

# UMA NOVA ORDEM HERMENÊUTICA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

## A NEW HERMENEUTICAL ORDER TO CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW

Sandro Mansur Gibran\*  
Marcia Carla Pereira Ribeiro \*\*

**RESUMO:** O artigo tem por propósito específico questionar os efeitos gerados pela chamada constitucionalização do Direito Privado. Utilizando-se de método dedutivo, sistemático, histórico e analítico, conclui-se que os princípios constitucionais não devem ser vistos como sobrepostos e incompatíveis, mas sim conciliados de forma a se dar a mais ampla efetividade às determinações constitucionais.

**Palavras-chave:** Liberalismo. Ordem Econômica. Equilíbrio nas Relações. Publicização do Direito Privado.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to question the effects generated by the so-called constitutionalisation of private law. Using a deductive, systematic, historical, and analytical method, one can conclude that constitutional principles should not be seen as superimposed and incompatible, but rather related in order to give greater effectiveness to constitutional determinations.

**Keywords:** Liberalism. Economic Order. Balanced Private Relations. Constitutionalization of Private Law.

Recebido: 21.04.2017  
Aprovado: 12.06.2017

### 1 INTRODUÇÃO

A ordem jurídica reflete os valores sociais de um determinado contexto histórico, político e econômico. Os Códigos de Lei brasileiros editados nos Séculos XIX e XX, concebidos sob a ideologia liberal, consagraram o modelo produtivo baseado na propriedade privada e na liberdade de iniciativa: a prospecção de desenvolvimento do país tinha por

---

\* Doutor em Direito. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado. *E-mail*: sandro@rochaadvogados.com

\*\* Doutora em Direito. Professora nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUC-PR - e na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pesquisa realizada na vigência do projeto Regulação de Riscos Empresariais no Âmbito da Atividade de Pesquisa & Desenvolvimento para a Inovação- Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná. Secretária de Estado da Administração e da Previdência do Estado do Paraná. *E-mail*: mcarlaribeiro@uol.com.br

referência a atividade mercantil, o fortalecimento da indústria nacional e o fornecimento de produtos e de serviços em larga escala.

Em outras palavras, esta expectativa de enriquecimento do Estado acabou por motivar a interpretação parcial da liberdade de iniciativa, da função da propriedade e da autonomia da vontade e estes princípios, sob compreensão viciada, permeavam toda a matéria negocial e obrigacional de então.

O Liberalismo Econômico<sup>1</sup>, impulsionado pela expansão dos meios de produção e o decorrente objetivo do empresariado de conquistar novos mercados, utilizando-se do vínculo contratual centrado no valor da vontade, gerou flagrante desequilíbrio em favor do poder econômico, experiência também reproduzida no Estado brasileiro.

Foi num ambiente voltado a ideais garantistas de equidade e segurança à sociedade, em razão de constantes afrontas à sua integridade física e moral, e à busca do apelo coletivo de respeito à dignidade humana e de resgate do modelo de Estado Democrático de Direito, que sobreveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição brasileira positivou direitos em busca da efetiva proteção à dignidade da pessoa humana, à garantia à educação, à cultura, ao desporto, à ciência, à tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, ao pluralismo político, dentre tantos direitos.

A complexidade típica dos Séculos XIX e XX e a exigência constitucional de tutela e de garantia de direitos fundamentais de parte do Estado repercutiram, como não poderia deixar de ser, nos institutos jurídicos do Direito Civil.

A Lei nº 10.406, de 10/01/2002, ao instituir o atual Código Civil brasileiro, iniciou sua parte geral tratando da personalidade, da capacidade e dos direitos da personalidade, transpondo a valorização da pessoa humana para o Direito Civil.

Uma vez que os direitos de personalidade estão destacados e priorizados como base geral do Código Civil brasileiro e que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tem-se que a integridade humana é essencial para a compreensão do Direito Civil e aplicação dos seus concernentes institutos.

Não se pode negar que alguma interferência do Poder Público é por vezes fundamental para o desenvolvimento da Economia e perfeito cumprimento dos direitos individuais e difusos. O funcionamento do regime liberal teórico, em seus primados clássicos, pressupõe

---

<sup>1</sup> A Revolução Industrial consolidou a sociedade burguesa liberal capitalista, baseada na igualdade jurídica entre os homens, na livre-iniciativa e na empresa privada. Sob este contexto, surge o liberalismo econômico, marcado pelo fim da intervenção direta do Estado na produção e na distribuição das riquezas. No Estado liberal não existem medidas protecionistas ou de monopólio: há a defesa da livre concorrência e a abertura ao mercado externo. Dentre os seus defensores destacam-se Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo, James Mill, Nassau Senior (*in* FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997).

um ambiente de igualdade no mercado, apto a manter uma competição equilibrada, além de considerar que os agentes de mercado possuem amplo e suficiente conhecimento sobre os negócios que realizam e que usarão deste conhecimento para a obtenção do melhor resultado individual que, por extensão, produzirá os melhores resultados também em termos sociais.

Como tais pressupostos são dificilmente alcançados na prática, somados a outros fatores sociais e econômicos, sobreveio a primeira grande crise do Século XX, caracterizada pela depressão econômica entre as duas grandes guerras e os desequilíbrios internacionais, com a formação de blocos e as disparidades econômicas entre os Estados.

Vários países, e, dentre eles o Brasil, optaram por, pela via constitucional, incorporar princípios interventivos na seara antes disciplinada, exclusivamente, pelo Direito Civil e Comercial, para ajustar a vontade dos agentes privados a um interesse maior de ordem econômica. A partir deste escopo, verificou-se, é verdade, uma gradativa crescente publicização do Direito Privado, de forma a compatibilizá-lo com a ordem constitucional, com efeitos de relativização da autonomia privada.

Passados quase trinta anos desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pretende-se, por meio deste artigo, questionar alguns dos efeitos desta inegável publicização ou constitucionalização do Direito Privado no âmbito da ordem econômica e do desenvolvimento econômico e social nacional, destacando, sem embargo, excessos também porventura advindos da interpretação forçosa e equivocada de muitas das garantias constitucionais em afronta à liberdade de iniciativa, à função da propriedade e à autonomia da vontade.

## 2 AS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS

Destaque-se que antes mesmo destas mudanças incidentais ao Direito Civil brasileiro, a defesa dos considerados consumidores já havia sido elevada ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 1988, haja vista o disposto em seu art. 5º, XXXII,<sup>2</sup> essencial que é para manutenção da ordem econômica.<sup>3</sup> No entanto, somente com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - do Código de Defesa do Consumidor -, é que se estabeleceram instrumentos viáveis à garantia constitucional de efetiva proteção. Deu-se aqui o rompimento da dogmática de supremacia da vontade inerente à liberdade de contratar

---

<sup>2</sup> Art. 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

<sup>3</sup> Art. 170, V, da Constituição.

(teoria tradicional das obrigações estabelecida com fulcro no Código Civil de 1916), quando se tratando de relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor se destina à ‘proteção e defesa do consumidor’,<sup>4</sup> conceitua os sujeitos desta relação, bem como o que se entende por produto e serviço, como devem ser oferecidos ou prestados e suas repercussões. Pelo disposto no art. 170 da Constituição, a defesa do consumidor é também fundamento jurídico da ordem econômica; em outras palavras, o consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado agente econômico.

Diferentemente da concepção clássica e individualista contratual do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, a ordem constitucional econômica de 1988<sup>5</sup> impõe que as relações jurídicas sejam em geral estabelecidas de acordo com os ditames da justiça social. O contrato ‘deve ser estudado e adaptado à nova realidade social e econômica, sempre voltado ao século que se abre, e nunca, para aquele que se fecha.’<sup>6</sup>

A constatação da crise conceitual de contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial, conforme descrição moderna antes vista, se apresentam como extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva de contrato, mas devem, agora, ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.<sup>7</sup>

O Direito pode ser eficaz se destinado a guardar uma série indeterminada de interessados, aplicado mesmo sem saber quem ou quantos são exatamente os indivíduos efetivamente tutelados, ou que almejam tutela. A partir do momento em que existiram mudanças na concepção da produção que passa a ser em massa, os instrumentos contratuais foram, igualmente, adaptados para o fim de se atender à nova demanda mercadológica, ofertando-se contratos de adesão. Não é objeto deste estudo discutir todas as vicissitudes que decorrem dos contratos de adesão.<sup>8</sup> Entretanto, é a ciência desse modelo massificado e suas

<sup>4</sup> Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.”

<sup>5</sup> *Caput* do art. 170 da Constituição.

<sup>6</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

<sup>7</sup> NALIN, Paulo. *Op. Cit.*

<sup>8</sup> O surgimento e a evolução do contrato de adesão estão presos à evolução dos fatores econômicos a partir do século XIX. A concepção mística do contrato, presa ao mito iluminista da liberdade e da igualdade dos indivíduos, deu ensejo a que se verificasse um verdadeiro hiato entre ela e a realidade, sujeita diretamente à força do fenômeno econômico. (FONSECA, 1995, p. 33).

inegáveis consequências que motivaram a necessidade da tutela jurisdicional para se atender, também a partir dos contratos, aos anseios coletivos dos cidadãos.

Nesta concepção o hermeneuta deve ter em conta que a atividade empresarial, a liberdade de iniciativa e de contratar não prescindem da defesa de outro agente essencial ao sistema, o consumidor, já que é a relação de consumo que viabiliza a circulação de riquezas e, neste ciclo, permite o fortalecimento da indústria, o investimento em tecnologia e a fonte arrecadatória fundamental para a manutenção da máquina administrativa.

Justifica-se, deste modo, que a defesa do consumidor, inclusive e a partir da Constituição<sup>9</sup>, constitui uma política pública<sup>10</sup>, da forma como estabelecido no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que se soma aos princípios da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade e do contrato, todos princípios reguladores da ordem econômica.

Não se pode negar que uma economia de mercado sem mecanismos adequados, incapazes de equilibrar os desníveis e desigualdades existentes nas relações de consumo e outras contratuais e empresariais, inviabiliza a ordem de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.<sup>11</sup>

Segundo o entendimento de Grau (2003)<sup>12</sup>, o referido art. 170 da Constituição é uma norma-objetivo, ou seja; um preceito a ser alcançado, caminho para a segurança jurídica e paz social, e todos os princípios nele expressamente previstos – como a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa do consumidor etc. - devem ser amplamente respeitados como fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>13</sup>

O aplicador da lei não poderá, deste modo, a título de exemplo, sacrificar o interesse do consumidor em defesa da livre concorrência, da propriedade privada, do meio ambiente ou da busca do pleno emprego; nem inversamente preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor, até porque estes mesmos princípios são também garantias e

---

<sup>9</sup> Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da Constituição.

<sup>10</sup> Dispõe o art. 4º da referida Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, tendo por objetivo o atendimento da necessidade dos consumidores; do respeito à sua dignidade, saúde e segurança; da proteção de seus interesses econômicos; da melhoria da sua qualidade de vida, bem como da transparência e harmonia das relações de consumo, garantias estas balizadas em princípios arrolados entre os incisos I e VIII do referido artigo.

<sup>11</sup> Art. 170, *caput*, da Constituição.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

<sup>13</sup> Art. 1º da Constituição. Apesar de não constarem expressamente previstos no art. 1º da Constituição, os princípios da *função social da propriedade* e da *defesa do consumidor* são subsumidos pelo fundamento *dignidade da pessoa humana*. Não há dignidade ao consumidor indefeso. Tão pouco haverá dignidade quando a propriedade é utilizada em prejuízo da pessoa humana, da coletividade.

direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, conforme o disposto nos artigos 5º e 6º da Constituição.

É característica essencial destes princípios o caráter programático para, por meio da realização de políticas públicas, oportunizar-se a geração de normas jurídicas e condições capazes de efetivação destes preceitos. Nem o julgador, nem o administrador ou o legislador podem agir de forma conflitante com os ideais de ordem econômica. Os Poderes Públicos têm o dever de desenvolverem, juntos, coordenadamente, os objetivos de justiça social.

Ao serem enquadrados como garantias essenciais ao desenvolvimento econômico brasileiro, a não observância destes princípios configura ora uma inconstitucionalidade comissiva, ora uma omissiva e ambas podem ser sanadas, em tese, pela atuação do Poder Judiciário.

Quando comissiva, a inconstitucionalidade costuma ser de difícil verificação e solução, já que a atuação do magistrado encontra limites de ordem técnica, sua avaliação decorre habitualmente de conhecimentos de natureza não econômica, limitando-se aos aspectos positivados de competência e forma jurídica, critérios diretamente considerados ao dizer-se o Direito.

A formação dos profissionais do Direito – entenda-se: juízes, promotores, advogados etc. - não parece ser suficiente para este tipo de análise. Com exceção das hipóteses de evidente e grave lesão ao interesse social, verifica-se que a garantia de declaração de inconstitucionalidade de determinado ato, de determinada relação civil ou de consumo, é ainda pouca, insuficiente e não atende às necessidades da sociedade moderna.<sup>14</sup>

A mesma dificuldade de tutela dos princípios programáticos acontece quando constatada uma situação de inconstitucionalidade omissiva. Nem se diga que haveria a prestação jurisdicional na possibilidade de impetração de um mandado de injunção: este *writ* é limitado à hipótese de carência de normas que tornem “inviável o exercício dos direitos e

---

<sup>14</sup> Conforme o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a tutela da segurança nas relações de consumo é aquela legitimamente esperada, ampla, não hermética, pois existem muitos produtos e serviços perigosos, nocivos à saúde, disponibilizados ao mercado de consumo.

O art. 421 do Código Civil, por sua vez, estabelece como limite à liberdade de contratar o atendimento à função social do contrato. Neste sentido, NALIN (2006) esclarece que “a percepção da tutela do interesse social pelo contrato interpretado parece ter sido a força motriz que inspirou os redatores do Código Civil, na parte referente às Obrigações, o que foi mantido nas suas seguidas alterações legislativas. Função social do contrato se dá em nível de socialidade do Direito, em idêntico sentido ao que passa na propriedade” (NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 227).

liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>15</sup>

Acrescente-se que o caráter programático dos princípios que fundamentam a ordem econômica (norma-objetivo<sup>16</sup>) implicaria a execução de uma vasta política pública de ação<sup>17</sup>, fiscalização, punição, responsabilização civil e não de um direito subjetivo fundamental, não se perfazendo, tão-somente, mediante a edição de normas.

A partir da interpretação literal do art. 170 da Constituição é possível detalhar o conteúdo da livre iniciativa associado diretamente à propriedade privada<sup>18</sup>, açambarcando, deste modo, a liberdade de empresa<sup>19</sup>, de lucro<sup>20</sup> e de contratar. Saliente-se, novamente, que este mesmo princípio é condicionado ao fim público expressamente destacado no *caput* do artigo supracitado (qual seja: a justiça social).

No intuito de que “os ditames da justiça social” sejam assegurados, para garantir a “todos existência digna”, a Constituição estabelece diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa, no exercício da atividade privada.<sup>21</sup>

Neste sentido, Moreira Neto (1989) esclarece que:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e da solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.<sup>22</sup>

Cumpra ao Estado<sup>23</sup>, numa tarefa até certo ponto retórica e teórica, conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, garantindo saúde, habitação, educação,

---

<sup>15</sup> Constituição, art. 5, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>16</sup> Art. 170 da Constituição.

<sup>17</sup> Art. 1º e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>18</sup> Art. 170, II, da Constituição.

<sup>19</sup> Art. 170, parágrafo único, da Constituição.

<sup>20</sup> Art. 170, IV, da Constituição.

<sup>21</sup> Conforme o art. 173, § 4º, da Constituição: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989, p. 28.

<sup>23</sup> Por meio de seus 3 (três) Poderes.

alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias etc., também disciplinando, mediante o exercício do seu poder de polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibirem-se abusos e ineficiências em face da pessoa humana.

No campo do exercício dos serviços públicos, a transferência das funções de interesse público do setor público para o privado, especialmente a partir das privatizações, atribui ao Estado poder crescente de regulamentação e fiscalização da atividade privada, antes por ele exercida diretamente. A experiência brasileira de reforma do Estado, desencadeada a partir dos anos noventa, decorre primordialmente da incapacidade (ou impossibilidade) do setor público prosseguir como principal agente direto do desenvolvimento econômico. Esta opção, porém, veio acompanhada da necessidade de aprimoramento das funções reguladoras, na busca de um equilíbrio entre o afastamento e o intervencionismo estatal.<sup>24</sup>

### 3 A REGULAÇÃO DO ESTADO PARA A ORDEM ECONÔMICA

A tutela constitucional da ordem econômica apresenta uma série de princípios que deverão ser respeitados tanto pela Administração, como pela iniciativa privada, com o fim de regular a atividade econômica estatal e garantir o desenvolvimento equilibrado do país.

A respeito dos objetivos traçados pela Constituição à República Federativa do Brasil para a garantia do desenvolvimento equilibrado do país, Nusdeo (2002, p. 17) diferencia desenvolvimento e crescimento, ainda que ambos estejam relacionados ao crescimento do PIB (Produto Interno Bruto).

No âmbito da ideia de desenvolvimento, além do crescimento do PIB há profundas alterações na estrutura de um país, como aquelas de ordem cultural e social. Essas mudanças permitirão a sustentabilidade do processo de crescimento; ou seja: viabilizarão o desenvolvimento autossustentável.

---

<sup>24</sup> Esclareça-se que este processo de substituição das formas de intervenção direta do Estado não é peculiaridade brasileira, mas se trata de mudança ideológica e de reclassificação do papel estatal nos demais países organizados de forma social democrata. Para Ribeiro, “os séculos IX e XX têm sido os palcos do progresso do Estado providência e, talvez não coincidentemente, também espectadores de importantes crises nos planos social, econômico e internacional. Todavia, à medida que se fez mais desenvolvido, o Estado de bem-estar passou a exigir a aplicação de recursos cada vez mais significativos, acompanhando-se ainda do acréscimo da demanda de sua atuação. Chega-se, então, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, nos países organizados de forma social democrata, a desequilíbrios das balanças comerciais, desestabilização da moeda, aumento fiscal e de preços” (RIBEIRO, Marcia Carla. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 155-156).



No mesmo sentido, Veiga (2007, p. 48-49) esclarece que o crescimento econômico é acontecimento de meio e não finalístico. Para explicar essa afirmação, o autor citou o alto PIB de países como a China (que em 2003 tinha um PIB de 8,2), a Coréia (que em 2003 tinha um PIB de 6,1), cujos indicadores de desenvolvimento e sustentabilidade foram superados pelo Brasil que possuía, naquele ano, um PIB de 0,8. Para se ter uma idéia, em sustentabilidade ambiental (em que pese toda a devastação e degradação nos principais ecossistemas brasileiros), o Brasil obteve nota 6 no “provão de sustentabilidade” (ESI – *Environmental Sustainability Index* 2005), enquanto a China não chegou a 4.<sup>25</sup>

Entretanto, a necessidade de regulação estatal da economia não pode ser exercida de modo absoluto e sem que haja fundamento para a interferência.

A ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica; 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, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso de poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros [...] (GRAU, 2001, p. 54).

É verdade que compete ao Estado<sup>26</sup> conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de uma política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, especialmente nas áreas de saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias. Acrescente-se a função disciplinadora, mediante o exercício do seu Poder de Polícia, em setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para a coibição de abusos e ineficiências perante empregados, concorrentes, consumidores e meio ambiente.

Neste sentido, Dias (1991, p. 320) assevera que

[...] tanto a liberdade de empresa, como de concorrência, não podem exercitar-se em prejuízo dos legítimos interesses econômicos da população. O art. 5º, XXXII da Constituição determina que o Estado promova a defesa dos consumidores e o art. 170, V, atribui a essa tutela nível de princípio da ordem econômica. É preciso então conciliar a proteção dos interesses dos consumidores com a liberdade de empresa e de concorrência.

Para Ribeiro (1999, p.155-156),

---

<sup>25</sup> Buscou-se a atualização dos dados referidos pelo autor junto ao sítio ESI – *Environmental Sustainability*. Todavia, no acesso em 22/04/2017, as referências permanecem as mesmas.

<sup>26</sup> Por meio de seus três Poderes.

[...] os séculos IX e XX têm sido os palcos do progresso do Estado providência e, talvez não coincidentemente, também espectadores de importantes crises nos planos social, econômico e internacional. Todavia, à medida que se fez mais desenvolvido, o Estado de bem-estar passou a exigir a aplicação de recursos cada vez mais significativos, acompanhando-se ainda do acréscimo da demanda de sua atuação. Chega-se, então, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, nos países organizados de forma social democrata, a desequilíbrios das balanças comerciais, desestabilização da moeda, aumento fiscal e de preços.

A difícil conciliação proporcional desses diferentes setores e princípios, imperiosos para a ordem e para o desenvolvimento econômico nacional não pode servir de justificativa para a inércia da Administração, típica do liberalismo clássico. Por outro lado, da mesma forma que o Poder Público deve pautar a sua atuação no princípio da proporcionalidade, também não poderá extrapolar os parâmetros previstos no *caput* do art. 174 da Constituição.<sup>27</sup>

O princípio da proporcionalidade também compreende o da subsidiariedade que, na seara do Direito Econômico, sob o fundamento dos artigos 173 e 174 da Constituição, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exploradas e autorreguladas pela iniciativa privada. Em outras palavras, se compatível com os princípios dispostos no art. 170 da Constituição, o Estado não pode coarctar a livre iniciativa dos agentes econômicos; sendo incompatível, deve fazê-lo de modo razoável e menos restritivo possível.

Essa é a regulação que se espera do Estado Democrático de Direito que tem, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa.<sup>28</sup> Dessa forma, apesar de o bem-estar social e coletivo justificar, para a sua manutenção, de alguma interferência, tal poder deve ser compatibilizado com as garantias constitucionais alicerçadas nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Em outras palavras, a persecução do bem-estar social, apesar de constitucionalmente exigir um grau mínimo de intervenção do Poder Público, não poderá ser dissociada da idéia de subsidiariedade como princípio normativo.

Porém, mesmo quando o Estado democrático impõe a garantia das condições básicas de dignidade da pessoa humana, a verdade é que isso não significa necessariamente que tenha de ser apenas o próprio Estado a realizar este objetivo (OTERO, 1998, p. 18-19). Existem

---

<sup>27</sup> Art. 174 da Constituição, *caput*: “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>28</sup> Art. 1º, IV, da Constituição.

ações que podem ser tituladas pela sociedade organizada, assim como diretamente pelos agentes privados.

O princípio da proporcionalidade, se plenamente compreendido, impede que o Estado Democrático se revista de um dirigismo totalitário e abrangente à livre iniciativa e à autorregulação privada da economia, já que são estes compatíveis com os demais princípios balizadores da ordem constitucional econômica.

É o princípio da proporcionalidade que determina ao Estado atuar sobre a economia quando os agentes do mercado não satisfizerem ou agredirem o interesse coletivo segundo o disposto no art. 170 da Constituição (BARROSO, 1990; SILVA, 1998).

Há de se considerar ainda a possibilidade de confusão entre o interesse público e o interesse proveniente de grupos parciais, assim como compreender, como inerente à proporcionalidade, o princípio da diferença, pelo qual as liberdades econômicas e as desigualdades evidenciadas em sociedade são admissíveis se forem vantajosas aos mais desfavorecidos (RAWLS, 1997, p. 80).

Por outro lado, não existe um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. O método regulatório do Estado é bem mais criterioso do que se poderia simplesmente entender da literalidade da “*supremacia do interesse público*”:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. [...]. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma 'conexão estrutural'. [...]. A verificação de que a Administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito. (ÁVILA, 1999, p. 111-112).

Significa admitir que na complexa vida em sociedade não há apenas um interesse público e nem um que seja predominante, ocasionalmente definidos como a necessidade de melhoria e de ampliação dos serviços, a acessibilidade das tarifas, as estratégias para estimular o investimento estrangeiro, a atuação preventiva para maior e efetiva segurança jurídica. Como esclarece Medauar (1992, p. 182),

[...]a doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua

difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade.

Incompatível, diante dessa realidade, pretender o sacrifício de um interesse privado em benefício de outro ou falar de primazia de um sobre outro. Interesses privados em confronto devem ser ponderados, sem que haja sacrifício de algum, tanto quanto possível. Tal análise exige a ampla apreciação de todos os fatores envolvidos, objetivando conciliação e sacrifício mínimo, de acordo com o princípio da impessoalidade imposto para todos os setores da Administração Pública.<sup>29</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança de paradigma de defesa do interesse individualista para o cuidado coletivo não poderia deixar de refletir-se também nas relações sociais reguladas pelo Direito. As concepções jurídicas mais tradicionais, concebidas perante uma sociedade quantitativamente diminuta e oligárquica, tinham por foco as situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em seletos grupos bem definidos.

Do Poder Legislativo se esperava exclusivamente a disciplina; do Poder Judiciário, a declaração dos direitos e obrigações atribuídos em termos bem precisos e a titularidade identificável, fosse único ou inserido em grupo conhecido e delimitado de indivíduos, tanto nas vicissitudes jurídicas propriamente particulares como naquelas situações que envolviam o Poder Público, representado pelo Estado, ele próprio tratado e convertido, pela técnica, em pessoa singular com direitos e deveres.

Não obstante não ser novidade esse viés de interesse difuso e sua notória influência, sobretudo na produção legislativa, percebe-se que ainda se faz presente um ranço individualista. A tutela que se espera não é mais aquela exclusivamente focada em uma pessoa ou no conjunto restrito do qual ela faça parte, como acontece em um condomínio ou na pluralidade de credores de uma única obrigação.

Na sociedade contemporânea, a divisão entre interesse público e privado sofre a influência das formas de contratação em massa, nas quais a satisfação do que diz respeito a um é, necessariamente, a satisfação de todos; em contrapartida, o que é lesão de direito para um também o será à coletividade.

Por outro lado, as circunstâncias do homem contemporâneo em sociedade são de efeito mundial, maciças, interativas e rapidamente manifestadas pelos meios de comunicação

---

<sup>29</sup> Constituição, art. 37, *caput*.

social. Os temas relacionados à defesa do meio ambiente: a proteção da flora e da fauna, a sustentabilidade, o combate à poluição aérea, sonora e visual, a racionalização do desenvolvimento urbanístico, entre outros, são todos de interesse global, ainda que seus impactos sejam limitados, muitas vezes, a pequena área ou a lugar longínquo ou a restrito grupo de pessoas.

Não menos relevantes são as preocupações ligadas aos valores culturais e aos espirituais, como a segurança do acesso às fontes de informação, a difusão desembaraçada de conhecimentos técnicos e científicos, a manutenção de condições favoráveis à liberdade de expressão e de culto, a conservação dos monumentos históricos e artísticos, dentre outros.

Tantos mais direitos e interesses semelhantes seriam acrescidos facilmente à tutela coletiva e não podem, igualmente, ser olvidados da guarda pela ordem jurídica. E, independentemente de existirem ou não legislações expressas de proteção, existem os princípios constitucionais que podem servir à doutrina e, sobretudo, à jurisprudência na tarefa de solucionar eventuais impasses, dizendo o direito, determinando as balizas e apontando as diretrizes à sociedade e ao Estado, compatíveis com a ordem constitucional.

Uma vez que a todos é garantida a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, a viabilidade do dever de proteção e de fiscalização desses direitos, em um Estado democrático, é necessariamente de interesse difuso e haverá de ser exercida pelo Poder Judiciário, haja vista os deveres que lhe são constitucionalmente atribuídos.

Todavia, sob o fundamento dos artigos 173 e 174 da Constituição, impõe-se ao Estado – o que compreende, naturalmente, o Poder Judiciário - que se abstenha de intervir e de pretender regular as atividades que sejam de exclusiva relevância de exploração e de autorregulação da iniciativa privada. Em outras palavras, nos interesses e obrigações próprias da iniciativa privada, o Estado não deve coarctar a liberdade dos agentes econômicos, especialmente quando derivada daquela de contratar.

Os limites de intervenção na liberdade dos agentes econômicos são constitucionalmente cogentes ao Estado democrático de Direito que tem, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa. Dessa forma, apesar de o bem-estar social e coletivo prescindir, para a sua manutenção e eficiência, de interferência do Poder Público, a livre iniciativa, inegavelmente também alicerçada nas demais garantias constitucionais ao desenvolvimento econômico, como regra, não se submete a um irrestrito controle do Estado (pois a fiscalização, o incentivo e o planejamento são determinantes apenas para o setor público e não para o privado).

Porém, neste difícil cotejo, apesar dos quase trinta anos de vigência da Constituição de 1988 e do ostensivo processo de redirecionamento da economia brasileira ao objetivo de justiça social e de existência digna ao ser humano, nota-se que a livre iniciativa, símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, ainda tem sido frequentemente valorizada de forma equivocada.

A satisfação dos princípios para a ordem econômica haverá de se traduzir na busca atenta e permanente da conciliação do interesse privado com o público; no atendimento aos reclamos da economia como um todo; na identificação da atividade empresarial com as reivindicações sociais e que a reorganização do Estado brasileiro seja pautada pela ética e boa-fé.

Por fim, uma vez que a livre iniciativa deve ser exercida pelos agentes econômicos atendendo-se ao disposto no art. 170 da Constituição, e dentre tais parâmetros destaca-se a necessária observância à função social da propriedade (inciso III), é de se frisar que estes mesmos agentes econômicos possuem absoluta liberdade de dispor e de contratar quando e se o objeto não contrariar os demais princípios constitucionalmente reconhecidos como de ordem econômica, ou possa ser com eles compatibilizado.

---

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. et al. **Código do consumidor comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Crise econômica e direito constitucional. **Revista trimestral de direito público**. São Paulo, v. 6, p. 32-63, 1994.
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Código do consumidor – aspectos constitucionais. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 666, p. 58-72, abril. 1991.
- CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 15/16, ano XIII, 1974, p. 89-105.
- \_\_\_\_\_. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 80, p. 66-75, out/dez. 1990.
- \_\_\_\_\_. Função social dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986.
- DIAS, Sérgio Novais. Empresa – abuso de poder econômico – proteção ao consumidor. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 84, p. 19-34, out/dez. 1991.
- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro. Renovar, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 25-67, jul/set. 1996.

- FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V.I. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: RT, 2014.
- LOBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. *In*: **Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1992.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora RT, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989.
- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, nº 3, Set/Dez – 1992, p. 44-77.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2001.



NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento** São Paulo: Malheiros, 2002.

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado**. Coimbra: Coimbra, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

RIBEIRO, Marcia Carla. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: **Temas de direito civil**. – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

