais que sustentarão uma interpretação com base constitucional. Entender os direitos privados, desse modo, à luz dos direitos fundamentais é tratar a liberdade contratual com um novo papel social, limitado, com proteção ao indivíduo e, o mais importante, com inibição de abusos<sup>529</sup>.

Diante dessa perspectiva, entende-se necessário rever o entendimento do Direito Civil. Para isso, o ideal seria afastar a prevalência e a precedência das situações patrimoniais nas relações civis e sobrelevar as situações jurídicas não patrimoniais.

Nesse contorno, também, passa a ser possível numa atividade interpretativa de colisão de princípios, reconhecer um caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana, sob a condição de princípio fundamental do Estado democrático de Direito. Ao ser feita tal qualificação normativa da dignidade da pessoa humana enquanto princípio (e também como regra), não se pretende afastar o seu valor fundamental para a ordem jurídica<sup>530</sup>. Observa-se que não se pretende atribuir só um reconhecimento de princípio à dignidade. Pelo contrário, assim como o faz Alexy<sup>531</sup>, pretende-se atribuir também à sua feição a dimensão de regra, a saber:

La norma de la dignidad de la persona es tratada, em parte, como regla y, en parte, como principio, y también en el hecho de que el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos.

Utiliza-se aqui um sentido de dupla dimensão à dignidade da pessoa humana, ou seja, como princípio e como regra. Em verdade, trata-se de mais de uma norma contida no texto constitucional que a criou (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).

---

<sup>529</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 165.

<sup>530</sup> Lembrando-se aqui a distinção entre valor e princípio já traçada anteriormente.

<sup>531</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 106.

A dignidade da pessoa humana, então, é capaz de mediar uma ponderação, a ser realizada em cada caso em concreto, entre a liberdade e a solidariedade social. Para explicar essa ponderação, ensina Maria Celina Bodin de Moraes<sup>532</sup>:

De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.

A mencionada autora, citando Joaquim B. Barbosa Gomes, elucida a valorização da dignidade da pessoa humana através de um exemplo chamado “arremesso do anão”, a saber:

Em 1991, uma conhecida empresa do ramo de entretenimento para jovens decidiu lançar, em algumas discotecas de cidades da região metropolitana de Paris e do interior, um inusitado certame conhecido como “arremesso do anão”, consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. Movido pela natural repugnância que uma iniciativa tão repulsiva provoca, o prefeito de uma das cidades interditou o espetáculo, fazendo valer a sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal. Do ponto de vista legal, o ato de interdição teve como fundamento o Código dos Municípios, norma de âmbito nacional que disciplina de forma minuciosa o exercício da ação administrativa estatal no plano municipal. Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Insatisfeita, a empresa interessada, em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles visando a anular o ato do prefeito. Em primeira instância, os autores obtiveram êxito, já que a corte administrativa julgou procedente o “recours pour excès de pouvoir” por eles ajuizado e anulou o ato do Prefeito, entendendo que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de perturbar a “boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas”. Mas, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, declarando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana” (“Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie de pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine”).

---

<sup>532</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 112. 2001.

Outro exemplo a ser apresentado é a questão de certas pessoas não desejarem a transfusão de sangue, mesmo em caso de risco de morte. Nessas situações, mais uma vez haverá a colisão entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana (em alguns casos, há magistrados que preferem optar pela liberdade de crença).

Para elucidar a situação de colisão traçada acima, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal<sup>533</sup> já se manifestou a respeito do assunto, a saber:

MPF, 38 anos, casado. Admitido no SPA do HUB com quadro de dor em hipocôndrio esquerdo e cefaléia frontal há 13 dias. Os exames laboratoriais foram compatíveis com o diagnóstico de leucemia aguda. Foi ainda solicitada transfusão de sangue total e concentrado de plaquetas. Logo à admissão ao hospital, o paciente comunicou à equipe médica que era Testemunha de Jeová e, por isso, recusava-se terminantemente a receber tratamento com sangue ou derivados, referindo que "preferia morrer a receber o sangue, se isso era a vontade de Deus", apresentando, inclusive, documento de identificação como pertencente à referida religião. Sua posição foi apoiada por sua esposa, que também pertencia à mesma religião. Os demais familiares do paciente (sua mãe e irmãos), ao indagarem sobre a situação, posicionaram-se contrariamente ao paciente e sua esposa quanto à realização da hemotransfusão. Após algumas horas no hospital, o paciente passou a apresentar piora da dispnéia e otorragia, porém mantendo-se lúcido. Os familiares do paciente (sua mãe e irmãos) resolveram recorrer à Justiça e conseguiram um despacho judicial autorizando o hospital a realizar a hemotransfusão e quaisquer outros procedimentos que julgasse necessários, sob o risco de ser considerado negligente. Por sua vez, o hospital também solicitou liminar judicial autorizando a realização dos procedimentos, após consulta ao CRM-DF. Cerca de 24 horas após a admissão, o paciente foi submetido à transfusão de plaquetas e sangue, sob efeito de sedativos (...). Houve piora do quadro e o paciente evoluiu para óbito um dia após o início da quimioterapia.

A liberdade foi também restringida, dando lugar à solidariedade social, quando apreciada a dignidade da pessoa humana no seguinte caso apresentado por Joaquim B. Barbosa Gomes<sup>534</sup>, comentando julgados franceses:

Em 1994, o Conselho Constitucional decidiu, ao examinar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei versando sobre doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, "elevar" o princípio da dignidade da pessoa humana ao status de "principe àvaleur constitutionnelle". E o fez valendo-se não de uma disposição da Constituição em vigor mas de uma declaração de princípios inserida na Constituição do pós-guerra (1946), cujo teor é o seguinte: "Ao amanhecer da vitória conquistada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram avassalar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama mais uma vez que todo ser humano, sem distinção

<sup>533</sup> KLIPPER, D. J; HOSSNE, W. S. **Caso Clínico**. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/411996/caso.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2004.

<sup>534</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa Gomes. **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes>>. Acesso em: 28 jun. 2004.

de raça, de religião nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados" ("Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés").

Nas situações exemplificadas acima, pretendeu-se esclarecer que não se deve impor limites à liberdade individual ou à solidariedade social, até porque se trata de casos de colisão, e a colisão só pode buscar solução em cada caso concreto. O objeto deste estudo é demonstrar que a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como uma forma de mediação, quando em confronto a liberdade e a solidariedade<sup>535</sup>, diante da atividade interpretativa.

Cabe, ainda, para concluir esta parte do trabalho, enfatizar que o respeito à pessoa humana, única em sua individualidade, mas inevitavelmente solidária da comunidade em que se encontra inserida, refere-se a um princípio da democracia humanista, e que, confia-se, venha a ter contorno universal<sup>536</sup>.

Não se quer argumentar com isso que a dignidade da pessoa humana é um ponto absoluto para a solução da colisão de princípios. Não se pretende dizer que a dignidade deve prevalecer em todos os casos em relação aos demais princípios. Isso não pode acontecer, porque, caso contrário, estar-se-ia contradizendo a própria idéia subjacente aos princípios. Esse, aliás, é o entendimento de Robert Alexy<sup>537</sup>:

Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante.

Não está sendo cogitada, portanto, a idéia de dar uma relação de preferência à dignidade em caráter absoluto. Outrossim, verifica-se que a dignidade possui uma

<sup>535</sup> Obviamente que, nos casos de colisão acima, a grande dificuldade reside na medida de ponderação entre os interesses.

<sup>536</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113. 2001.

<sup>537</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 109.

dupla dimensão (estrutura e regra), em razão de o conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana decorrer da ponderação que se concretiza no próprio princípio da dignidade, quando em confronto com outros princípios.

Esclarece a respeito Ricardo Lobo Torres<sup>538</sup> que na concepção de Alexy, a dignidade humana perde o caráter de absoluto e é tratada em parte como princípio e em parte como regra, o que torna possível a sua ponderação; a dignidade da pessoa humana “não é violada quando a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração da pessoa humana, mas pela necessidade de manter medidas para a proteção da ordem democrática e a existência do Estado”.

Ainda, vale lembrar que um princípio absoluto pode resultar tanto do fato de que coexistem duas modalidades de normas da dignidade da pessoa humana (regras e princípios), como também da circunstância de uma série de condições nas quais a dignidade assume precedência na colisão em razão de outros princípios. Dessa forma, a dignidade não é absoluta, mas pode assumir uma função de precedência (em questão de peso) quando em colisão com outros bens constitucionais.

Nesse mesmo sentido, esclarece também Ana Paula de Barcellos<sup>539</sup> que a redução da dignidade ao mínimo existencial, para o fim de transformar este núcleo em regra obrigatória, não diminui o sentido pleno do princípio dado *prima facie*, nem os efeitos jurídicos que essa espécie de norma possui. Pelo contrário, é válido ressaltar, mais que nunca, que em caso de colisão, a preservação da dignidade realça a finalidade pragmática que o Estado democrático de Direito pretende assegurar.

A proposta do estudo é justamente delinear um ponto de equilíbrio, diante da colisão de princípios na atividade econômica, a partir da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, fica a indagação: até que ponto a liberdade deverá ser preterida para dar lugar à dignidade da pessoa humana? Para responder a essa pergunta, Robert

---

<sup>538</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). **Legitimação dos direitos humanos**. Organizador: Paulo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 435.

<sup>539</sup> BARCELOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). **Legitimação dos direitos humanos**. Organizador: Paulo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11-49.

Alexy<sup>540</sup> sugere que a solução está “en un modelo que tome cuenta los argumentos en pro y en contra”.

Em verdade, quando se confronta a liberdade do particular com a dignidade, estão em análise outros princípios (que darão o parâmetro pró e contra, sugerido por Alexy), a saber: “separação dos poderes, competência do legislador democrático e limite imposto pelos direitos de terceiro”. Diante desses princípios, pode-se falar que a dignidade da pessoa humana prevalece sobre o princípio da liberdade individual, quando aquela for considerada como um “derecho fundamentale mínimo<sup>541</sup>”.

Sobrepesados os princípios em dado acontecimento, deve-se optar pelo meio que busca sacrificar em menor escala os interesses envolvidos. Aqui surge a idéia do mínimo existencial de Alexy.

Assim, a seguir passa a ser considerada uma proposta de conexão entre a liberdade contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana, nos casos de ponderação de interesses.

#### **6.4.1 Ponderação, liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana**

A liberdade contratual foi analisada no Capítulo IV, ocasião em que ela foi compreendida a partir do princípio da autonomia da vontade<sup>542</sup>. Neste momento, o que se pretende é relacionar a liberdade contratual com a dignidade da pessoa humana, a fim de investigar a possibilidade ou não de interação entre os dois princípios na atividade interpretativa, ou seja, no momento de análise de colisão de princípios.

---

<sup>540</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 494.

<sup>541</sup> Ibid., p. 495.

<sup>542</sup> Foram delimitadas também, no Capítulo V, as diferenças terminológicas que hoje a doutrina civilística utiliza a respeito da autonomia. Alguns autores utilizam a expressão “liberdade contratual”, outros abordam a expressão “iniciativa privada”, e outros, ainda, referem-se à idéia de “liberdade individual”.

Primeiramente, a noção fundamental que justifica a interação entre a liberdade contratual e o princípio da dignidade fundamenta-se no fato de que este acaba “irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico<sup>543</sup>”. Tem-se, portanto, que, quando o intérprete parte dessa análise na sua atividade interpretativa, acaba também condicionando-se a relevar um referencial mínimo na ponderação de princípios. Por referencial mínimo, conforme já realçado anteriormente, tem-se que considerar o meio que busca sacrificar em menor escala os bens envolvidos. Assim, de acordo com a dignidade da pessoa humana, “será possível retirar prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo<sup>544</sup>”.

Novamente, é preciso considerar que não se quer argumentar com isso que a dignidade da pessoa humana é um ponto absoluto para a solução da colisão de princípios, isto é, não se pretende dizer que a dignidade deve prevalecer em todos os casos em relação aos demais princípios.

Cabe agora considerar a dignidade a partir da liberdade contratual. Por isso, preciso se faz indagar: os interesses da dignidade devem ser sobrepostos aos interesses patrimoniais presentes na liberdade contratual? Até que ponto a dignidade da pessoa humana deve prevalecer num conflito de interesses com a liberdade contratual?

Para justificar a primazia da dignidade da pessoa humana, alguns autores falam em despatrimonialização do direito privado. Por óbvio, esse entendimento não quer esvaziar o conteúdo da liberdade contratual e as suas implicações na Ordem Econômica. O que pretende a despatrimonialização, segundo Daniel Sarmiento<sup>545</sup>, é reconhecer que “os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana”.

---

<sup>543</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 60.

<sup>544</sup> Ibid., p. 114.

<sup>545</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 116.

A respeito da despatrimonialização, brilhante discurso apresenta Gustavo Tepedino<sup>546</sup>:

Parece-me chegada a hora de buscarmos a definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais, a serem utilizadas não de maneira isolada em um ou outro setor, mas de modo abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para tornar possível, só então e a partir daí, construir o que poderia ser uma nova teoria contratual, ou – por que não? –, a teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica.

A partir da idéia de despatrimonialização, portanto, o entendimento das relações contratuais passa a estar ligado a outros interesses alicerçados na Constituição Federal, interesses da valorização à pessoa humana, que parte também de uma análise de solidariedade, como bem já foi observado no Capítulo IV<sup>547</sup>. O que se anseia, dessa forma, é “socializar a liberdade contratual” e não eliminar a liberdade<sup>548</sup>. Não desaparece, assim, a “preocupação com a liberdade, mas ela se modula e enriquece com a atenção dada à igualdade material e à solidariedade<sup>549</sup>”.

O tratamento dado à relação entre os indivíduos, próprio do estado liberal, altera-se profundamente no estado intervencionista do Século XX. A respeito, ensina Gustavo Tepedino<sup>550</sup>, que a “partir desse Século volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos”.

A preocupação do legislador, portanto, se desloca para a função social<sup>551</sup> que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

<sup>546</sup> TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. 1998. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino.html>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

<sup>547</sup> No capítulo IV, foi demonstrado que o Direito Privado contemporâneo rompe por completo o paradigma individualista presente nas codificações liberais, concebendo, pois, o sujeito de direito, antes de tudo, como um ser social.

<sup>548</sup> Esta noção de socialidade é clara quando analisada sob a ótica do novo Código Civil. Esse discurso de socialidade está pautado aqui a partir do fato de que a premissa deste estudo é também constitucionalização do Direito Privado.

<sup>549</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 119.

<sup>550</sup> TEPEDINO, Gustavo. Apresentação. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXI.

<sup>551</sup> Idem. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

Aqui, chega-se ao alvo fundamental da dissertação, ao ponto que a resposta à indagação acima encontra duas saídas, quais sejam: a primeira, a autonomia da vontade (liberdade contratual) precisa partir da interpretação dos direitos fundamentais; a segunda, a intervenção estatal se justifica quando observa os interesses sociais e a proteção dos hipossuficientes nas relações civis. O principal efeito da interação entre a liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana, no campo do direito contratual, quando considera uma sustentação de socialidade, será relativizar a autonomia da vontade e aumentar o âmbito de proteção aos mais fracos nas relações civis<sup>552</sup>.

A relativização da autonomia da vontade na esfera obrigacional (direito das obrigações e direito contratual), segundo já enfatizado no Capítulo IV, provoca alguns reflexos no Direito Privado, principalmente com os aspectos sociais relevados no novo Código Civil, a saber: preocupação com o equilíbrio contratual entre as partes e aplicação do princípio da boa-fé objetiva em todas as fases da contratação.

Em verdade, em caso de colisão de interesses individuais ou coletivos na esfera contratual, deve ocorrer uma prudente ponderação entre os bens dos contratantes, que venha a considerar o peso de cada um dos interesses em jogo, e assim, também, venha a considerar um existencial mínimo, a dignidade da pessoa humana.

Diante dessas considerações acerca da necessidade de observação da dignidade da pessoa humana num momento de ponderação de interesses, vale também advertir para o caso de restrição dos direitos fundamentais, o que será analisado a seguir.

#### **6.4.2 Restrição dos direitos fundamentais**

A intenção de compreender a restrição dos direitos fundamentais neste trabalho parte da necessidade de investigação da impossibilidade de se considerar algum tipo de “preferência” ou não para o caso de colisão de princípios. Segundo verificado

---

<sup>552</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

no item anterior, não há possibilidade de se especular um padrão para efetuar a ponderação de princípios. Pelo contrário, tal solução para a colisão de princípios só é possível acontecer na averiguação de cada caso concreto.

A proposta basilar, desta parte do estudo, concentra-se em identificar que não é a natureza abstrata da posição de direito fundamental que determina decisivamente a sua disponibilidade, mas primeiramente o balanceamento dos bens que, a propósito da disponibilidade, confrontam-se na situação concreta de renúncia, ainda que haja um interessante sentido no grau de intensidade com que, em cada situação específica, resultam essencialmente afetados interesses públicos ou interesses predominantemente pessoais<sup>553</sup>.

Sabe-se que a restrição em sede de direitos fundamentais pode ocorrer na atividade interpretativa ou na mediação legislativa efetuada pelo Estado-legislador. No tocante à atividade legislativa, explica Suzana de Toledo Barros<sup>554</sup> que, para a satisfação de outros direitos, “acaba se fazendo necessária a intervenção do legislador, porque as normas carecem (...) de uma atividade conformadora, de explicitação do conteúdo de seus direitos”. Acontece que a intervenção do Estado, em alguns casos, pode provocar certa desordem, diante da liberdade criativa do magistrado. Em razão disso, “acabam ocorrendo confusões quanto à própria existência de uma restrição”.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>555</sup> admite a restrição ou delimitação, utilizando também outro critério, que ele denomina de conformação<sup>556</sup>. De qualquer forma, o autor considera que, nos dois casos, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais.

---

<sup>553</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Organizador). **Perspectivas Constitucionais**. 20 anos da Constituição de 1976. v.1. p. 263-336.

<sup>554</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 155.

<sup>555</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. p. 422-438.

<sup>556</sup> Para ratificar o termo utilizado por José Joaquim Gomes Canotilho, alguns autores explicam que a conformação de direitos fundamentais refere-se a contornos de definição, o que implica uma tarefa de delimitação. A conformação passa a ser uma tarefa também de identificação de limites.

Suzana de Toledo Barros<sup>557</sup>, ao explicar a conformação de direitos, adverte que essa tarefa não deve ser confundida com a deliberação de limitá-los, por exemplo, “quando o legislador impõe uma disciplina jurídica indispensável para dar conteúdo a dado direito”, como é o caso dos contratos ou da propriedade.

Outros autores defendem a idéia de que é necessário promover a proteção a um núcleo essencial, a fim de evitar o desmantelamento do conteúdo dos direitos fundamentais mediante a realização de restrições indevidas.

Corrente doutrinária diversa, mais apropriada por sinal, explica que a validade de uma renúncia concreta dependerá essencialmente de sua conformidade material aos princípios e regras constitucionais<sup>558</sup>, sobretudo os concernentes à restrição de direitos fundamentais.

Robert Alexy<sup>559</sup> alerta que, para compreender a restrição, necessário se faz entender a própria existência do direito e também das suas restrições. A fim de justificar sua idéia, o autor alemão explica a restrição dos direitos fundamentais a partir de duas teorias, uma interna e outra externa. A teoria interna explica um tipo de limite para o direito, considerado pelo autor como uma “restrição imanente”. Pela teoria externa, “não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição”.

Tal entendimento de teoria interna e externa não é suficiente para se compreender o próprio conceito de restrições de direitos fundamentais. Para isso, mais uma vez, buscam-se esclarecimentos em Robert Alexy<sup>560</sup>, que explica o conceito de restrição a partir da idéia de que “restringibles son bienes iusfundamentalmente protegido (libertades/situaciones/posiciones de derecho ordinário) y posiciones *primae facie* concedidas por principios iusfundamentales”. Diante dessa delimitação terminológica, logo se percebe que os direitos fundamentais exigem uma proteção

---

<sup>557</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.p. 156.

<sup>558</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Organizador). **Perspectivas Constitucionais**. 20 anos da Constituição de 1976. v.1. p. 263-336.

<sup>559</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 268.

<sup>560</sup> Ibid., p. 273.

ampla dos bens protegidos, o que acaba por permitir também uma proteção mais ampla da liberdade de ação dos indivíduos. A proteção e a restrição só podem ser verificadas em cada episódio particular, conforme já enunciado no Capítulo V.

Deve-se considerar, dessa forma, que a restrição de direitos fundamentais busca delimitar o alcance das normas que restringem posições “iusfundamentais *prima facie*”. Após chegar a esse entendimento, cabe ainda compreender quais as normas que provocam as restrições de direitos fundamentais. Tem-se que tais normas são especificamente constitucionais e, em especial, referem-se à competência que fundamenta a estrutura do Estado para ditar normas, por um lado, e dizem respeito às normas de mandado de proibição dirigidas aos cidadãos, por outro lado<sup>561</sup>.

Considerando, agora, os tipos de limites às restrições dos direitos fundamentais, torna-se praticamente consenso na doutrina que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional ou comprometer o núcleo essencial do direito objeto de restrição<sup>562</sup>. Por outro lado, deve-se compreender que a renúncia que ocorre na esfera das relações entre o Estado e o cidadão precisa de um tratamento mais cauteloso, pois é aqui que os direitos fundamentais cobram o seu sentido<sup>563</sup>.

Ressalta-se que, no caso de renúncia a direitos fundamentais não se está cogitando a extinção propriamente dita do direito fundamental como um todo. Caso fosse esse o posicionamento deste estudo, estar-se-ia abolindo o próprio direito fundamental do campo de proteção jurídica do particular.

Relacionando a ponderação, a restrição de direitos e a liberdade contratual (foco de discussão neste estudo), em caso de conflito de princípios envolvendo a livre iniciativa e a intervenção do Estado, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida, em dado caso concreto, como um núcleo essencial mínimo a ser

---

<sup>561</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 273.

<sup>562</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 120.

<sup>563</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Organizador). **Perspectivas Constitucionais**. 20 anos da Constituição de 1976. v.1. p. 263-336.

relevado<sup>564</sup>. Não no sentido de que sempre deverá ser dado maior peso à dignidade, mas no sentido de que a dignidade da pessoa humana deve ser um ponto de partida no momento da interpretação<sup>565</sup>.

Ainda realçando a restrição com a liberdade, torna-se importante destacar como fica a questão da disponibilidade do bem jurídico. Quando se toma como parâmetro a liberdade contratual, nesse ponto, não se deve considerar que a autonomia sempre prevalece por ser notória aí a capacidade de dispor sobre um bem. O poder de disposição do particular não é ilimitado; em decorrência disso, a dosagem da disponibilidade não é pré-estabelecida em termos irrestritos, dependendo não apenas da natureza do bem tutelado, como das circunstâncias do caso concreto e do peso relativo das razões<sup>566</sup> e dos bens em conflito.

Concluindo, ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais na Ordem Econômica, o intérprete deve observar proporcionalmente o caso em questão, para em seguida adotar a solução mais condizente com os bens ali envolvidos.

---

<sup>564</sup> Relevante, contudo, não é agir indiscriminadamente a ponto de sempre dar preferência à dignidade.

<sup>565</sup> Ponto de partida não quer dizer um sentido de preferência ou hierarquização das normas, mas uma forma inicial de considerar a dignidade no campo da interpretação constitucional.

<sup>566</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Organizador). **Perspectivas Constitucionais**. 20 anos da Constituição de 1976. v.1. p. 263-336.

## 7 CONCLUSÃO

Percebemos que a atividade econômica na Constituição Federal brasileira reflete total ambigüidade de interesses, o que vislumbramos por meio do conflito entre a liberdade contratual e intervencionismo estatal. Percebemos, por um lado, uma influência do capitalismo neoliberal e, de outro lado, o intervencionismo e o dirigismo planificador, como sinais de tentativa de práticas socializantes.

O artigo 170 da Carta Maior, ao dispor sobre os princípios que norteiam a atividade econômica, elencou interesses aparentemente desiguais, tais como: propriedade privada e função social da propriedade; livre concorrência e redução das desigualdades regionais. Em razão dessa aparente contradição, notamos que a natureza ideológica dos interesses econômicos acaba desencadeando colisões de princípios, e, nesse caso, o intérprete precisa utilizar a ponderação como meio de solucionar tal embate.

Num primeiro momento do trabalho, verificamos que, no final do século XVII, consagrou-se a liberdade como o valor supremo do indivíduo. Vimos também que, naquele período, era imperativo que não houvesse qualquer interferência do Estado, deixando-se todos os indivíduos igualmente livres para cuidarem de seus interesses. Após essa fase, apontamos um momento diverso, marcado por medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista, pautado principalmente na atividade interventiva do Estado. Para apurar os passos históricos, buscamos concentrar informações no âmbito das Constituições brasileiras, partindo das idéias presentes na Carta de 1824 até a Carta Constitucional de 1988.

A partir da análise da Constituição de 1988, pudemos constatar um sistema econômico que adotou os institutos básicos do modo de produção capitalista: a propriedade privada, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência. Nessa visão, fizemos um esboço de todos os princípios que integram o artigo 170 da Carta Magna, a fim de clarear o perfil principiológico e de direitos fundamentais, traço marcante da dissertação, para, após, conduzir a uma atividade interpretativa de tais interesses.

Num segundo momento, procuramos compreender o intervencionismo estatal a partir das modalidades interventivas na atividade econômica. Verificando a interação entre a administração pública e a atividade do particular, constatamos que as leis que regulam a prestação de serviço são omissas quanto ao estabelecimento da promoção da livre concorrência na prestação dos serviços e na exploração das atividades de energia elétrica, telefonia, petróleo, dentre outras. Em outras palavras, verificamos que não há um equilíbrio de forças e controle da concorrência das empresas privadas e da participação do Estado nas atividades realizadas pelas concessionárias e permissionárias de serviço público. Existe também, nesse âmbito de atuação estatal, extrema negligência na fiscalização e no controle das atividades, principalmente no que se refere aos abusos praticados contra o particular, vislumbrados nas contratações de adesão.

No terceiro momento da dissertação, passamos a analisar os contratos civis. Nesse ponto, consideramos a autonomia da vontade a partir do dirigismo contratual. A socialização do contrato foi a premissa metodológica com que estruturamos o capítulo para coadunar com a postura adotada na interpretação dos direitos fundamentais, ou seja, com a dignidade da pessoa humana.

Vislumbramos uma nova forma de avaliar as normas privadas por meio da nova hermenêutica. Utilizamos o princípio da intervenção reguladora do Estado como uma forma de permitir a ação estatal nos negócios privados, para a obtenção do equilíbrio entre os interesses dos contratantes.

No quarto momento do estudo, consideramos a atividade interpretativa e optamos por dar um tratamento aos direitos fundamentais a partir de ideais principiológicos e diante da consideração dos métodos interpretativos, analisados em conjunto a fim de não quebrar a unidade da própria constituição. Avaliamos também a máxima da proporcionalidade, segundo Robert Alexy, como um dos caminhos mais apropriados para a interpretação dos direitos fundamentais.

Apontamos a proporcionalidade como um instrumento utilizado para solucionar casos de colisão, segundo o qual temos a possibilidade de ser escolhido um princípio que se destaca como o mais importante em determinada situação.

Assim, por via de consequência da utilização da proporcionalidade, entendemos que, quanto mais intensa se revelar a intervenção num direito fundamental, maiores deverão ser os fundamentos justificadores dessa intervenção. Essa ligação entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais acaba fornecendo critérios de limitação à liberdade individual.

Além de considerar a proporcionalidade um instrumento importante no momento da ponderação, avaliamos também que a concretização das normas de direitos fundamentais é a que mais se utiliza de tal instrumento.

Constatamos, ainda, que as restrições aos direitos fundamentais só serão válidas se efetuadas relevando os direitos fundamentais, a proporcionalidade e a eficácia das normas. Não pode uma restrição a um direito fundamental ser feita de forma arbitrária, sem observar quais direitos e interesses serão protegidos com tal restrição.

Avaliamos também que, mesmo a Constituição trazendo em seu corpo interesses díspares, embora estando presentes objetivos comuns, há possibilidade de uma coexistência harmônica entre a livre iniciativa, a propriedade privada e os interesses sociais, com a proteção ao consumidor, a valorização do trabalho humano, a proteção ao meio ambiente, e isso acontecerá por meio da atividade interpretativa.

Na interpretação constitucional, portanto, devemos buscar um sentido mais profundo das normas constitucionais. Isso se destaca quando consideramos que os direitos fundamentais são extremamente importantes para delimitarem a interpretação, como é o caso dos direitos individuais (liberdade).

No último momento, analisamos a ponderação de bens, quando optamos por seguir a premissa de despatrimonialização do direito privado, procurando não esvaziar o conteúdo da liberdade contratual e as suas implicações na Ordem Econômica; pelo contrário, reconhecemos que os bens e os direitos patrimoniais não esgotam fins em si mesmos, mas são instrumentos para a realização da pessoa humana.

Coadunamos, por fim, todos os momentos anteriormente delineados com a teoria de Robert Alexy, relacionando-a aos preceitos da Ordem Econômica brasileira: a solução da colisão de princípios da atividade econômica ocorre na dimensão do peso. Embora tais bens se encontrem no mesmo patamar hierárquico, no caso concreto, terão pesos distintos; logo a precedência de bens (liberdade e intervenção) não se restringe a uma situação de prioridade.

Além disso, para verificar a colisão e ponderação de princípios na atividade econômica, observamos as diferenças existentes entre as regras e os princípios, momento em que concluímos que os princípios não obedecem nenhuma situação jurídica específica, não entram em choque, são, ao contrário, compatíveis uns com os outros.

Considerando os fatores acima, o objeto de investigação delineado foi o confronto entre a liberdade contratual e a intervenção estatal, e, para sustentarmos a ponderação de princípios na Ordem Econômica, estruturamos a dissertação a partir das seguintes propostas: a) para uma correta e coerente interpretação e ponderação de bens impõe-se apreciar o peso de cada um deles, em cada elaboração dogmática e aplicação normativa; b) necessário se faz buscar a socialização da teoria contratual, por meio do uso do intervencionismo do Estado, que assegura a justiça e o equilíbrio contratual na sociedade de consumo; c) a livre iniciativa deve ser entendida como um fundamento da República Federativa do Brasil e como expressão do interesse social; d) nem sempre será possível compatibilizarmos princípios, às vezes, será imperativo sacrificar um bem para preservar o outro; e) na colisão de princípios entre a liberdade contratual e o intervencionismo estatal poderá ocorrer a paralisação de um princípio para se fazer valer o outro; e, por fim, f) a proporcionalidade exige para intervenção estatal nas liberdades econômicas a existência de um apontamento constitucional legítimo, logo devemos escolher uma idoneidade de instrumentos menos prejudiciais, a fim de sobrepesarmos um equilíbrio entre a transcendência da intervenção e a utilidade obtida, isto é, uma proporcionalidade entre a relação de meios e fins.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. 405p.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial**. Madrid: Editorial Civitas, 2000. 303p.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n.15, p. 73-87, jul/set. 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. 607p.

\_\_\_\_\_. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 1998 junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 1-11.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004. 1955p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. 202p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 95p.

BARCELLOS, Ana Paula de. Et al. **Legitimação dos direitos humanos**. Organizador: Paulo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 558p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas e de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 226p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003. 379p.

\_\_\_\_\_. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Organizador). **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001. p. 319-342.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. 502p.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. 191p.

\_\_\_\_\_. Concessão de serviços públicos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 15, p. 25-31, abril/junho. 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000. 117p.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n.197, p.10-21, jul./set. 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. 176p.

BENDA et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Presentación: Konrad Hesse. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2001. 900p.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 160p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 186p.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. 173p.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. 96p.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. 217p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. 793p.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 112.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. 230p.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001. 230p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. 386p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Novo Código Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 519p.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Constituição Federal - Código Civil – Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1356p.

BRASIL. Lei, nº 8.884, de 11 junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. 1952p.

BRASIL. Lei, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. 1952p.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. 1952p.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 11 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. 1952p.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. In: **Coleção de leis de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Manole, 2004. 1952p.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 190p.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 288p.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretacion de la Constitucion por la Jurisdiccion Ordinaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 143-154.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema de Ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 87.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993. 1414p.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 158-394.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. 500p.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 553p.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, n. 2, p. 9-25, 1985.

CUNHA, Alexandre dos Santos et al. Coordenação Judith Martins Costa. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 861p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição: Direitos humanos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Verbo, 2000. 414p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995. 260p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727p.

\_\_\_\_\_. Maria Sylvia Zanella. Terceirização dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**. São Paulo, n. 08, p. 36-39, abril 1996.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Atlas, 1999. 392p.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 176p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. 432p. v.2.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 22-30.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002. 359p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito: Técnica, Decisão e Dominação.** São Paulo: Atlas, 2001. 364p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-5.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990. 230 p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002. 367p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003. 662p.

FIUZA, César. **Novo Direito Civil: curso completo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 920p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. 382p.

FRANCESCHINI, J. Inácio Gonzaga. **Direito da Concorrência: Case Law.** São Paulo: Editora Singular, 2002. 1517p.

FRIEDE, Reis. Direito e efetividade jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, n.139, p. 28-29, out. 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 280. v.2.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 430p. v.3.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2003. 249p.

GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002, 198p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. 400p. v.2.

GOYARD FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 206-207.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2002. 383p.

\_\_\_\_\_. Um novo Paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 05, p. 73-82, jan/mar. 2001.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. 557p.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, São Paulo, n. 46, p. 74-106, jan/mar. 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34p.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 2001. p. 31-77.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725p.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. 725p.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A Simbologia da Imparcialidade do Juiz**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. 86p.

\_\_\_\_\_. Liberdade e Direitos Individuais em Sieyès e Constant. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Vitória**, Vitória, n. 2, p. 73-82, jul. 2001.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosh, 1950.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 427p.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 406p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002. 347p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Questões de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 112p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1109p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 426p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 765 p.

MELLO, Celso de Albuquerque et al. Organizador: Ricardo Lobo Torres. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 918 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 1997. Tomo I. 435p.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Económico**. Lisboa: Coimbra Editora, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. 497p.

MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: De onde vem, para onde vai?** São Paulo: Editora Senac, 2001. 154p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001. 620 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113. 2001.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Editora Almedina, 1997. p. 19.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1998. 237p.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 535, p. 11-23, fev. 1980.

NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, p. 275-280, abr/jun. 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. São Paulo: Renovar, 2002. 529p.

NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense, 2000.

NOZICH, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira et al. Coord. Carlos Ari Sandfeld. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. 406p.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. 171p.

PENTEADO JÚNIOR, Cássio M. C. O Relativismo da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 148-161, abr/jun. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 604p. v.3.

PERELMAN. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1979. 658p.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno**: uma introdução sociológica. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. 154p.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982. 231p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. 393p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 615p

RÓDENAS, Ángeles. **Razonamiento Judicial y Reglas**. México: BFP editora, 2000. 88p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. 289p. v.2

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 428p.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999. 860p. v.3.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 4, p. 21-39, jul/set. 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2001. 415p.

\_\_\_\_\_. **Introdução a uma ciência pós-moderna** Rio de Janeiro: Graal, 2000. 176p.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do Contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004. 327p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157p.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. 220p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. 410p.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**: Estado e Normalização da Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 197 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. 878p.

SOARES, Geraldo Antônio. **A utopia liberal**: um ensaio sobre a historicidade do mercado como regulador econômico e social. Vitória: Edufes, 2000. p. 164.

SOARES, José Ronald Cavalcante. **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001. p. 319-325.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 920p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 433p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas e Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2003. 598p.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. 400p.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 473p.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 512p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1995. 201p.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico**. Portugal: Coimbra Editora, 1998. 387p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2003. 652p.