

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# **REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS PRIVADOS**

Rafael Henriques Caldeira

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo,  
orientada pelo Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves e apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro de 2018



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA





## Agradecimentos

---

Agradeço primeiramente a Deus, pela vida, pela força a cada momento, pela superação das dúvidas e angústias no caminhar.

À minha família o eterno agradecimento aos meus pais. A meu pai pela insistência pela leitura, o conhecimento e o sempre reforço pela dedicação e pela ética. A minha saudosa mãe os ensinamentos de humildade, amor ao próximo, o temor a Deus e o valor das conquistas e das lutas. À minha amada esposa Thaís, pela coragem e disposição de aceitar o desafio de mudar de país, de adaptar-se e privar-se da convivência dos seus, para juntos nos aventurarmos e nos apaixonarmos por essa terra que aos poucos conquistou-nos e que tão saudosa nos é. À Alice, minha filha, a quem agradeço pela compreensão e pelo carinho, mas a quem devo desculpas, pela privação de convivência, mas que mesmo com tão pouca idade, parecia compreender a necessidade do tempo para os estudos.

Aos mestres, que desde a licenciatura me conduziram na caminhada do Direito e em Coimbra, agradeço a cada um dos professores do mestrado com os quais tive contato, pelo encanto do conhecimento e de novas perspectivas, pela dedicação, atenção e paciência que a mim sempre dirigiram.

À Coimbra, pelas amizades que trouxeram, e não as vou nominar a fim de evitar o pecado da omissão. Convivência que tanto nos aproximou, talvez para compensação das distâncias, e que tanto carinho trouxe, tanta receptividade e a formação de uma verdadeira família, de quem agora sentimos saudades. Mas que carregaremos, eu e minha família, sempre conosco e pela vida.

E, por fim, se agradecemos à cidade, há de se agradecer à Universidade. Pela oportunidade de vivência, de conhecimento, de existência, enfim, de viabilizar a superação das iniquidades da vida, em três gerações, um século, a saída dos Caldeiras da pobreza em Carapinheira, Montemor-o-Velho, para o retorno a Coimbra e ao seu Centro.

A eterna gratidão, pela busca de um sonho.

## **Siglas e Abreviaturas**

---

§ - parágrafo

al. – alínea

art. – artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

Cfr. – conforme

cit. – citado

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ex. – exemplo

ob. cit. – obra citada

p./pp. – página / páginas

s. / ss. – seguinte / seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil

vol. – volume

## Resumo

---

A presente dissertação tem como objeto de estudo a regulação administrativa dos contratos privados, assim como fenômenos decorrentes desta espécie de atuação regulatória. Para realizar esta tarefa, analisam-se os princípios da ordem econômica, esclarecendo a posição subsidiária da atuação estatal, passando pelas mutações do Estado, que se desloca da providência à regulação, comprimido pela crise fiscal. Estabelece-se o campo da atividade econômica (em sentido estrito) e dos serviços públicos, o que se prestará a subsidiar a legitimidade da atuação reguladora estatal. Reforça-se a regulação como instrumento de tutela da ordem econômica e de outros valores para além do funcionamento do mercado, destacando-se que este não deve ser secundarizado. Com este quadro, expõe-se a necessidade de respeito ao jurídico-formal e da adequada interpretação do interesse público na regulação, com a finalidade de se entender o risco existente de a regulação estatal – sob a justificção de atender ao interesse público – desprezar a necessária valoração e cumprimento das imposições legais que dão sustentação ao ordenamento jurídico e legitimam a conformação da ordem econômica.

Prosseguindo, analisa-se o quadro evolutivo dos contratos, desde a sua concepção moderna, enquanto fonte de obrigações entre dois iguais, às alterações de sua noção em virtude da nova realidade social. De um estado meramente preservador das liberdades privadas, para um atuante na perseguição de bem-estar social. Diante das alterações legislativas, em especial o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal – que alteram o ordenamento jurídico, a interpretação e os princípios que trazem aos contratos –, busca-se demonstrar a sua transmutação em ferramenta da ordem econômica, para além dos entes que por ele firmam obrigações. Por fim, defende-se a incidência dos direitos fundamentais nos contratos privados e, assim, reforça-se a regulação como tutela dos mesmos diante do insucesso da autorregulação.

Com a carga argumentativa prévia formada, enveredou-se na análise da regulação administrativa e de sua incidência sobre os contratos privados, nomeadamente a legitimidade quanto às atividades econômicas de titularidade estatal e privada e com a apresentação de fenômenos incidentes sobre a regulação, seus fundamentos, consequências e possibilidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** regulação administrativa; contratos; ordem econômica; interesse público; tutela.

## Abstract

---

The purpose of this dissertation is to study the administrative regulation of private contracts, as well as phenomena resulting from this kind of regulatory activity. In order to carry out this task, the principles of the economic order are analyzed, clarifying the subsidiary position of state action, passing through the changes of the State, that moves from welfare to regulation, compressed by the fiscal crisis. We establish the field of economic activity (in the strict sense) and public services, which will be provided to subsidize the legitimacy of state regulatory action. Regulation is strengthened as an instrument to protect the economic order and other values in addition to the functioning of the market, emphasizing that this should not be secondary. With this framework, it is exposed the need to respect the legal-formal and the proper interpretation of the public interest in regulation, in order to understand the existing risk of ignoring – under the justification of serving the public interest – the necessary valuation and compliance of the impositions that give support to the legal order and legitimize the conformation of the economic order.

We analyze the evolutionary framework of contracts, from its modern conception, as a source of obligations between two equals, to the alterations of its notion by virtue of the new social reality. From a merely preserving state of private freedoms, to an agent in the pursuit of social welfare. In the face of legislative changes, especially the Civil Code of 2002 and the Federal Constitution – that changed the legal system, the interpretation and the principles that are brought to the contracts –, we try to demonstrate its transmutation into a tool of the economic order, besides the entities that through him sign obligations. Finally, we advocate fundamental rights in private contracts and, thus, regulation is reinforced before the failure of self-regulation.

With these arguments formed, we analyze administrative regulation and its incidence on private contracts, including the legitimacy of state-owned and private economic activities and the presentation of phenomena incident to regulation, its foundations, consequences and possibilities.

**KEYWORDS:** administrative regulation; contracts; economic order; public interest; tutelage.

## Índice

---

<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>3</b>
<b>SIGLAS E ABREVIATURAS .....</b>	<b>4</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>6</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.    A ordem econômica brasileira.....	13
1.1.    Os princípios constitucionais da ordem econômica .....	16
1.2.    A transição do Estado social para o Estado regulador .....	24
1.2.1.    A atividade econômica e o serviço público .....	29
1.3.    A ordem econômica constitucional: a regulação como meio de tutela .....	34
1.3.1.    A tutela do mercado .....	38
1.3.2.    A tutela do consumidor e do usuário de serviço público.....	40
1.3.3.    A tutela como função administrativa .....	43
1.4.    A justificativa jurídico-formal da regulação e o interesse público .....	44
2.    O contrato privado, meio e instrumento de regulação.....	47
2.1.    Noção de contrato, do liberalismo ao Estado Social .....	47
2.2.    O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), a Constituição da República de 1988 e os “novos” princípios contratuais.....	53
2.3.    Os direitos fundamentais nos contratos privados.....	60
3.    A regulação administrativa do contrato privado .....	63
3.1.    A regulação administrativa de contratos privados nas atividades econômicas de titularidade pública .. .....	70
3.2.    A regulação administrativa de contratos privados nas atividades econômicas de iniciativa privada .....	75
3.3.    A regulação administrativa incidente sobre o regulamento do contrato privado .....	79
3.4.    A regulação administrativa da contraprestação pecuniária do contrato privado .....	82
3.5.    A regulação administrativa incidente sobre o dever de contratar entre particulares.....	88
3.6.    Invalidade e mutação da atuação administrativa e a segurança jurídica na regulação administrativa dos contratos privados.....	92
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>100</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>105</b>

*O presente trabalho está redigido sob a observância das regras gramaticais e ortográficas do português brasileiro. Não obstante, as citações de fragmentos dos textos que integram a bibliografia da pesquisa encontram-se transcritas na grafia de origem da referência consultada.*

## Introdução

---

O Direito administrativo, assim como as exigências que se põe ao Estado, passam, se não por uma crise, por uma “adaptação” ou transformação. Sofrem influências da normatividade da Constituição, das transformações do Estado social, das exigências por vezes antagônicas de cumprimento de deveres de preservação da moralidade administrativa e eficiência, impondo flexibilidade à atuação estatal.

A Constituição deixa-se de entender como instrumento político, passando ao mundo jurídico, gerando direitos aos cidadãos e demandas sociais<sup>1</sup>. O Estado, por sua vez, passa a sofrer a degradação dos objetivos iniciais do Estado social decorrente das crises fiscais que enfrenta e da profusão de direitos que se demandam, exigindo-se ainda a viabilização da atividade econômica livre.

Por sua vez, a sociedade contemporânea já não mais equivale àquela em que se formara a base teórica do Direito administrativo. A especialização do conhecimento opõe-se a um passado baseado em saberes amplos que apresentavam soluções gerais e aparentemente satisfatórias às grandes questões sociais. O descolamento entre o conhecimento geral, inclusive do legislador, das necessidades específicas da sociedade, impõe uma necessária densificação normativa. As leis, com certo grau de indeterminação, passam a determinar fins e competências, exigindo a regulação, administrativa, que se estabelece como técnica de viabilização, tanto de sua operacionalidade, quanto do setor que se pretende regular<sup>2</sup>.

Ganha força e evolui a percepção do mercado como meio de alcance do bem-estar social, ambiente em que a sua presumida eficácia induziria ganhos coletivos. Assim, clama-se pela retração do Estado como promotor direto do bem-estar social. A liberdade econômica, identificada com a liberdade de atuação, como signo de liberdade das pessoas,

---

<sup>1</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello a denomina de “lei das leis”, e reforça sua força impositiva ainda que se trate dos chamados direitos sociais, mesmo ao se referir à Constituição brasileira de 1967, promulgada sob regime ditatorial (*in*: “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”. *Revista de direito público*, nº 57-58. p. 243 e ss). A normatividade constitucional é hoje amplamente reconhecida, conforme se verá ao longo do estudo.

<sup>2</sup> Almiro do Couto e Silva entende que a complexidade contemporânea inviabiliza que a lei desça aos pormenores da atuação da Administração, afastando-se de sua concepção como mera aplicadora de leis. Em simultâneo compreende a superação da compreensão do Direito como mero limite ao administrador (*in*: “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177).

ganha espaço no espectro social e, inevitavelmente, no jurídico. O contrato, por vezes posto como instrumento jurídico-econômico em crise, reforça-se, já que instrumentaliza as trocas econômicas e gera segurança jurídica aos entes privados que participam do mercado.

Surge um primeiro enfrentamento: da viabilidade da Administração, sem a estrita imposição legal, agir diante do privado, estreitando as margens de sua liberdade. Na doutrina brasileira o momento histórico da formação de seu grupo de publicistas modernos dá-se em meio a períodos ditatoriais com breves períodos democráticos, o que acaba por influenciar sua formação. Ainda que não unânime, a linha de pensamento de maior vigor era a da Administração como mera aplicadora da lei. O Princípio da legalidade era meio de combate ao arbítrio<sup>3</sup>.

A regulação administrativa, então, se impôs como método. Em paralelo e com a valoração das relações econômicas privadas do contrato como instrumento valorado, caminhou-se para a sua regulação como instrumento.

Tendo-se mirado em determinada direção, passa-se ao enfrentamento acerca da preservação do contrato como espaço de atuação privada que historicamente pouco permitira a “limitação” estatal. Fenômeno essencial do capitalismo, que viabiliza as trocas econômicas e segurança jurídica às partes, somente poderia ser restringido se e para auxílio de sua própria atuação como instrumento de facilitação das trocas. A legislação impunha limites externos e com grande preservação do círculo interno de liberdade. A regulação que aqui se estuda modifica este quadro, passa a ser uma atuação que deforma o contrato de acordo com as matizes externamente produzidas e não meramente impedindo que a atuação privada ocorra de maneira agressiva às imposições legais e prejudiciais às liberdades alheias.

Sendo o administrador um “solucionador de problemas”, que mira o futuro<sup>4</sup>, utiliza-se o instrumento e, por vezes, cabe ao Direito a adequação do arcabouço teórico e legal a fim de viabilizar as necessidades postas. Surge, daí, a necessária análise do fenômeno.

---

<sup>3</sup> Carlos Ari Sundfeld identifica a formação dos juristas brasileiros em momentos autoritários como parte da justificativa à resistência a qualquer possibilidade de maior liberdade de atuação da Administração (resistência hoje já bastante abrandada) (in: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014). Acerca do que denominamos de “legalidade aberta” os estudos são inúmeros, essencialmente quase toda a literatura acerca de regulação analisa a questão, mas neste ponto referenciamos somente o seguinte: COSTA, António Augusto. “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, *Publicações CEDIPRE Online – 12*, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto de 2012.

<sup>4</sup> Idem. p. 38.

Há afetações na construção jurídica civilista quanto aos direitos fundamentais afetados, sejam aqueles a que cabe à Administração perseguir, seja a liberdade que sofre “restrições” sob a finalidade do alcance daqueles.

Seja por convicção, seja por aceitação, a possibilidade da regulação nos termos atualmente verificados impôs-se, com a regulação administrativa gozando de certo espectro de liberdade e não mera executora das leis. E assim entendemos que a questão está superada, ou ao menos posta e interessa já analisar as suas consequências, os instrumentos de que se utiliza e verificar do novo modo de atuação os limites que se colocam e as afetações que gera.

Procura-se demonstrar a necessidade de que os fundamentos da regulação submetam-se ao crivo de encontrar o adequado fundamento na Legalidade e na opção legislativa acerca da profundidade e viabilidade de regulação de determinado aspecto contratual. Objetiva-se evitar o recurso a uma justificativa geral de regulação, de motivações jurídicas e metajurídicas, geralmente baseada em busca de finalidades sociais.

O Direito, como instrumentalizado, presta-se à manutenção da ordem jurídica e econômica capitalista. A determinação da ordem econômica e dos valores impositivos estão determinados constitucionalmente, não sendo aleatórios, ou, se o sendo, cabendo à Doutrina os sistematizar de acordo com a adequada interpretação da Constituição, de suas imposições e dos anseios sociais e políticos ali positivados. A ordem econômica constitucional passa a ser determinante, há de se compreendê-la, para que se compreendam os instrumentos cabíveis e os limites impostos à regulação.

Diante da organização político-econômica da transmutação do Estado social para o Estado regulador, mas com a impossibilidade de abdicação da valoração dada aos direitos sociais, imputa-se à Administração em seu novo papel regulador a posição de tutelar os direitos constitucionalmente postos, ou seja, de a cada ato sopesar os direitos constitucionais postos, promovendo-os em busca de sua afetação mínima<sup>5</sup>.

O quadro jurídico, social e econômico e a nova condução do Estado e do Direito, levam à afetação da doutrina clássica dos contratos. As modificações e diluição das barreiras teóricas entre o direito privado e público acabam por ser reflexo e causa deste novo contrato entremeadado pelas liberdades clássicas e regulação pública, entre auto e heterorregulação.

---

<sup>5</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *in*: “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

No quadro que a regulação se coloca, dentro da ordem econômica, resta a necessidade de se estabelecerem os fundamentos que a justificam como método razoável, ainda que não determinantes. Em decorrência da existência de uma ordem jurídico-econômica constitucional, em que se impõem finalidades a serem buscadas – ainda dependentes das escolhas da Administração acerca dos meios de os atingirem, o que impede a construção de parâmetros prévios –, resta a análise fenomênica em busca da construção teoria de seus limites e possibilidades.

Sendo o foco do presente trabalho a regulação administrativa de contratos privados, decorrente da positivação da ordem econômica, tendo de se o analisar em um determinado ordenamento jurídico específico – ainda que se considerem as proximidades entre os ordenamentos jurídicos ocidentais modernos, em especial a constitucionalização dos direitos econômicos e sociais, como em Brasil e Portugal<sup>6</sup> e as semelhanças das soluções jurídicas dadas à regulação contemporânea –, estabeleceu-se a análise na ordem jurídica econômica brasileira, indicando-se a identidade e proximidade doutrinária quando existentes<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Referindo-se à constitucionalização dos direitos sociais, mas reconhecendo a positivação como determinante à análise: J.J. Gomes Canotilho, *in*: “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.145.

<sup>7</sup> A análise e observância do ordenamento jurídico brasileiro no trabalho ganha importância em decorrência de estar o seu autor em missão oficial da União para a realização do mestrado em Direito. Em cumprimento desta missão, adequado que o foco de estudo se direcione ao ordenamento jurídico em que será aplicado o conhecimento adquirido. Poder-se-ia questionar, então, a motivação do deslocamento à Universidade de Coimbra, o que se explica no seguinte trecho da justificativa apresentada à Agência reguladora a que nos vinculamos, para a realização do mestrado em Portugal: “a possibilidade de ter acesso a doutrinas e linhas de pesquisa de vanguarda no cenário do Direito Administrativo e Constitucional, áreas de excelência na Academia jurídica portuguesa, foram pontos determinantes a direcionar minha escolha por tal entidade”.

## 1. A ordem econômica brasileira

Inicialmente há de se avaliar a existência de um sistema<sup>8</sup> constitucional de Direito Econômico brasileiro. A Constituição Federal<sup>9</sup> traz em seu bojo o Título VI, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” e, neste, o Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

Veja-se que a Constituição Federal traz a determinação de imposições relativas à ordem econômica. E é esta análise que se impõe, da existência de uma ordem econômica constitucional, que se desdobra em normas infraconstitucionais, e não a existência de uma imposição esparsa de normas constitucionais às áreas da economia e da atuação estatal na ordem econômica.

Procuramos analisar o conceito de constituição econômica.

Autores como Eros Grau<sup>10</sup>, André Ramos Tavares<sup>11</sup> ou Vital Moreira<sup>12</sup>, identificam o ganho de importância à preocupação conceitual do termo à Alemanha e ao pós I Guerra Mundial e à consequente Constituição de Weimar. Eros Grau, na mesma linha de Vital Moreira, afirma a existência de uma constituição econômica formal e material. No entendimento de Grau podemos pensar, inclusive, na existência de uma “constituição econômica implícita”<sup>13</sup>, diante de ordens jurídicas que não tragam preceitos ordenadores da economia. Prossegue na ideia de que sequer haveria de se valorizar a discussão acerca do

---

<sup>8</sup> Adotamos a premissa de existência de um sistema constitucional, no sentido de que a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios. Um sistema jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas; aberto pela sua capacidade de “aprendizagem” das normas quanto à mudança da realidade; normativo por se dar por meio de normas; e de regras e princípios, pois as normas podem revelar-se por esses dois meios. (cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. 18ª reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1159. Há de se observar que a referência dá-se à Constituição portuguesa, o que em nada prejudica a análise, tendo em vista a grande influência do autor na elaboração e interpretação da Constituição Federal do Brasil). A Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro ganha, no entendimento de Luís Cabral de Moncada, grande importância para o Direito Econômico, tendo em vista a inexistência de fontes supranacionais, em que pesem as fontes internacionais, de direito econômico (*in: Manual elementar de direito público da economia e da regulação: uma perspectiva luso-brasileira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.106-107). Mas, e ainda quanto ao entendimento da existência de um sistema, há de se destacar que as fontes do Direito Econômico não se limitam à Constituição Federal (em referência formal e material).

<sup>9</sup> Oficialmente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos expressos de seu preâmbulo, mas comumente referida com diversas denominações. Optar-se-á no presente trabalho pela utilização da expressão Constituição Federal, termo largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro – STF (cfr. Supremo Tribunal Federal, “A Constituição e o Supremo”, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 27 jan.2018).

<sup>10</sup> Assim manifesta-se em *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16ª. ed. São Paulo. Malheiros, 2014.

<sup>11</sup> Neste sentido: *Direito constitucional econômico*. São Paulo, Método, 2011.

<sup>12</sup> *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

<sup>13</sup> Ob.cit. p.79.

conceito de “constituição econômica”, tendo em vista a sua proximidade e quase coincidência com o conceito de “ordem jurídica econômica”.

Concordantes com o entendimento esposado por Eros Grau, ao menos quanto aos objetivos do presente trabalho, ainda assim entendemos ser necessária a exposição de um conceito de constituição econômica, e para tanto trazemos o posto por Vital Moreira<sup>14</sup>:

*“A constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica (...)”.*

No conceito posto observa-se a instituição de uma ordem econômica. A expressão pode designar a ordem econômica no mundo fático ou o ordenamento jurídico estatal da economia. Segundo o entendimento de Eros Grau<sup>15</sup>, a Constituição Federal, em seu art. 170 – que traz a seguinte disposição: “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: (...)” –, estaria a referir-se à ordem econômica fática, em que pese observar que há ambiguidade do legislador constitucional neste ponto.

A ordem econômica, tomada como ordem jurídica da economia, pode ser definida, nos dizeres de Grau<sup>16</sup>, como o “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”. Assim, e o que se pretende demonstrar de início, é que a Constituição Federal, admitida como constituição econômica formal, acaba por determinar a ordem jurídica econômica, ou uma ordem jurídica da economia<sup>17</sup>. Por conseguinte, acaba por influir na ordem econômica fática.

A Constituição brasileira, em que pese não definir expressamente, acaba por consagrar o capitalismo como seu sistema econômico. Seguindo a ideia de Avelãs Nunes, o que individualiza um sistema econômico é o modo de produção e a forma de repartição

---

<sup>14</sup> Ob.cit. p.41. Cientes da quase inevitável existência de discordâncias quanto a conceituações, entendemos que não é foco deste trabalho a discussão, assim, toma-se a definição posta por Vital Moreira tanto pela sua precisão, quanto pelo reconhecimento acadêmico de seu autor. Ademais, o conceito posto, ainda que entenda o próprio que a definição de constituição econômica depende do sistema social a que se está a analisar, presta-se adequadamente a fim da definição de constituição econômica no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>15</sup> Ob.cit. pp.66-67.

<sup>16</sup> Ob.cit. p.70.

<sup>17</sup> Vital Moreira, ob.cit.p.53. E a referência posta no presente trabalho quanto à ordem econômica, assim como o referido autor, será dirigida à ordem econômica voltada ao âmbito jurídico, nos demais sentidos, em especial quanto à ordem econômica fática será devidamente destacada..

de seu produto<sup>18</sup>. E, signo de adoção do sistema capitalista, temos na Constituição Federal a consagração da propriedade privada, especialmente a propriedade dos meios de produção, (não suficiente a que caracterize o capitalismo), somados à previsão de livre iniciativa e concorrência, nos termos constitucionais, e tutelada pelo Estado (como consequência natural e necessária da livre iniciativa)<sup>19</sup>.

A propriedade privada é um princípio da ordem econômica, prevista no art.170, inciso II, mas também se consagra como cláusula pétrea, art.5º, “caput”, além da permissão para sua desapropriação somente dentre as específicas e expressas previsões da Constituição. Quanto à repartição do produto, o mandamento constitucional não faz qualquer concessão de que este venha a não pertencer àquele que o produziu. Em sentido de reforço, pode-se citar a propriedade dos recursos minerais, estes de propriedade da União, reservando-se aos seus concessionários o resultado da lavra de tais recursos, o que bem demonstra a propriedade privada do produto da atividade econômica (art.176).

Após estas primeiras proposições, não se está diante de determinações e princípios esparsos relativos à atividade econômica, mas sim um conjunto de regras e princípios relativos à Economia, ou ao mercado, que devem ser interpretados pelo aplicador do Direito em todo o conjunto<sup>20-21</sup>. Decorre, então, que há de se falar em ordem econômica e de se compreender o sistema constitucional, que visa conformar a atuação dos agentes econômicos de acordo com as estipulações constitucionais<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> *In: Os sistemas econômicos: o capitalismo - gênese e evolução*: segundo as lições aos alunos de economia política do 1º ano da licenciatura em direito da Faculdade de Direito de Coimbra, ano lectivo 2006/2007. Versão rev. e actual. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C. - Serviço de Textos, 2006, p.31.

<sup>19</sup> Vital Moreira (*in: A ordem jurídica do capitalismo*. 4ª.ed. Lisboa: Caminho, 1987, p.111) por sua vez, afirma que o capitalismo como sistema econômico exige duas condições: a livre disposição dos meios de produção dos seus possuidores e a existência de não possuidores que vendem a sua força de trabalho.

<sup>20</sup> Pode-se, obviamente, admitir a existência de ordenamentos jurídicos setoriais, conforme a concepção de Massimo Severo Giannini (*Diritto Amministrativo*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1993). Mas, em que pese a sua existência, não há contraposição a um sistema constitucional único, base da ordem jurídica econômica. Neste mesmo sentido Alexandre Santos Aragão, *in: “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 90, n. 786, p. 11-56, abr. 2001.

<sup>21</sup> Neste sentido Eros Grau manifesta-se em diversos de seus trabalhos e julgados como Ministro do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da seguinte expressão: “não se interpreta a Constituição em tiras” Podemos citar, exemplificativamente: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, p. 127. E, para além das questões da ordem econômica, acresce-se que a Constituição toda é um sistema e deve ser interpretada em seu conjunto.

<sup>22</sup> Destacamos o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld que se manifesta expressamente, ao referir-se a “atividades econômicas em sentido amplo” de titularidade do Poder Público, que “Não há um projeto constitucional único em relação a todos eles, do qual resultem objetivos comuns a atingir, mecanismo de exploração uniformizados ou regime jurídico universal” (*in: “A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”*, *in: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira [et al.] [colab.]. Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000).

Cabe ainda analisar a existência do Direito Econômico. Se não por outra razão, deve-se atentar que a Constituição, em seu art.24, I, dispõe que é competência dos entes federativos legislar concorrentemente acerca de, dentre outros, direito econômico. Ora, se competência há, necessário que se o conceitue.

Um primeiro posicionamento compreende tratar-se de um ramo do direito “transversal”, ou seja, agregador de vários ramos do Direito, “apropriando-se” e integrando-se a tais ramos<sup>23</sup>. E, ainda, há o entendimento de ser mero método interpretativo, não constituindo ramo do Direito, o que não se pode aceitar no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista a competência federativa – apesar de ser admissível a hipótese acadêmica.

Não se busca aqui uma definição, mas, mais importante, a compreensão do objeto do Direito Econômico, o ponto que lhe dá autonomia, que o determina como ramo do Direito, que é a instrumentação jurídica da política econômica do Estado<sup>24</sup>. Não se deve confundir e interpretar apenas como uma referência às normas de direito público, ou dirigidas aos entes estatais. O que se observa adequado é o tratamento macro-jurídico dos fatos econômicos, sendo este o alvo da regulação jurídica.

### **1.1. Os princípios constitucionais da ordem econômica**

Verificada a existência de uma ordem econômica, para além de estipulações esparsas, cabem duas questões essenciais quanto ao ordenamento jurídico brasileiro da economia. Os essenciais princípios constitucionais da ordem econômica e a participação<sup>25</sup> do Estado na ordem econômica.

---

<sup>23</sup> Neste sentido: Fabio Nusdeo, in: *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>24</sup> Como referência geral para a questão pode-se citar Eros Grau, in: *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. O autor cita vasta literatura brasileira e definições e polêmicas existentes à época, quando ainda se tratava dos desenvolvimentos iniciais do Direito Econômico como ramo no Brasil. A essência e ponto marcante de autonomia se mantém e é indicada pelo mesmo autor, ainda fazendo referência à vasta e diversa literatura, em: *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *ob.cit.*, pp.150-153.

<sup>25</sup> Quanto à nomenclatura relativa à atuação estatal na economia, seja por meio de instrumento legais, exercendo a regulação, seja por meio de atuação direta, em monopólio, concorrência ou concessões, optamos pela indiferença entre os termos atuação e intervenção estatal. Do termo intervenção extrai-se uma visão liberal da economia, em que o espaço estatal não estaria na atuação econômica, sendo um corpo estranho e, assim, ao agir, acabaria por intervir em atos materiais que, a princípio, não lhe seriam cabíveis ou naturais.

Quanto aos princípios constitucionais<sup>26</sup>, indica Eros Grau<sup>27</sup> os seguintes: a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF), consistindo em fundamento da República e finalidade da ordem econômica material (ou seja, da ordem econômica fática e não do ordenamento jurídico econômico); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, IV), que se desdobra em valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art.170); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que se elencam os objetivos fundamentais da República; a garantia de desenvolvimento nacional (art.3º, II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art.3º, III), que se desdobra na ordem econômica em redução das desigualdades regionais e sociais; a liberdade de associação profissional ou sindical (art.8º); a garantia do direito de greve (art.9º); a finalidade de que a ordem econômica se sujeite aos ditames da justiça social (art.170, “caput”); a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art.170 e seus incisos); e a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art.219).

Previamente, o que se deve ter em consciência, com relação à regulação, ou à participação estatal na economia, é de que não cabe a argumentação rasa de se estar diante uma dita “supremacia do interesse público”, sem que se busque, a cada atuação estatal na ordem econômica (fática), o fundamento constitucional que o dê sustentação – sob risco de subverter o ideal constitucional que pretendeu valorar uma ordem econômica capitalista e baseada no livre-mercado. Ordem econômica (fática) esta tutelada pelos ditames

---

<sup>26</sup> Far-se-á a análise somente dos princípios implícitos e explícitos da Constituição relativamente à ordem econômica sem a pretensão de esgotamento da questão, em virtude de sua extensão, mas tão-somente do suficiente à compreensão da ordem jurídica econômica relativa à atuação do Estado na economia e, sobretudo, sua influência na regulação administrativa dos contratos privados. Analisaremos principalmente os indicados de maneira expressa no Título “Da Ordem Econômica” (VII) da Constituição Federal e, reforça-se, desde que fundamentais à compreensão do tema do trabalho. Demais questões, acaso seja necessário, serão analisadas pontualmente.

<sup>27</sup> In: *A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., pp.194-196*. A Constituição Federal traz a seguinte redação: Constituição Federal: “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; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

constitucionais, inclusive e especialmente quanto à liberdade, desde que sejam observados os princípios constitucionais todos e, especificamente, os de ordem econômica.

Cabe, então, explorar os princípios postos no Título VII.

O primeiro a ser analisado está exposto no “caput” do artigo 170, sendo a livre iniciativa. Quanto à ordem econômica, tem-se como seu fundamento: a Constituição não faz referência somente à livre iniciativa de empresa, ou livre iniciativa econômica, mas também a do trabalho, à cooperativista, ou seja, qualquer espécie de livre iniciativa, neste ponto, econômica<sup>28</sup>. A própria Constituição traz limitações ao poder estatal, privilegiando a livre iniciativa, ao prever, em seu artigo 170, parágrafo único, que é livre a atividade econômica, exceto nos casos previstos em Lei.

Não se deve pensar na livre iniciativa no sentido oitocentista<sup>29</sup>, mas balizada nos ditames da justiça social, nos termos do próprio artigo 170, e dos princípios todos da Constituição denominada de cidadã quando de sua Proclamação. A limitação da livre iniciativa pode ser identificada desde sempre por meio do Poder de Polícia estatal, não obstante o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal: de que a livre iniciativa está balizada pela não afetação do direito alheio, inclusive na tutela à livre iniciativa de outrem, mas também, e principalmente, no atingimento de objetivos postos pela Constituição Federal, caracterizada como dirigente<sup>30</sup>. Em ponto de partida diverso, mas que induz, também, à limitação da livre iniciativa – em que “o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como definiu a ordem jurídica”<sup>31</sup> –, Eros Grau, expõe que a liberdade de iniciativa acaba por ter sua existência conformada desde a sua “concessão” pelo ordenamento jurídico, sendo já “concebida” com as finalidades e objetivos definidos. Nos expressos dizeres de José Afonso da Silva<sup>32</sup>, deve ser interpretada “num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios)”.

---

<sup>28</sup> Neste sentido, especialmente, Eros Grau, *in: A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., p.204*. O autor destaca, também, que a Constituição Federal, em seu art.1º, IV, ao enunciar os fundamentos da República, traz o valor social da livre iniciativa, o que indica que a valorização da livre iniciativa no seu sentido coletivo, de geração de benefícios à sociedade e não em caráter individual.

<sup>29</sup> Há de se notar que nem mesmo durante o referido período histórico se poderia falar em liberdade “absoluta”, refletida na liberdade econômica, ou seja, de antagonismo entre conformações jurídicas e liberdade. Identificavam-se já tensões que induziam a um entendimento de que este direito fundamental haveria de ser equacionado. Neste sentido: Benjamin Constant, *A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos*. Disponível em <[www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2017.

<sup>30</sup> Neste sentido: jurisprudência relacionada aos artigos 170 e 174, CF, em: Supremo Tribunal Federal, “A Constituição e o Supremo, ob.cit.

<sup>31</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., p.206*.

<sup>32</sup> *In: Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª.ed. São Paulo, Malheiros. 2013, p.800.

No contexto brasileiro, a elevação à Constituição da livre iniciativa consiste em uma declaração de resistência a um capitalismo de Estado, provavelmente em decorrência dos abusos advindos no período prévio à Constituição<sup>33</sup>. Em seu caráter subjetivo, há de se entender que é voltada à empresa, ou ao ente que atua na ordem econômica fática, e não ao empresário em si. Caracterizante desta posição é a sua não nomeação no elenco dos direitos fundamentais na Constituição, ou seja, pode ser assumida como um direito do empresário nessa condição, mas não como “pessoa natural”.

Como essencial manifestação da livre iniciativa tem-se a livre concorrência, expressa como princípio no art. 170, IV. Esta tida como “manifestação da liberdade de iniciativa” por José Afonso da Silva<sup>34</sup> e Eros Grau<sup>35</sup>, bem como signo caracterizante da adoção constitucional pelo sistema capitalista. Dentro deste mesmo princípio vê-se na Constituição uma norma protetora, que é a instituição do dever legal de repressão ao abuso de poder econômico e eliminação de concorrência (art.173, parágrafo 4º).

Ambos os autores entendem que a previsão de tutela da livre concorrência<sup>36</sup> e a repressão ao abuso de poder econômico ensejam o reconhecimento da existência do poder econômico, ou seja, da tendência concentradora e anticoncorrencial dos atores econômicos. A consequência da concentração econômica é o sufocamento da livre iniciativa e a deturpação do sistema capitalista, ainda que se reconheça a inevitabilidade da ocorrência de concentração do capital. O que a Constituição veda, então, não é o poder econômico, ou a concentração, ao que parece ser admitida como fato inarredável, mas sim o seu abuso, com as sabidas consequências nefastas, em especial aos consumidores<sup>37</sup>.

Prosseguindo na análise dos Princípios da ordem econômica, apresentam-se: a propriedade privada e a função social da propriedade privada, previstos respectivamente no art. 170, incisos II e III.

---

<sup>33</sup> Neste sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Congelamento de preços — Tabelamentos oficiais”. *Revista de Direito Público*, n.º 91, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989, pp. 76-86.

<sup>34</sup> Ob.cit. pp. 801-802.

<sup>35</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., pp.210-212.*

<sup>36</sup> Além dos autores citados: Luís Cabral de Moncada (*in: Ob.cit. p.249*) concede tamanha a importância à livre concorrência que entende ser a regulação jurídica instrumento de sua tutela. Marta de Sousa Nunes Vicente (*in: A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra. Coimbra Editora, 2012, p.24) manifesta-se no mesmo sentido de ser a proteção da concorrência valor fundante da regulação e essencial à correção das falhas de mercado.

<sup>37</sup> O reconhecimento de poder econômico enseja em reconhecimento da existência de relações de poder entre privados, essencial à legitimação da regulação estatal das relações privadas (cfr.Cap.2).

A Constituição Federal inseriu a propriedade privada e sua função social no Título da ordem econômica<sup>38</sup>. Ora, não se tem mais uma acepção liberal da propriedade, absoluta, oponível a todos e de livre gozo. A função social, além de modificá-la, presta-se ao seu reconhecimento e legitimação.

Para além de sua referência relativa à ordem econômica, a propriedade e o atendimento à sua função social foram postos como direitos fundamentais (art.5º, “caput” e incisos XXII e XXIII)<sup>39</sup>. Tal previsão poderá ser entendida como referente à sua “função individual”<sup>40</sup>: prestar-se-ia ao cumprimento da dignidade da pessoa humana, por estabelecer o mínimo de garantias à subsistência e estabilidade, tanto do proprietário, quanto de seu núcleo familiar. Mesmo neste sentido reconhece-se sofrer limitações, tendo seus abusos limitados pelo Poder de Polícia<sup>41</sup> estatal. A função social, porém, vai para além das limitações da “função individual”, pois não está meramente no ato de se abster de prejuízos a terceiros, tendo por consideração os benefícios coletivos.

A propriedade socialmente funcional, nas previsões da ordem econômica, não trata da propriedade individual, referente a uma relação do “homem com a coisa” – com o perdão da imprecisão acadêmica –, antes trata da propriedade dos meios de produção, da propriedade de bens que se prestam a gerar outros bens e riquezas, da propriedade em seu dinamismo.

Não há um só tipo de propriedade. Aliás, Jose A. da Silva<sup>42</sup> reconhece na doutrina italiana o desenvolvimento da ideia de “propriedades”. Assim se poderia falar em propriedade rural, urbana, industrial, pública ou privada, e tantas outras, em ordenamentos

---

<sup>38</sup> Eros Grau (*in: A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., p.240.*) e José Afonso da Silva (*in: Ob.cit., p.270*) entendem que a opção do constituinte fora correta, impondo a propriedade não só como um direito fundamental, mas também em sua concepção relativa à ordem econômica.

<sup>39</sup> Entende-se que a propriedade privada não haveria de ter sido prevista como direito fundamental. Mas o sendo, e nos termos interpretativos da Constituição brasileira, há de se respeitar a constitucionalidade formal da previsão, e mais, no caso do referido preceito há de se o ter como cláusula pétrea e, portanto, imutável.

<sup>40</sup> Neste sentido, mais fortemente, Eros Grau, *in: A ordem econômica na Constituição de 1988, ob.cit., pp.240-243.*

<sup>41</sup> Diógenes Gasparini conceitua o Poder de Polícia como: “(...) sendo a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”, *in: Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.184. O autor, em que pese não ter sido expresso, entende o Poder de Polícia não relativo a somente imposições de não-fazer, de abstenções. Mas estas atuações davam-se como condição para a realização da atividade estatal de limitação. O conceito se modifica sob influência da previsão constitucional de função social da propriedade. Carlos Ari Sundfeld é apontado por Alexandre Santos de Aragão (*in: “O conceito jurídico de regulação da economia”, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, nº,6, 2001.) e Eros Grau (*in: A ordem econômica, ob.cit.*) como um dos precursores da identificação da maior amplitude da função social da propriedade com relação ao tradicional Poder de Polícia na Doutrina brasileira. Texto essencial do referido autor: “Função social da propriedade”. DALLARI, Adílson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de direito urbanístico I*. São Paulo: RT, 1987, pp.1-22.

<sup>42</sup> Ob.cit., p.274.

setoriais, conforme os bens jurídicos a serem tutelados. Reconhecemos a legitimidade desse entendimento, essencialmente, pode-se verificar a existência de um regime jurídico da propriedade referente aos bens de “função individual” e aos de “função dinâmica”<sup>43</sup>, estando estes últimos inseridos na previsão da ordem econômica.

É contumaz a referência às “limitações da propriedade”? Não se está meramente a limitar, como sendo algo extremamente largo que sofre contenções, mas sim em conformação com o direito de propriedade. A expressão traz ínsita a propriedade ilimitada e absoluta decorrente dos ideais liberais, o que não se coaduna com a evolução do Estado Social (e regulador e de garantia) e com o entendimento de que o direito de propriedade é conformado nos termos da Constituição e do direito positivo. E daí decorre, inclusive, a ideia expressa pela denominação de propriedade funcionalmente conformada, pois se está diante de posituação constitucional e infraconstitucional de um direito já devidamente conformado pela sua função<sup>44</sup>. Ou seja, a propriedade deve, desde já, ser tida com referência à sua função social, isto é, de que a sua atuação pode criar benefícios para além dos egoísticos, a toda a coletividade. E mais: muitas das vezes, não em prejuízo ao proprietário da coisa, em termos jurídicos, mas em contradição com a sua vontade psíquica. O melhor exemplo disso são as imposições relativas ao dever de tornar a propriedade produtiva, para que se evite a desapropriação-sanção<sup>45</sup>, ou a desapropriação para fins de reforma agrária, com indenizações a serem pagas pelo Estado em condições menos favoráveis do que a ordinária indenização por interesse público.

---

<sup>43</sup> Eros Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, ob.cit., p.243.

<sup>44</sup> Interessante observar que a questão da limitação da propriedade, ou da conformação do direito de propriedade, tem grande e valorosa análise doutrinária no Direito do Urbanismo. Entendemos que Fernando Alves Correia, ao tratar do *ius aedificandi* em decorrência dos planos urbanísticos adotou, ao menos quanto à propriedade urbanística, a ideia não de limitação do direito de propriedade, mas sim de conformação pelo Direito dos termos do direito de propriedade, cfr. CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.830. João Pacheco de Amorim se expressa na linha de inexistência de um direito de propriedade absoluto, elogiando a ausência da previsão da função social da propriedade, mas entendendo haver conformação “nos termos da Constituição”, cfr. AMORIM, João Pacheco de. “Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção”. *Boletim de Ciências Econômicas*. LVII / I (2014) 225-304. Nesta mesma linha, de que a função social está intrínseca na conformação do direito de propriedade, na sua fixação tem-se GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 8. ed. Madrid: Civita, 2002. p. 155.

<sup>45</sup> Desapropriação sancionatória, ou “desapropriação-sanção” é expressão adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro. Está é posta a fim de demonstrar o descumprimento de algum dever, ou ônus, legal. Quanto ao descumprimento da função social da propriedade podemos citar a desapropriação urbana (art.182 e 183, CF e Lei nº10.257/01 – Estatuto da Cidade), impondo-se o pagamento de indenização por meio de títulos públicos e não prévia indenização em dinheiro. Quanto à propriedade rural, está mais direcionada à propriedade dinâmica, já que se exige a produtividade da propriedade rural e prevista no art.186, CF e regulamentada na Lei Complementar nº.76/93. Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp.167-169.

Poderia, então, pensar-se na criação de um verdadeiro “direito-dever” do proprietário com relação à propriedade<sup>46</sup>. Se há entendimento de que a lei impõe uma propriedade de função dinâmica, há verdadeiro dever do proprietário de tornar sua propriedade útil socialmente; e quanto aos bens de produção, de tornar sua propriedade como meio de geração de riquezas. A função social, que à primeira vista de olhos pode induzir ao entendimento de que se está diante de radical “socialização” da propriedade, quando bem analisada, induz a que se obrigue à implementação de condutas que se coadunam com o capitalismo, ou seja, a propriedade pode gerar riqueza, contrariamente à preservação estática de um status como modo de controle e poder social<sup>47</sup>.

É necessário reconhecer que a funcionalização da propriedade não é suficiente para caracterizar sua socialização. O direito subjetivo da propriedade se mantém. Por outro lado, não há que negar que o antigo entendimento da propriedade como absoluta, sujeita às imposições meramente do Direito Civil e da sua própria codificação, já não mais se adequa à realidade. Há um feixe de normas, sejam elas civis, agrárias, econômicas, tributárias, influenciadas pela constitucionalização e publicização de todo o Direito, em especial do Direito Civil<sup>48</sup>.

Como já expressado, não sendo a pretensão do presente trabalho a análise de todos os princípios da ordem econômica expressos na Constituição Federal, mas apresentar aqueles suficientes à demonstração do arquétipo essencial posto, resta analisar, por fim, a previsão da ordem econômica de defesa do consumidor, nos termos do art.170, inciso IV<sup>49</sup>.

A defesa do consumidor está presente não só como princípio da ordem econômica, mas também como direito fundamental, previsto no art.5º, inciso XXXII. Gera-se, assim, o dever estatal de sua promoção<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Utilizando a expressão “poder-dever”: COMPARATO, Fabio Konder. “Função social da propriedade dos bens de produção”. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 63, junho/setembro, 1986, pp.71-79.

<sup>47</sup> Quanto à socialmente nefasta improdutividade da propriedade na história do Brasil e de seu desenvolvimento econômico e social, em especial a resistência das elites agrárias ao desenvolvimento econômico e mudanças na aceção da propriedade: RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp.248-256.

<sup>48</sup> Em bela síntese da alteração do direito de propriedade: APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. *Propriedade urbanística e edificabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012, pp.73-92. Quanto a constitucionalização e publicização: capítulo 2 do presente trabalho.

<sup>49</sup> Não se há de interpretar que os outros princípios gozem de menor importância, mas sim que, da pretensão de estudar a regulação administrativa de contratos entre privados, os princípios analisados se prestam a um supedâneo básico à interpretação e análise da tese que se pretende construir. Poder-se-ia ainda expor outros princípios, como o de redução das desigualdades sociais e regionais, diante de alguma imposição administrativa de diferenciações regionais em contratos entre privados. Mas uma obra de tal envergadura está impedida pelo universo de possibilidades e análises a que se teria de apresentar.

<sup>50</sup> Eros Grau apresenta-se crítico a esta defesa, denominando-a de “modismo modernizante do capitalismo”, *in*: ob.cit. p.253. Em que pese o tom crítico dado pelo autor, referente à influência e estímulo ao “consumismo”, não há que se negar a valoração do consumo nas relações sociais. Em sentido aparentemente

O regime tutelador que se impõe é consequência do reconhecimento, e presunção, da hipossuficiência do consumidor. Esta decorre, especialmente, em virtude de desconhecimento técnico, e do déficit de informação acerca do produto ou serviço que se adquire<sup>51</sup>. A hipossuficiência fora reconhecida expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – brasileiro, Lei nº.8.078/90, em seu art.4º, inciso I. Há reconhecimento de sua vulnerabilidade que deve ser sempre presumida. A previsão constitucional não é de regulação das relações de consumo, mas sim da existência de uma parte a ser defendida, qual seja: o consumidor<sup>52</sup>.

Essa assunção constitucional da necessidade de defesa de uma das partes na relação econômica é de grande importância por expor a admissão da quebra da suposição de equilíbrio nas relações econômicas, geralmente trazidas pelos contratos, e supostas nas relações tradicionalmente tratadas pela legislação civil. Essa defesa qualifica os consumidores como uma classe, em que a tutela lhe é concedida nessa condição.

A exposição da defesa do consumidor, ou melhor, a sua posição de hipossuficiência, é posta no mesmo parâmetro jurídico da defesa da livre iniciativa. Assim, e por ser um princípio constitucional impositivo<sup>53</sup>, impede-se que haja proteção tão-somente aos “agentes de mercado”, ou seja, ao produtor do serviço ou produto. Assim, a tutela da livre-concorrência há de ser realizada em concomitância à defesa do consumidor<sup>54</sup>.

A proteção concedida aos consumidores no direito brasileiro não sofre das mesmas críticas que são expostas por Joaquim de Sousa Ribeiro quanto à previsão

---

elogioso à adoção da defesa do consumidor no direito português: CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de direito civil português*. Vol.II: Parte geral: Negócio jurídico. 4ª. ed. Reform.Actual. Coimbra: Almedina, 2014, p.505. O autor afirma ser um dos deveres do Estado Moderno a defesa dos consumidores. Pedro Gonçalves entende como dever do Estado de Garantia “a protecção em geral dos direitos dos cidadãos enquanto consumidores”, in: “Estado de garantia e mercado”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. ISSN 1645-1430. A. 7, Nº esp. (2010), p. 97-130, p.114.

<sup>51</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Direito dos contratos e regulação do mercado”, *Studia Iuridica* ; 73. *Colloquia*; 12. p. 225-241. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.231. Quanto ao dever de informação e à tutela aos consumidores, decidiu o STF, tendo sido questionada lei que impunha o dever de exposição dos preços das mercadorias em supermercados varejistas, não bastando a leitura por meio de código de barras, que era obrigatória a marcação de preço dos produtos, in: cfr. Supremo Tribunal Federal, “A Constituição e o Supremo”, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 27 jan.2018.

<sup>52</sup> LAZZARINI, Alvaro. “Tutela administrativa e relações de consumo”. R. Dir.Adm., Rio de Janeiro, 191:86-99, jan./mar. 1993.

<sup>53</sup> Conforme a classificação de J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2001.

<sup>54</sup> Tércio Sampaio Ferraz, in: “Congelamento de preços...”, ob.cit., p.77. o autor adota uma concepção tendencialmente liberal, a nosso ver, como se pode extrair do seguinte excerto: “a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço”.

existente no direito europeu, de excessiva “abordagem economicista”<sup>55</sup>. A legislação infraconstitucional e mesmo a previsão de defesa do consumidor, não só no âmbito da ordem econômica, como também a previsão de proteção do direito à vida e à saúde como direitos básicos do consumidor (art.6º, I, CDC), ampliam o leque protetivo da previsão constitucional. Se crítica há, esta se dá em sentido contrário: o excesso de previsões protetivas que induzem ao aumento de custos dos produtos, dificultando o próprio consumo, e ensejando o aumento de custos aos produtores, que acabam, por fim, com consequências para os próprios consumidores<sup>56</sup>.

## 1.2. A transição do Estado social para o Estado regulador

Primeiramente, conceituemos o Estado Social e, para tanto, recorremos à definição de João Carlos Loureiro:

*“o Estado Social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (v. g., saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço”<sup>57</sup>.*

Esta é uma definição abrangente e demonstra as finalidades essenciais e os objetivos do Estado Social. Quanto às finalidades do Estado, em virtude das modificações de sua estrutura política, com o aumento de participação abrangente a todas as classes, passa a constitucionalizar os direitos sociais e, em virtude disso, a dar-lhes cumprimento.

---

<sup>55</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. ob.cit. p.233.

<sup>56</sup> Neste sentido, ainda que não tratando do direito brasileiro: EICHENHOFER, Eberhard. “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”. *Rivista di Diritto Civile*. Padova. v.43. n.2. p.193-213. mar./apr. 1997, pp.210-211.

<sup>57</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o Crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra Editora: Coimbra, 2010, pp. 73-74. Pode-se observar que o autor faz referência a tarefa estatal de garantir uma existência humana condigna. Em quase total coincidência o art.170, CF, que impõe que as finalidades da ordem econômica são: “assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social”.

É sabido que, no contexto da reconstrução da Europa e do combate ao avanço do socialismo e comunismo, especialmente como instrumento da “social democracia europeia”, como forma de obter acesso às prestações estatais<sup>58</sup> e de combater os excessos de exploração da massa trabalhadora, passou-se à ideia de que a noção de “igualdade” não era a mesma. De uma igualdade extremamente formal perante a lei, passou-se a um sistema de compensação das desigualdades fáticas. A fim de realizar atividades que não interessavam ao mercado, garantindo a existência digna e os direitos sociais fundamentais, passou o Estado a assegurar e realizar diretamente por si várias dessas atividades<sup>59</sup>.

Fator essencial e que limitou o avanço e a expansão do Estado social, ou do Estado prestador, foi a impossibilidade da efetiva realização das suas prestações. Os fatores são vários, tais como: o despreparo da burocracia estatal para a prestação de infindáveis serviços a que se comprometeram; o constante déficit fiscal<sup>60</sup>; o excesso de tributação necessário à sustentabilidade financeira dos Estados; a globalização que levava à competição entre Estados para atração de capital, fragilizando as garantias ofertadas aos seus cidadãos.

Enfim, é fato que o “Estado Social”, prestador, encontra-se em vias de se transformar, ao menos na construção histórica conhecida. Não se aceita, porém, a mera retroação ao Estado Liberal, com a perda das garantias estatais. Por escolhas políticas e em

---

<sup>58</sup> Neste sentido: PAULINO, Roberio. *Socialismo no século XX - o que deu errado?*. 2ª.ed. Belo Horizonte: Letras do Brasil, 2010.

<sup>59</sup> Este processo de assunção de atividades prestacionais pelo Estado pode ser tido também como consequência da emergência de uma visão nacionalista em relação a diversas atividades econômicas e uma reação ao constante processo de absorção pelo Estado de eventuais prejuízos das empresas privadas concessionárias, processo verificado no Brasil com relação a diversos serviços públicos, ou infraestruturas em geral, como as ferrovias e companhias elétricas, neste sentido: Alexandre Santos Aragão, *in: Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp.41-42. Quanto a uma potencial nova ocorrência deste processo Pedro Gonçalves cita a expressão “socialism American Style”, uma ironia, em nossa percepção, ao processo de socialização dos prejuízos, *in: Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.32. O processo de existência de um Estado social e prestacional deu-se de maneira semelhante no Brasil, com óbvias particularidades.

<sup>60</sup> A sustentabilidade financeira passou a ser tema central nas questões acerca dos direitos sociais fundamentais. Parte da doutrina entende que se está diante de, se não um direito fundamental, um princípio constitucional. Nesta linha temos Gomes Canotilho (neste sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. “Sustentabilidade - um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol.88, 2012. pp.1-11); e LOUREIRO, João Carlos. “Direito à (proteção da) saúde”, *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2008, pp. 35-74. Em artigo deveras crítico quanto a chamada crise fiscal e de como os direitos sociais, portanto prestacionais, acabam por ter sobre si a imputação da “inviabilidade financeira” do Estado, Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto denominam a este processo de “constituição dirigente invertida”, em que a “constituição financeira” estaria “protegida” dos cumprimentos das imposições constitucionais da constituição econômica (*in: “A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica”*. *Bol. de Ciências Econômicas*. (2006), pp. 57-77).

prestígio à proibição do retrocesso social ou da evolução reacionária<sup>61</sup>, o quadro que se estabelece é o que se convencionou denominar “Estado regulador”<sup>62</sup>.

Essencialmente o Estado regulador passa a ser um Estado em que várias das atividades que o poder público havia atraído para si são abertas ao mercado, impondo deveres aos entes privados para que se conduzam em determinadas atividades mercadológicas, suprindo assim deveres antes restritos ao Estado e realizados por meio de prestação direta.

Porém, o Estado regulador não substitui em absoluto o Estado social anterior. Assim assinala Pedro Gonçalves<sup>63</sup>, em especial por ter o Estado reservado e conservado para si a realização de uma série de atividades, sendo até possível observar uma expansão em alguns casos.

Neste processo de abdicação de realização de atividades, há dois fenômenos em paralelo: a mera transferência da atividade ao setor privado, da sua própria titularidade, deixando de ser tomado como um serviço público; assim como a transferência somente da realização material da atividade estatal, retendo a titularidade do serviço público.

Como visto anteriormente, há sempre de ter em conta a conformação da ordem econômica por parte da Constituição, que traz ao bojo daquele que realiza a atividade econômica em caráter privado uma série de parâmetros de atuação que impedem o mero retrocesso ao Estado liberal oitocentista. O Estado regulador, assim como destaca Aragão<sup>64</sup>, deve ser compreendido a partir de uma mudança de paradigma do meio de atuação estatal e não das finalidades a si determinadas.

Verifica-se a transferência de deveres estatais a entes privados e é disto que se trata. Não cabe, porém, ao Estado permitir que deveres seus fiquem absolutamente livres ao mercado, que, em muitas das vezes, não fará mais que buscar o acúmulo de capital e de se desinteressar por aquilo que não seja lucrativo. A instituição do Estado regulador e as

---

<sup>61</sup> Esta expressão é utilizada em: LOUREIRO, João Carlos. “Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três d's (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s)”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. 90, t. 2 (2014), pp. 613-614. Assim como NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, ob. cit., pp. 240-250. Os autores citam vasto questionamento acadêmico acerca da real existência deste princípio. Em que pesem os questionamentos doutrinários, entendemos que a não retroação a um Estado Liberal clássico é uma demonstração da resistência dos direitos fundamentais sociais, impondo-se e não permitindo o retrocesso total, ainda que se busquem alternativas a garantia destes direitos que não pelo Estado.

<sup>62</sup> Há entendimentos de que o Estado regulador seria uma faceta do Estado garantia, neste sentido: GONÇALVES, Pedro. “Estado de Garantia e Mercado”, ob.cit. Adotaremos, porém ambas as expressões como sinônimos. Entende, por sua vez, Vieira de Andrade, que ainda se está diante de um Estado Social, mas este passou a regular e não mais age como prestador direto de serviços públicos (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2001, p.66).

<sup>63</sup> GONÇALVES, Pedro. *Reflexões*, ob.cit., p.30.

<sup>64</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos, *O direito...*, ob.cit, p.44.

imposições por meio da regulação são as ferramentas que restaram para garantir a eficácia material dos direitos fundamentais e o cumprimento da ordem econômica estabelecida na Constituição.

Este processo não deve significar que a regulação seja instrumento voltado somente a questões “sociais” (no âmbito da chamada “regulação social”), há de se atentar à “regulação econômica”<sup>65</sup>. Parece, assim, necessário relevar o papel do Estado regulador sobre o mercado preservando a liberdade de atuação, estimulando-o, seja por meio de “simulacros” de mecanismos concorrenciais ou da preservação da concorrência natural. E isso decorre de dois fatores: o cumprimento do dever constitucional de observância de livre concorrência; e o atendimento ao paradigma da eficiência decorrente do livre mercado, tanto à Economia quanto aos consumidores.

Se este é o quadro posto, analisemos o processo histórico e institucional que se deu no Brasil e, já em adiantado juízo de valor, a permissão constitucional de sua ocorrência.

O Brasil, ainda no período colonial, conviveu desde o sistema de capitanias com a participação de entes privados na realização das atividades públicas. Em verdade, toda a exploração da colônia era feita por meio de entes privados, verdadeiras empresas, ainda que diferentes do feitiço atual. Com o deslocamento da Coroa em 1808, esse movimento é mais fortemente representado, diante da necessidade de estabelecimento de infraestrutura na, então, Capital do Reino de Portugal.

A relação entre Estado e entes privados realizadores de obras públicas, remunerados por meio da exploração das estruturas, mantém-se até o início do Século XX. Está-se a falar de um país agrário e de parca industrialização, o que somente se altera fortemente com a política de substituição de importações, durante a II Guerra Mundial, enquanto primeiro grande avanço de sua indústria<sup>66</sup>.

Políticas econômicas posteriores trazem um Estado extremamente intervencionista na economia, aplicando-se políticas econômicas desenvolvimentistas, de

---

<sup>65</sup> Embora se reconheça a validade didática das expressões, entendemos que seu uso, ao mesmo tempo em que reflete a realidade, induz a que se entenda que há uma regulação que protege tão-somente o mercado, numa visão “liberal” e outra decorre da finalidade de proteger outros bens jurídicos. Assim, evitaremos tal divisão, tendo em vista que a ideia defendida é de que toda a ordem econômica nasce conformada pelo direito na Constituição Federal e que a defesa de Direitos Sociais por meio da regulação auxilia na manutenção de uma ordem econômica equilibrada, assim como os valores do livre-mercado, para além de já estarem conformados, auxiliam no cumprimento dos objetivos e princípios da ordem econômica.

<sup>66</sup> Com relação ao histórico de desenvolvimento econômico brasileiro: FAORO, Raymundo, *Os donos do Poder*, 3ª ed. Ed.Globo, São Paulo, 2001. Quanto ao processo de substituição de importações e desenvolvimento econômico mais recente, a literatura é vasta, pode-se citar em especial a seguinte obra: NUNES, Antonio José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

acelerado crescimento industrial e grande participação estatal na economia, seja por meio da determinação de monopólios<sup>67</sup>, seja pela organização de empresas estatais em concorrência com empresas privadas. Em paralelo, desde um primeiro momento, a prestação de serviços públicos à população, como saúde e previdência, estavam voltados somente àqueles que gozavam de trabalho formal, porém, mesmo no regime constitucional pré-1988, observa-se grande aumento da atuação estatal na economia e na prestação de serviços. Decorre daí, assim como constatado na Europa, a crise do Estado fiscal<sup>68</sup> e as consequentes impossibilidades de intervenção na economia e na realização de suas pretensões prestacionais sociais.

Com a Constituição de 1988 uma nova disposição quanto à ordem econômica se implementa no plano jurídico. Parece-nos que, em que pese a disposição jurídica, em realidade foram necessários alguns anos para que houvesse uma mudança interpretativa da Constituição e mesmo para que as previsões constitucionais se transformassem em normatividade<sup>69</sup>. Daí importante que se tenha a disposição da ordem econômica constitucional, como retro referido, como um sistema dinâmico (essencial a adjetivação do sistema), que, por meio desse dinamismo, admitiu as mudanças que se deram.

No primeiro momento a interpretação quanto à disposição constitucional não se alterou<sup>70</sup>. Ainda presos à interpretação anterior, pode-se afirmar que no modelo intervencionista da economia tinha-se uma confusão entre intervenção direta do Estado na economia e a sua regulação. A própria função de regular dava-se por meio do operador público. Realizava-se regulação econômica por meio da atuação direta do Estado, impondo

---

<sup>67</sup> Monopólios que haveriam de ser determinados em lei federal e, ainda assim, sob condições específicas, cfr. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “O estado e a ordem econômica”, *Revista de direito administrativo*; n. 143, p. 37-50, jan./mar. 1981.

<sup>68</sup> Luiz Carlos Bresser Pereira, ao analisar a crise fiscal do estado expõe o seguinte: “O Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo que vê sua capacidade de gerar poupança forçada a diminuir, senão a desaparecer, à medida que a poupança pública, que era positiva, vai se tornando negativa. Em consequência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza”, in: *A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. O referido autor, além de reconhecido economista brasileiro, foi Ministro do extinto Ministério de da Administração e Reforma do Estado, responsável por grande parte da implantação das reformas legais e institucionais que levaram o Brasil a poder, hoje, ser denominado como um Estado regulador.

<sup>69</sup> Luis Roberto Barroso (in: “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 17 Jan. 2018) faz interessante análise, denominando de “triunfo tardio” da Constituição no Brasil. Afirma, em 2005, também que “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”. Assim, em menos de 20 anos após de sua promulgação já era possível se observar as alterações que a interpretação acerca da normatividade da Constituição havia trazido ao Direito brasileiro.

<sup>70</sup> Com relação ao período pré-88 sequer se pode falar com firmeza em respeito às normas, em decorrência ao amplo desprezo à ordem constitucional no regime militar ditatorial.

normas, ou mesmo manipulando-se demanda e oferta, e conseqüentemente preços, sem que houvesse divisão entre a atuação estatal normativa e fática.

No âmbito do Direito deve-se observar que a Constituição trouxe, em seu artigo 174, a seguinte disposição: “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”.

Exatamente esse papel regulador do Estado na ordem econômica que demorou a ser absorvido e que, com base nele, estenderam-se os limites interpretativos da Constituição. O debate político naturalmente influenciara o debate jurídico, como constata Bresser Pereira<sup>71</sup>: o espectro político à esquerda e à direita, que denomina de pragmáticos, são os que buscam ofertar dinamismo à atuação estatal, seja pela abdicação da realização direta dos serviços públicos, seja pelo reconhecimento de que uma absorção dos preceitos neoliberais – sem que se impusessem, por meio de regulação estatal, os deveres de cumprimento das pretensões constitucionais – seria prejudicial, ineficaz, e levaria à não aceitação do novo modelo de Estado que se buscava implantar. Desenhou-se, desta maneira, um quadro de privatização<sup>72</sup>.

### 1.2.1. A atividade econômica e o serviço público

Construídas as ideias de existência de uma ordem jurídica econômica constitucional, de que o Estado social transmudou-se de prestador a regulador, faz-se necessária a análise acerca da atividade econômica e serviço público.

A atividade econômica é livre, salvo nos casos previstos em lei, preceitua o art. 170, parágrafo único, CF, assim como a atividade econômica só seria cabível ao Estado se necessária aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo e outras estritas previsões constitucionais, nos termos do art.173, CF<sup>73</sup>. A este incumbe a prestação

---

<sup>71</sup> Ob.cit. p.15. O autor observa o espectro político mais à esquerda como “arcaica e populista” e que teria ficado paralisada, apresentando um discurso contra a globalização e a direita neoliberal como a defensora do liberalismo e neutralidade estatal.

<sup>72</sup> Privatização, pode ser entendida como a transferência da propriedade de bens públicos, ou meios de produção, à iniciativa privada (cfr. o que João Nuno Calvão da Silva denominou de privatização *stricto sensu*. In: *Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p.41), ou, englobar também o conceito de transferência somente da realização material da atividade econômica ou serviço público à iniciativa privada, retendo o Estado a propriedade do bem ou a titularidade do serviço. Optaremos, por padrão, pela expressão abrangente, já que inexistente conceito unívoco quanto à privatização, seja na doutrina, seja no Direito positivo brasileiro.

<sup>73</sup> Constituição Federal: “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. (...)”.

de serviços públicos, impõe o art. 175<sup>74</sup>, além de ser o regulador da atividade econômica, nos termos do art.174<sup>75</sup>.

Vemos, então, que há diferenciação entre atividade econômica e serviço público.

Primeiramente, é importante notar que adotaremos a nomenclatura de “atividade econômica” em sentido amplo, ou meramente “atividade econômica” (gênero), que se constitui de toda a atividade econômica existente<sup>76</sup>. Dentre suas espécies temos a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos, subdivididos em próprios e impróprios.

Atividade econômica em sentido estrito pode ser posta como a atividade empreendida em regime de livre iniciativa, preferencialmente pelos entes privados, tanto que, excetuando-se as previsões expressas na Constituição, somente em casos de “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” o Estado a poderá realizar. A esta espécie de atividade econômica a Constituição oferta sua preferência, ou seja, na ausência de qualquer previsão em sentido contrário, impõe-se a liberdade de iniciativa<sup>77</sup>.

Cabe aqui a análise do serviço público. É um conceito em crise, não só no direito brasileiro, mas também verificado na União Europeia<sup>78</sup>, ou, mais amplamente, nos países de tradição jurídica romanista. A diversidade conceitual decorre da falta de consenso quanto ao universo de atividades estatais que se pretende definir. Pode abranger desde conceitos deveras amplos, que açambarcam todas as atividades exercidas pelo Estado, além da administrativa, a judiciária e legislativa, para conceitos restritivíssimos que incluem somente os serviços que sejam pagos por meio de taxa ou tarifa, nos termos dos

---

<sup>74</sup> Constituição Federal: “Art. 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>75</sup> Constituição Federal:

<sup>76</sup> No sentido de existência de atividade econômica como gênero e suas espécies, dentre outros: Carlos Ari Sundfeld, *in*: “A regulação de preços...”, *ob.cit.*; Alexandre Santos Aragão, *in*: *Direito dos serviços públicos*, *ob.cit.*; Celso Antonio Bandeira de Mello, *in*: *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>77</sup> Optou-se pelo uso da expressão “livre iniciativa” e não iniciativa privada em virtude das previsões constitucionais de atuação do Estado diante do cumprimento das condições postas (art.173) e da existência dos monopólios constitucionais, tais como petróleo e gás (art.177). Assim sendo, há de se reconhecer a existência de atividade econômica em sentido estrito exercida pelo Estado.

<sup>78</sup> Neste sentido João Nuno Calvão da Silva, *ob.cit.*, p.215, utilizando a expressão “a concepção clássica de Serviço Público é posta em causa”. Também referente ao aspecto subjetivo aponta a ocorrência de crise conceitual Agustín Gordillo (*in*: *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2: la defensa del usuario y del administrado - 8a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, pp.VI-42-VI-44), porém discorre além, entendendo haver também uma crise relativa ao regime jurídico que se impõe ao serviço público. Na doutrina brasileira podem-se citar, além de inúmeros outros: Maria Sylvia Zanella di Pietro, *ob.cit.*, p.110; Alexandre Santos Aragão, *O direito dos serviços Públicos*, *ob.cit.*, pp.229-253; e COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol.230, 2002, p.49.

artigos 145, II<sup>79</sup> e 175, da Constituição Federal, com a exclusão de qualquer serviço público que seja prestado em não exclusividade pelo Estado (como os casos de saúde e educação).

Adotaremos o estabelecido por Celso Antônio Bandeira de Mello, com a ressalva de que não se pretende estabelecer um conceito final ou que agregue o tanto que já se escreveu quanto ao serviço público, mas sim de diferenciá-lo no âmbito da atividade econômica posta na Constituição. O autor conceitua o serviço público da seguinte maneira:

*“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacias e restrições especiais —, instituído pelo Estado em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>80</sup>”.*

Dentre os serviços públicos há os que podem ser denominados de privativos, ou seja, de titularidade absoluta do Estado, sendo que sua prestação somente pode ser feita por si ou por “quem lhe faça as vezes”, por meio de concessão ou permissão. Paralelamente a estes há os chamados serviços públicos não privativos (próprios e impróprios, ou exclusivos e não exclusivos, respectivamente, em outras nomenclaturas).

---

<sup>79</sup> Em termos expressos: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (...)”. Assim, a Constituição Federal, em que pese divergências existentes na doutrina tributária brasileira quanto às espécies de tributos existentes, traz entre estes as taxas, que são impositivas somente pela prestação de algum serviço específico e divisível, na letra de regra constitucional. Assim sendo, e por ter legitimidade tributária ativa somente o Estado, ter-se-ia de excluir o que denominaremos adiante de serviços públicos não privativos.

<sup>80</sup> *In: Curso...*, ob.cit., p. 665. Há algumas observações acerca do conceito: (a) a diferença essencial quanto ao que denominamos de conceitos restritivíssimos, na linha de Alexandre dos Santos Aragão, está em que, ao associar a fruição de serviços públicos ao pagamento de taxas, haveria a exclusão conceitual dos chamados serviços públicos sociais, tais como saúde, educação, culturais e de lazer; (b) ao se referir à fruição singular excluem-se os serviços públicos *uti universi*, ou seja, disponibilizados à toda a sociedade sem que se possa individualizar os usuários, tal qual a iluminação pública; (c) a submissão ao regime de Direito Público é um dos elementos tidos em crise (conforme, dentre outros, Agustín Gordillo), entendemos, porém que o autor refere-se à submissão aos princípios de serviço público que elenca, já que reconhece a existência de serviços públicos não-privativos (os quais tem forte ingerência normativa estatal, mas não absoluta submissão ao Direito Público); (d) a determinação de certa atividade econômica em sentido amplo ao Estado não impõe, necessariamente, que se esteja diante de serviço público, podendo consistir em monopólio de atividade econômica em sentido estrito. Com referência à exclusão dos serviços *uti universi*, optamos por sua exclusão tendo em vista que, apesar de serem prestados pelo Estado, ou ao menos serem deveres deste a sua prestação, o regime jurídico relativo aos últimos é deveras dessemelhante ao regime jurídico dos aqui postos como serviços públicos. Exemplo essencial está no meio de sua remuneração, que somente se dá por meio de tributos, o que não ocorre com os serviços públicos *uti singuli*.

Estes últimos são os que, em que pese haver previsão constitucional ou legal de serem serviços públicos<sup>81</sup>, são livres à iniciativa privada, ou seja, o Estado é titular não exclusivo. Os maiores exemplos são a saúde e a educação<sup>82</sup>. O exercício de tais atividades são livres à iniciativa privada, não decorrem de uma decisão política do Estado: quando realizados pelo Estado ou por executor em seu lugar, atuam sob regime de direito público; quando decorrentes da iniciativa privada sujeitam-se ao direito privado, sem a inegável extrema interferência regulatória que, por vezes, pode-se apresentar até mais incisiva que aquela observada em serviços públicos concedidos, tal qual ocorre com os serviços financeiros<sup>83</sup>, saúde (com a severa regulação administrativa sobre os chamados planos de saúde, ou mesmo quanto ao meio de prestação dos serviços médicos diretos) e educação (como exemplo, a determinação de cargas horárias de estudantes e conteúdo mínimo de ensino, ou incidência legal de critérios de reajustes escolares).

Verifica-se, por fim, que os serviços públicos são uma noção dependente das forças sociais e políticas que incidam num determinado momento histórico sobre o conceito de atividade econômica, interesse coletivo e funções do Estado<sup>84</sup>.

Temos, então, a seguinte classificação<sup>85</sup> de “atividade econômica” em sentido amplo: (a) “atividade econômica” em sentido estrito, aberta à iniciativa privada (como a

---

<sup>81</sup> Quanto ao reconhecimento de que serviços públicos podem ser definidos em lei em sentido estrito (ou seja, lei proveniente do processo legislativo) pode-se citar: Odete Medauar (*in: Direito administrativo moderno*. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999) e Celso Antonio Bandeira de Mello (*in: Curso...*, ob.cit., pp.685-686).

<sup>82</sup> Ambos os serviços são expressamente postos na Constituição como deveres do Estado, mas com a exceção, nos arts.199 e 209 de serem livres à iniciativa privada. Especialmente com relação à saúde, na subcomissão da Assembleia Constituinte, o texto relativo aos serviços de saúde enviado ao Plenário não previa a existência de um setor privado de assistência à saúde, ou seja, seria um serviço público a ser cumprido, se muito, por meio de concessões ou permissões, tendo sido somente admitida a saúde de exercício de livre iniciativa na última etapa da elaboração da Constituição. Cfr. FALLEIROS, Ialê e LIMA, Júlio César França; *Saúde como direito de todos e dever do estado*. Disponível em: <[http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/cap\\_8.pdf](http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/cap_8.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2018.

<sup>83</sup> O sistema financeiro, no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser tido como serviço público, parece-nos óbvia tal afirmação. Sequer se pode pensar em serviços públicos impróprios, mas devido ao grande potencial de impacto negativo em caso de colapso do sistema financeiros, provada pelos fatos, com a Crise de 2008/2009; à quase exigência de que os cidadãos estejam sujeitos a contratar com estes entes e neles depositar suas reservas, acaba por ser objeto de severa regulação estatal. Fernanda Maçãs indica os seguintes fundamentos: preservação da estabilidade, confiança dos depositantes e prevenção de “risco sistêmico” e proteção dos depositantes e demais consumidores bancários (*in: “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”*. In: CORREIA, Fernando Alves, LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M., (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.425-455).

<sup>84</sup> Eros Grau entende que somente se pode falar em noção quanto aos serviços públicos, tendo em vista a impossibilidade de um conceito, ficando dependente da historicidade das noções (faz, ainda, crítica à Doutrina brasileira que denomina de conceito indeterminado aquilo que seria uma noção). O autor reconhece, ainda, a dependência das forças sociais e políticas quanto a definição do que seria serviço público (*in: A ordem econômica*, ob.cit., pp.131-136). Concorde com a historicidade do serviço público: Alexandre dos Santos Aragão (*in: O direito dos serviços Públicos*, ob.cit., p.148) e Celso Antonio Bandeira de Mello (*in: Curso...*, ob.cit., p.686).

produção artesanal de doces) e excepcionalmente ao Estado; (b.1) serviços públicos privativos e (b.2) serviços públicos não privativos. Dúvidas não pairam em determinadas competências estatais, mas, além das zonas de certeza, apresentam-se atividades sobre as quais se estabelecem dúvidas<sup>86</sup>, além das atividades privadas submissas a forte ingerência estatal, em virtude de valores constitucionais referentes ao interesse da coletividade. Ressaltada é a importância da determinação do que se considera “serviço público”, em virtude de esta ser uma categoria constitucional restrita e de titularidade definida (para além dos monopólios estatais), sendo livre à atuação privada todas as demais atividades econômicas.

A fim de esclarecer: de titularidade estatal tem-se os serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Estas subdividem-se em: (a) monopólios constitucionais; (b) ressalvas constitucionais (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo); (c) e atividades econômicas em concorrência com o setor privado.

Assim deduzimos que não basta a previsão de que determinada atividade econômica (em sentido amplo) seja atribuída ao Estado para que seja serviço público. Para que se verifique devemos observar a finalidade de satisfação da coletividade geral, conforme o conceito adotado, ou para alcance de coesão e interdependência social<sup>87</sup>.

Primeiramente os monopólios estatais, aos quais se entende haver a possibilidade de sua instituição tão e somente por meio de norma constitucional<sup>88</sup>, em virtude da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, nos termos expressos do art.170, CF, sendo vedado ao legislador a criação de outras hipóteses. Tais monopólios decorrem de pretensões diversas às do serviço público, tendo finalidades estratégicas, fiscais ou econômicas (como sobre o petróleo).

Em segundo plano, observam-se os imperativos de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, que dependem de lei a regulamentar suas previsões, nos

---

<sup>85</sup> Para além do conceito, ou noção, é de suma importância que se tenha uma clara classificação da atividade econômica. Nos dizeres de Roque Antônio Carrazza (*in: Curso de direito constitucional tributário*. 23.ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p.505.): “as classificações objetivam acentuar as semelhanças e dessemelhanças em diversos seres, de modo a facilitar a compreensão do assunto que estiver sendo examinado”.

<sup>86</sup> Dentre os quais há hipóteses não claras acerca de tratar-se de serviço público ou atividade econômica de titularidade estatal, como exemplo o transporte aquaviário entre os portos brasileiros, art.22, XII, “d”, CF.

<sup>87</sup> Eros Grau, *in: A ordem econômica*, ob.cit., pp.134-135.

<sup>88</sup> Na Constituição Federal verificam-se as seguintes previsões de monopólios: arts. 20, 21, inciso XXIII, 176 e 177. O artigo 20 da Constituição em verdade se refere aos bens da União, sobre os quais não incidiria monopólio, mas sim a propriedade, sendo monopolística somente se pensada em oposição *erga omnes* aos não proprietários (cfr. Eros Grau, *in: A ordem econômica...*, ob.cit, pp.298-299). Monopólio referir-se-ia a atividade e não à propriedade em si.

expressos termos do art.173, CF<sup>89</sup>. Assim, e diversamente à situação anterior, há hipóteses constitucionais e legais de sua imposição<sup>90</sup>. São excepcionalidades, ao mesmo tempo, mutáveis, já que ambas podem-se modificar por questões político-econômicas e históricas. Em tais casos, a lei prévia definirá de maneira genérica uma das hipóteses constitucionais, para que, então, esteja autorizado o Estado a atuar economicamente em concorrência com o setor privado. Este ponto é essencial: possibilita a livre concorrência entre Estado e demais prestadores privados. Atingido o ponto em que o “mercado” seja capaz de ofertar suficientemente o produto, esvai-se a legitimidade estatal de atuação.

Por fim, há as previsões constantes do art.21, incisos XI e XII, CF que impõe a exploração de uma série de atividades de maneira direta ou indireta, por concessão e permissão. São instrumentos ordinários relativos aos serviços públicos, com um aspecto excepcional que é a previsão de autorização, espécie tradicionalmente vinculada, no direito brasileiro, a atividades de titularidade privada. Assim, entende-se que as atuações estatais ali presentes não são necessariamente serviços públicos, podendo ser atividades a que se atribuiu competência estatal mas que se caracterizam como atividades econômicas<sup>91</sup>.

### **1.3. A ordem econômica constitucional: a regulação como meio de tutela**

---

<sup>89</sup> Esta previsão constitucional é fundamental a que se interprete que o princípio da subsidiariedade aplica-se no direito econômico brasileiro, tendo em vista a redação do art.173, CF: “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”. Observe-se o uso da expressão “só será permitida” a atividade econômica ao Estado nas hipóteses excepcionais que elenca, além da ressalva inicial referente a “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O princípio da proporcionalidade no direito econômico”. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 223: 199-230, jan./mar. 2001.

<sup>90</sup> Não há liberdade de previsão ao legislador ordinário, a permissão constitucional está adstrita à regulamentação das hipóteses de imperativos de segurança nacional (e por nacional, decorre a natural competência federal exclusiva) e atendimento a relevante interesse coletivo (competência concorrente às três esferas de Poder). A indicação imposta constitucionalmente não exige uma “lei geral” que imponha a determinação dos conceitos, mas sim de lei específica, que autoriza a criação da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos do art.2º, parágrafo 1º, Lei n. 13.303/16: “A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal”.

<sup>91</sup> Neste sentido a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Especial 220.999-7-PE) que considerou não haver serviço público na prestação de serviço de transporte fluvial de produtos agrícolas. Celso Antonio Bandeira de Mello alterou seu entendimento anterior, em que considerava haver mero erro do legislador constituinte, passando a considerar que a expressão autorização refere-se a hipóteses daqueles serviços ali elencados que tenham relação estrita a interesses privados, como a autorização de telecomunicações por fibras óticas particulares de uma empresa entre diferentes sedes, ou como autorização em casos emergenciais, na prestação de serviços públicos, até que seja realizado o procedimento de concessão e permissão (*in: Curso...*, ob.cit, pp.684-685).

A base conceitual até agora posta está na ideia que o Estado social transmutou-se, passando da prestação direta de serviços à regulação da atividade privada, seja pela crise fiscal que assolou os Estados prestacionais, seja por um fundamento dogmático-filosófico das benesses do livre-mercado – sem desconsiderar os efeitos da globalização. Assim, e com a transferência das atividades ao setor privado, chega-se, então, à regulação prevista no artigo 174 da Constituição federal.

Conceitua Pedro Gonçalves<sup>92</sup>:

*“é a regulação pública, com origem no Estado, e que corresponde, aliás, a uma incumbência ou responsabilidade estadual, traduzida em disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado (regulação económica) e proteger determinados bens públicos, como o ambiente e a saúde, e direitos dos cidadãos, enquanto consumidores de serviços de interesse económico geral (regulação social)”*.

Esta não é mera repetição da explicitação do Estado regulador já feita, mas sim uma das possibilidades de regulação postas na Constituição Federal<sup>93</sup>. Ainda que o autor não esteja a tratar especificamente do ordenamento jurídico brasileiro, a sua exposição é absolutamente adequada à interpretação da doutrina brasileira<sup>94</sup> e ao foco de estudo presente.

---

<sup>92</sup> In: *Reflexões...*, ob.cit., p. 12. Mantivemos a “divisão” proposta pelo autor, entre regulação econômica e social.

<sup>93</sup> Destacamos ser uma das hipóteses de regulação pois esta pode tomar as mais diversas facetas. A pretensão presente é de provar a possibilidade de que a regulação administrativa, que é foco desta dissertação, possa ser inserida na expressão regulação presente na Constituição.

<sup>94</sup> Dentre outros podemos citar as seguintes definições: Alexandre Santos de Aragão, *in*: “O conceito jurídico de regulação da economia”, ob.cit., p.18, expôs o seguinte: “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”. A proximidade dos conceitos leva-nos a não os repetir indefinidamente. Esta semelhança vem demonstrar, como consequência, a “padronização” internacional do Direito econômico, ou ao menos a sua aproximação, em virtude da globalização. Este processo também acaba por influir nas soluções buscadas, o maior exemplo é a “regulação por agências independentes”. O processo histórico semelhante, obviamente diferenciado pelas particularidades em especial pela diferença de renda e níveis sociais, entre Brasil e Europa, da construção de um Estado social e sua alteração para um Estado regulador, além da sabida influência da experiência constitucional portuguesa, auxiliam a que se possam aproveitar os conceitos elaborados pela Doutrina portuguesa. Outro fator determinante está no dinamismo do sistema constitucional e de sua interpretação, como já destacado. O conceito de regulação, tal qual destacamos quanto à função social da propriedade, foi inserido no conceito de Poder de Polícia pela doutrina administrativista brasileira por largo período de tempo, conforme destaca Bruno Brodbekier: “Em primeiro lugar, cumpre destacar que a doutrina do Direito Administrativo brasileiro não se ocupou, ao menos até então, do tratamento do instituto da ‘regulação’ em particular. O tema sempre foi tratado como uma das manifestações do poder de polícia, por entendê-lo como uma forma de intervenção do Estado na economia, que restringindo a autonomia privada dos entes que compõem o mercado, envolve, necessariamente, restrições às liberdades

Analiseemos, em partes, o conceito posto.

Regulação pública com origem no Estado, neste ponto, está-se a falar da heterorregulação da relação entre entes privados, ambiente em que se desenvolvem as trocas econômicas. Em contraposição a esta espécie de regulação há a autorregulação, com a mais característica de suas formas de expressão: o contrato. Sobre este, também, passa a incidir a intervenção estatal – aqui tomada como intervenção no seu sentido estrito, de interferir, já que este decorre de uma ancestral característica de relação privada entre as partes – e, mais especificamente, a regulação administrativa.

Faz-se referência à incumbência ou responsabilidade estatal. Esta decorre de um dever de dar cumprimento aos Princípios postos em toda a Constituição, em especial os da ordem econômica, como já demonstrado. Esta incumbência decorre de se estar diante de um Estado social que sofrera alterações, abdicando da atuação direta, passando ao dever de regular, para que as finalidades sejam devidamente alcançadas. O mesmo autor afirma que “o recuo do serviço público e da intervenção económica directa é compensado por um avanço, em concreto, o avanço do Estado Regulador e de Garantia”<sup>95</sup>.

Prossegue-se em “disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado”. Tal colocação coincide com a afirmação do autor de que “a alternativa que hoje existe não é entre submeter a economia às ‘leis do mercado’ ou a uma ‘regulação jurídica forte’, mas sim de optar entre regulações jurídicas mais ou menos intensas”<sup>96</sup>.

Vê-se que a Constituição Federal impõe que o Estado brasileiro seja agente normativo e regulador da economia. Normativo, por ter competência de expedição de normas (em sentido amplo, não de estrita legalidade); e regulador, nos termos aqui colocados. No atual estágio interpretativo a atividade normativa do Estado está inserida na regulação. A colocação do Estado como agente normativo impõe e reforça um distanciamento da atuação estatal direta na economia, em obediência a que se privilegie o livre-mercado, não devendo dar ensejo à interpretação de que ser agente normativo difira a que seja agente regulador.

Por fim, define-se que a regulação vá “proteger determinados bens (...) e direitos dos cidadãos”<sup>97</sup>. Tal colocação, quanto à Constituição brasileira, nada mais é do que a

---

individuais” (*in*: “Poder regulamentar da Administração Pública”. *Revista de Direito Administrativo*; Editora FGV e Editora Fórum. v. 233 (2003); 141-178.

<sup>95</sup> *In*: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra. Coimbra Editora, 2008. p.7.

<sup>96</sup> *Idem*, p.10.

<sup>97</sup> Neste ponto observa-se que o conceito se baseia em consumo de serviços de interesse econômico geral. Este instituto inexistente no direito brasileiro. Há de se ter em conta que adotamos um conceito (ou noção) subjetivo, ou seja, dependente da titularidade do Estado para se caracterizar como serviço público. Quanto à

incidência das imposições de deveres ao Estado que, deixando de atuar diretamente, passa a agir na condição de regulador. A expressão “proteção” não deve ser tida no sentido de mera conduta passiva estatal que imponha limitações que “protejam” os designados bens de agressões, mas sim – e a nosso ver – com a busca de atuações estatais de influências que dirijam a atuação dos entes privados, direcionando-os às finalidades sociais juridicamente postas.

No conceito de regulação adotado não se admite a inserção da ideia de atuação estatal como agente econômico, no que denominamos atividade econômica em sentido estrito (seja em decorrência de monopólio constitucional, seja em cumprimento da ressalva constitucional, art.173), ou mesmo nas atuações como agente de fomento<sup>98</sup>.

Em termos de conclusão prévia, a ideia que se construiu até o presente momento foi a seguinte: não há uma liberdade ao mercado e à propriedade nos termos dos liberais clássicos, em que o Estado se apresenta como um limitador. Ambos decorrem da ordem jurídica e, mais especificamente, da ordem econômica constitucional, que impõe, em simultâneo, a preservação de valores e a busca de fins – a princípio, não espontaneamente realizados por entes privados. Desta maneira, tendemos a compreender a regulação mais como um instrumento de tutela<sup>99</sup> do que propriamente como intermediário ou árbitro das relações entre a autoridade do Estado e a liberdade da sociedade<sup>100</sup>.

---

diferenciação dos conceitos (que entendemos se aplicar ao direito brasileiro): GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Direito Público e Regulação – 2. Coimbra. Coimbra Editora. 2001.

<sup>98</sup> O fomento que pode ser caracterizado como um incentivo, estímulo, a fim de que entes privados realizem atividades definidas pelo Estado que potencialmente gerem benefícios à sociedade. Marca essencial do fomento está na ausência de coerção estatal para a participação do particular, este se submete aos deveres impostos por iniciativa própria a fim gozar dos benefícios concedidos. Neste sentido: MOREIRA, Egon Bockman. “O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”, in CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. Não se nega a utilização de instrumentos de regulação que estimulem condutas dos regulados, sendo que, a depender da conceituação de regulação utilizada, o fomento seria uma de suas espécies e não instrumento de órgãos reguladores.

<sup>99</sup> No sentido de regulação como tutela: Alexandre Aragão, in: “As agências reguladoras independentes...”, ob.cit, p.46; e Pedro Gonçalves, in: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, ob.cit, pp.62-67. A ideia defendida por este autor é de que mesmo na proteção da atuação de entes privados no mercado, por exemplo, o que poderia ser tido como tutela de interesses privados, tem como pano de fundo em verdade uma tutela de interesse público, já que assegurar o funcionamento do mercado é incumbência estatal prevista na Constituição portuguesa (artigo 81º, al. f). A mesma posição será aqui posta adiante.

<sup>100</sup> Cfr. FEITOSA, Maria Luisa Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra Editora, 2007. Pedro Gonçalves refere-se a atuação do Estado na regulação como um articulador (in: *Reflexões...*, ob.cit, p.74). Avelãs Nunes afirma que a intervenção do Estado na economia dá-se com finalidades de segurança e minoração de riscos: “A intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objectivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista” (in: *Do capitalismo e do socialismo*, Coimbra: Atlântida, 1972, pg.125). Ao compreendermos a regulação como meio de tutela e que a ordem jurídica econômica presta-se a diversas

### 1.3.1. A tutela do mercado

A regulação visa disciplinar a economia e o mercado, com a finalidade de sustentar o seu funcionamento<sup>101</sup>. O Estado e o Direito prestar-se-iam a conceder segurança nas transações comerciais ocorridas na sociedade.

Quanto ao mercado, a doutrina econômica neoclássica admite uma dinâmica em concorrência perfeita<sup>102</sup>. Combina-se a isso a concepção liberal de igualdade oitocentista, formal e padronizada, sem qualquer consideração subjetiva.

Neste ambiente, os interesses egoísticos dos proprietários dos meios de produção seriam, por si só, capazes de proporcionar à sociedade benesses de perfeita alocação de recursos e renda. Diante da idealização o Estado nada haveria de fazer se não garantir o funcionamento do mercado, que se dava por meio da estabilidade ao cumprimento dos contratos (principal meio de transação econômica). E assim deveria continuar – ao menos teoricamente –, diante um mercado que seja concorrencial e que forneça adequadamente os bens aos consumidores, isto é, o Estado não deve regular severamente o mercado, permitindo ao máximo que se alcancem as consequências esperadas.

O processo histórico deu-se de maneira diversa ao esperado em teoria, chegando ao que se convencionou denominar “falhas de mercado”<sup>103</sup>. E isto porque a conduta dos

---

finalidades, entre elas, a garantia dos direitos sociais, entendemos que poderia prestar-se à construção de novos instrumentos jurídicos que possibilitem a superação do déficit de sua garantia. Há de se ter em conta que a dogmática jurídica vigente fora elaborada na era dos chamados “direitos de liberdade”, não se tendo adequados instrumentos, além de base teórica, aos direitos sociais, daí poder a regulação prestar-se à inovação. Em análise crítica aos instrumentos utilizados pelo Estado à tutela de direitos de “diferentes tipos”, cfr. MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. “O desenvolvimento do estado moderno: conflito entre garantias inovadoras e formas tradicionais”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 50-55, jul./dez., 2015, pp.50-59. Quanto à base teórica pouco elaborada dos direitos sociais: CANOTILHO, J.J. Gomes. “Metodologia Fuzzy’ e ‘Camaleões Normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-98

<sup>101</sup> Há duas premissas a serem destacadas: a imposição constitucional de primazia da iniciativa privada ou subsidiariedade da atuação estatal, nos termos do art.173, CF; e a existência do Estado moderno como instrumento de preservação do mercado e do sistema de produção capitalista. Cfr. Eros Grau, *in: A ordem econômica...*, ob.cit. pp.27-37. A linha argumentativa que permeia a construção teórica do autor, com alinhamento em diversos outros, entre eles, Avelãs Nunes, é a de que o mercado deixa de ser mero fato econômico, passando a ser uma ideia, sendo que os proprietários dos meios de produção utilizam-se do Estado para a promoção de seus ideais e proteção deste mercado. Ao analisar a ordem jurídica do capitalismo Vital Moreira afirma que “(...) à ‘ausência’, no modelo jurídico-privado-liberal, de uma ordem econômica, sucedeu uma ordem econômica explícita, que assume expressamente conformação da economia, que tem nela seu objeto consciente” (*in: A ordem jurídica do capitalismo*. ob.cit, p.78).

<sup>102</sup> Mercado em concorrência perfeita como capitalismo de concorrência, tal como concebido por Adam Smith e David Ricardo (cfr. : NUNES, Antonio José Avelãs. *Os sistemas económicos...* ob.cit. pp.225-231).

<sup>103</sup> As falhas de mercado são deturpações do mercado competitivo em que os agentes de mercado agindo em seus interesses próprios conduzem-se em desacordo com o que seja de interesse social. Os agentes agem

agentes de mercado geram consequências indesejáveis (do ponto de vista econômico ou social) <sup>104</sup>. Diante esta atuação errática dos agentes e com o fim de dar cumprimento aos preceitos constitucionais, cabe ao Estado a tutela do funcionamento do mercado. A regulação apresenta-se como seu instrumento.

Dentro deste conceito de regulação com finalidade tutelar, encontram-se essencialmente as noções de “concorrência”<sup>105</sup> e, ao que aqui se pretende analisar, “lucro”.

O ente privado tem a tendência de atender aos seus próprios interesses que, naturalmente, nem sempre geram benefícios sociais. Por outro lado, não se lhe pode negar a propriedade privada, os meios de produção e o gozo dos frutos da empresa, principal meio de realização da livre iniciativa. Assim, faz-se necessária a tutela do lucro, possibilitando que se pretenda permanecer no mercado e realizar suas atividades. Somente há estímulo à produção pela obtenção de lucro que “é o grande impulsionador para a ação dos agentes econômicos”<sup>106</sup>.

Assim, cabe à regulação a tutela do lucro ao empresário, se não pelo pragmatismo de manter o interesse em sua atuação no mercado, pelo dever constitucional de prestigiar a livre iniciativa como direito fundamental, reflexo do direito fundamental da liberdade (art.5º, “caput”, CF), tendo seu valor social como fundamento da República (art.1º, IV, CF). Ademais, estando os Estados submissos às pressões decorrentes da globalização, havendo de se falar em concorrência entre Estados (por investimentos privados transnacionais), a garantia de que não se vá, por meio da regulação, suprimir o retorno do capital investido, acaba por ser essencial. Aliás, podem-se tratar de investimentos vultosos, de retorno em longo prazo, o que faz com que a garantia da obtenção de retorno do capital investido seja de preocupação primordial ao investidor.

---

egoisticamente, por padrão, conduzindo-se por seus custos e benefícios privados, ignorando o aspecto geral. As principais falhas são: assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades.

<sup>104</sup> Historicamente, há de se referir, nos Estados Unidos da América, à criação da *Interstate Commerce Commission* – ICC, que inicialmente visava a regulação do transporte ferroviário em decorrência da atuação das empresas do setor em conduta anticoncorrencial e discriminatória.

<sup>105</sup> Concorrência que, nos dizeres de Manuel António Gomes Martins: “(...) sendo como que autofágica – necessite de ser regulada para poder subsistir. Situação que acaba por ser, afinal, a suprema contradição: a concorrência é condição de existência do mercado, é o motor de seu funcionamento; mas (...) é necessária a intervenção da autoridade pública, a imposição regulamentar de regras que de outra forma não seriam cumpridas” (in: *Auxílios de Estado no direito comunitário*. Cascais: Principia, 2002).

<sup>106</sup> MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009, p.12. Não se pretende que a Administração tutele o lucro em si, aqui se faz uma referência de que a tutela ao lucro no significado de tutela à possibilidade de sua obtenção pelo ente privado. Lucrar, ou não, depende da eficaz distribuição dos meios de produção do particular no exercício de sua atividade e a isso não cabe o Estado tutelar, ao menos não no âmbito da regulação administrativa com que aqui nos ocupamos.

Assim, e sendo a propriedade privada um direito fundamental, um princípio da ordem econômica, há de se garantir, atendidos aos demais ditames, em especial a função social, os frutos desta propriedade, que são os lucros. A importância em destacar esta tutela está em evitar o risco de “funcionalização” absoluta da propriedade privada, sem que se beneficie, inclusive, o seu proprietário.

Função de especial importância de tutela está nos setores econômicos de anterior titularidade do Estado (ou seja, no período do Estado prestacional), como os serviços públicos ou setores de monopólio estatal<sup>107</sup>. Primeiramente em virtude da necessidade de seu bom funcionamento para a prestação adequada dos serviços, ou de criação do mercado, por vezes inexistente e, acaso inviável, pela criação de simulacros mercadológicos de concorrência.

Mas a mera tutela da fruição da empresa não apresenta diferenças essenciais quanto ao ambiente jurídico do liberalismo. Daí decorre a necessidade de analisarmos a tutela do direito do consumidor e do usuário de serviço público, bem como o alcance da expressão “freedoms to” (“direitos a...”).

### **1.3.2. A tutela do consumidor e do usuário de serviço público**

Em que pese tratem-se de âmbitos diferentes, o que será adiante analisado, a tutela dos consumidores e dos usuários de serviços públicos prestados por particulares baseia-se em sua vulnerabilidade, isto é, numa quase submissão aos detentores dos meios de produção.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor<sup>108</sup> decorre da alteração de concepção de igualdade, formal e unívoca, que encontra eco em todo o Direito. Dentre os pontos de vulnerabilidade, destacam-se a essencialidade de alguns dos produtos fornecidos em relação de consumo e a assimetria de informação e técnica por parte do consumidor.

A detenção de grande poder de informação por parte dos entes produtores em relação ao consumidor (assimetria de informação) é uma das principais falhas de mercado

---

<sup>107</sup> Neste sentido, embora se refira à garantia e não tutela: SILVA, Suzana Tavares da. “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267857066\\_LA\\_REGULACION\\_ECONOMICA\\_COMO\\_MATERIA\\_DEL\\_NUEVO\\_DERECHO\\_ADMINISTRATIVO](https://www.researchgate.net/publication/267857066_LA_REGULACION_ECONOMICA_COMO_MATERIA_DEL_NUEVO_DERECHO_ADMINISTRATIVO). Acesso em: 7 abr. 2018.

<sup>108</sup> Na ordem jurídica brasileira, previsão de defesa do consumidor posta no art.170, V, CF e na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – CDC. A presunção de sua vulnerabilidade decorre de lei e é absoluta, cfr. GRINOVER, Ada. Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 45-47. António Meneses Cordeiro (in: *Tratado de direito civil português*. 4ª ed., ref.e atual. vol.2. Coimbra: Almedina, 2014, p.505) entende ser consequência da massificação da produção ocorrida no período industrial.

a que nos referimos. O consumidor, em virtude do desconhecimento daquilo que lhe está sendo fornecido, está sujeito, além da mera insatisfação, a danos potencialmente causáveis por produtos perigosos e inadequados.

Há uma primeira vertente de análise que se pode denominar de “mercadológica”, no âmbito da defesa do consumidor – em especial quanto à superação da assimetria de informação que se apresenta necessária para a própria manutenção do mercado. Assim fora apontado por George A. Akerlof<sup>109</sup> que, em seu celebre estudo, explicita a questão do desconhecimento por parte do consumidor e de como o nivelamento entre bons e maus produtos pode levar à falta de confiança e ao declínio de um setor econômico.

Por outro lado, temos a massificação da produção e das relações econômicas que, de fato, retira o poder de negociação entre as partes, criando um desequilíbrio entre os produtores de bens e serviços e os consumidores. Muitos desses produtos são essenciais à existência digna (e não se está ainda a falar de serviços públicos), tal como a produção de alimentos. Demanda-se assim – e para que se evite a submissão de um universo de pessoas que se identificam pela sua necessidade de compra diante de um mercado de fornecimento padronizado – a tutela da relação de consumo. Aqui se põe necessária tanto pela preservação do mercado, viabilizando as trocas econômicas que seriam dificultadas pela falta de confiança entre as partes do mercado, como também de forma a viabilizar que aos consumidores, vulneráveis, sejam ofertados bens e serviços que não lhes serão prejudiciais.

A proteção ao consumidor, num aspecto estritamente positivista, pode ser fundamentada pela constitucionalização de sua proteção, consagrado como direito fundamental (previsto na Constituição brasileira em seu art.5º, XXXII) e como princípio da ordem econômica (art.170, V), além de seu reconhecimento em documentos internacionais, como a Resolução nº 39/248 da ONU e Directiva 1999/44/CE (esta especialmente voltada à criação da sensação de segurança para que se consumisse de empresas de todo o bloco).

A vulnerabilidade e necessidade apresentam-se, também, necessárias nas relações estabelecidas pelos serviços públicos, demandando a regulação tuteladora<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> In: “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500. Em virtude do artigo o autor fora agraciado com o Prêmio Nobel, em ciências econômicas, no ano de 2001. O estudo elaborado pelo autor focou-se no mercado de automóveis usados, em que o vendedor tem muito maior conhecimento das condições do bem que o comprador. A grande questão decorrente da assimetria de informação é a aproximação de preços entre os “lemons” (denominação aos automóveis usados em más condições de conservação) e os automóveis em boas condições, o que levaria a depreciação do preço dos melhores e sua valoração sempre baixa, causando prejuízos ao equilíbrio de preços neste restrito mercado.

<sup>110</sup> Não se está a referir aos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, mas ao de prestação realizada por pessoas jurídicas de direito privado, ainda que a titularidade do serviço se mantenha estatal.

Primeiramente destacamos o necessário reconhecimento da aproximação entre consumidores e usuários. Com a liberalização da prestação de serviços públicos, alterou-se o foco do fornecimento de serviços padronizados para atendimento de cada usuário em sua individualidade<sup>111</sup>, o que se verifica com mais vigor nos serviços públicos em que a concorrência se estabeleceu. Exemplo maior: a telefonia.

Adota-se aqui o entendimento de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre os prestadores e usuários de serviços públicos é de natureza contratual, ainda que haja grande incidência de normas de direito público, decorrente das obrigações de serviço público incidentes sobre a relação<sup>112</sup>.

Essencialmente, porém, o que se pretende demonstrar é que, em que pesem as semelhanças entre os usuários de serviços públicos e os consumidores, a sua tutela dá-se de maneira diversa.

Há de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor – CDC - aos serviços públicos, tendo em vista a imposição legal<sup>113</sup>. Ocorre que esta aplicação não pode ser absoluta, ou direta, devendo-se compreender a lógica dissonante existente entre ambos. Enquanto as relações de consumo visam a satisfações individuais, os serviços públicos carregam consigo valores de solidariedade coletiva.

Ao se impor a aplicação do CDC nas relações de serviços públicos, parece-nos que há o reconhecimento de ser aquela uma norma geral, não aplicável diante a incompatibilidade com os valores e normas referentes ao serviço público. A aproximação entre consumidor e usuário de serviço público dá-se com maior facilidade, até pela real semelhança situacional entre as partes, ao se tratar de serviços individualizados e remunerados diretamente pelo consumidor (ex.: serviço postal, telefonia e transporte coletivo rodoviário).

Mas, e mesmo nestas espécies de serviços, há dois pontos em que se deve considerar o afastamento entre os regimes jurídicos, e que se prestam a bem demonstrar a diferença entre ambos: (a) a inexistência de direito adquirido com relação às prestações

---

<sup>111</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34836>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

<sup>112</sup> É mera manifestação do fenômeno da publicização do direito privado, que se analisará. Quanto à natureza privada, esta se prova em virtude da seguinte linha de pensamento: há grande regulação da relação estabelecida, muitas das vezes quase que integralmente, mas a sua incidência ocorre somente se firmado o contrato entre as partes. Acresce-se que as previsões cogentes impõe um mínimo a ser observado pelas partes, restando liberdade aos contratantes daquilo que não houver previsão impositiva (cfr. Idem, sem numeração de páginas).

<sup>113</sup> Há previsão nos seguintes dispositivos: art.7º, caput, Lei n. 8987/98 (Lei de Concessões e Permissões); art.4º, II; 6º, X e 22 do próprio CDC que traz previsões referentes aos serviços públicos.

inicialmente acordadas, tendo em conta a possibilidade de alteração do regime de prestação de serviços públicos pelo Estado (que irá afetar a relação contratual entre prestador e usuário); (b) as tarifas pagas pelo usuário prestam-se, além da mera remuneração do prestador, à sustentabilidade do sistema de serviços prestados, potencialmente para a sua expansão ou para mecanismos de solidariedade que não mais se sustentam por tributos, mas por subsídio cruzado que se impõe sobre os usuários<sup>114</sup>.

### 1.3.3. A tutela como função administrativa

Em tom de conclusão, desta regulação “conflituosa” de tutela do mercado e de vulneráveis, o que se tem é a existência de uma ordem jurídica econômica que traz ao Estado o dever de garantir direitos e implementar políticas públicas<sup>115</sup>, seja pela prestação direta de serviços públicos, seja pela imposição de “deveres de solidariedade”, que ensejam custos e demandam atuação conformada dos entes privados no mercado.

O destaque à questão do custo e do dever de tutelar o lucro decorreu também do processo de positivação dos “direitos a...”<sup>116</sup>, resultando, embora não sendo o único fator, na crise do Estado fiscal. A transferência dos deveres aos entes privados pode induzir à mera transferência do gravame, levando ao colapso do modelo.

Assim, em que pese a regulação da atividade privada prestar-se à “disciplina” e “proteção”, ambas as expressões podem induzir à interpretação de serem limitativas da atuação livre dos entes privados, a fim de privilegiar caracteres “sociais”. Deve prestar-se,

---

<sup>114</sup> Podem-se citar diversos exemplos, como isenção de pagamento por estudantes; gratuidades a idosos; preço único independente de distância percorrida nos serviços de transporte público; pagamento parcial a estudantes e idosos em espetáculos e atividades de lazer (tais como partidas de futebol); obrigação de construção de unidades habitacionais adaptadas a deficientes físicos, se estes assim o requererem quando da compra do imóvel, sem que lhe seja imputado qualquer majoração de valor.

<sup>115</sup> Maria Paula Dallari Bucci as define como: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (*in: Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.241).

<sup>116</sup> A expressão “direitos a...” é a tradução do conceito de “freedom to”. Esta expressão é utilizada em oposição aos “freedom from”. As liberdades “contra” o Estado, ou de restrição de atuação e dominação estatal, são identificadas como os direitos humanos de primeira geração. Já diante do reclamo de atuação estatal estabelecem-se as “freedom to”. Poderíamos traduzir de maneira literal como “liberdades para”, desde que se concebesse liberdade como a concessão estatal de direitos que garantissem um mínimo de prestações suficientes a que as liberdades iniciais não se prestassem a mero instrumento de domínio burguês, ou a “proclamações sem conteúdo real, em suma, como álibis ideológicos que encobriam a efetividade de uma exploração quotidiana” (cfr. HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, pp.47-50). Cass Sustein os denomina de “positive rights”, em análise crítica da profusão de constitucionalização de tais direitos (*in: "Against Positive Rights Feature," 2 East European Constitutional Review 35 (1993)*). Com relação ao custo dos direitos e a indevida imputação de custos somente aos direitos positivos e não aos negativos, cfr. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos Não Nascem em Árvores*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

também, à tutela da livre iniciativa, equilibrando os fatores para que se dê total cumprimento ao dever constitucional de proteção à propriedade privada e à livre iniciativa. A atuação do regulador, por meio de imputação de deveres “sociais” jamais pode ser suficiente a impingir gravame excessivo que desestime a atividade privada e leve a uma “apropriação” coletiva do lucro. A “tutela de certos interesses particulares é inseparável da tutela do mercado, constituindo uma ordem simultaneamente de protecção e direcção”<sup>117</sup>.

Acresce que a função de tutela imposta à Administração não deve ser tida como de terceiro desinteressado e neutro, mas sim de poder atuante a fim de dar efetividade aos direitos e cumprir os deveres constitucionalmente postos ou decorrentes, ou seja, realizar o interesse público. Daí a conclusão posta: a tutela como função administrativa.

#### **1.4. A justificativa jurídico-formal da regulação e o interesse público**

É necessário que se esclareçam os motivos que levam à justificação jurídico-formal da regulação e dos atos regulatórios. Podemos apontar dois, em essência: o “perigo” de as autoridades reguladoras utilizarem nobres finalidades postas em lei para atuarem além dos limites legais; e a fim de reforçar a necessária fundamentação dos atos da Administração, em especial a regulação econômica, tendo em vista a recente “preocupação” constitucional com a questão que, anteriormente à Constituição de 1988, se submetia ao arbítrio ou a leis esparsas, sem metodologia econômica e com frágil sustentabilidade jurídica<sup>118</sup>.

O fundamento constitucional da regulação está de modo expresso no já visto art.174, CF. É previsão novidadeira no ambiente jurídico econômico brasileiro e dela decorre a imposição, para além da possibilidade, do dever-poder de a realizar. Naturalmente não se pode interpretar a previsão constitucional como justificativa absoluta de regulação ilimitada, sob pena de se incorrer em arbítrio estatal. O dever-poder de regular a atividade econômica ou, se necessário for, apresentar um fundamento imanente, pode ser extraído do próprio dever do Estado de garantir a realização de inúmeros direitos fundamentais, seja nas relações dos cidadãos consigo, seja nas relações entre privados. E daí a prestação de serviços públicos de maneira direta ou indireta e o fato de nas relações

---

<sup>117</sup> Cfr. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. ob.cit. p.236.

<sup>118</sup> Neste sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”. *Revista de direito público da economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p.87-118, out./dez. 2013.

privadas haver o cumprimento e o respeito aos direitos fundamentais (a horizontalidade dos princípios fundamentais nas relações privadas) por meio da regulação.

Reconhecemos, em concordância com a majoritária doutrina, que a finalidade da atuação da Administração está voltada à prossecução do interesse público<sup>119</sup>. O que se pretende demonstrar é que essa finalidade não se pode prestar a uma “justificativa geral” ou “salvo-conduto” de atuação regulatória estatal<sup>120</sup>.

“Interesse público”, no entender de Celso Antonio Bandeira de Mello, seria a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, de cada indivíduo como partícipe da sociedade, não importando a coincidência com seu interesse individual, nem sendo mera somatória dos interesses individuais<sup>121</sup>.

Adiantamos que a doutrina não traz um conceito unívoco, mas sim, e talvez mais importante do que o conceito em si, a consideração de que se pode falar em três zonas quanto aos objetos a serem analisados: uma zona de certeza positiva, em que não há qualquer dúvida de que determinado objeto refere-se a um interesse público; a zona de certeza negativa, em que se tem absoluta verificação de que não se está a tratar do interesse público; e uma zona intermediária, em que há dúvidas quanto à sua submissão ao conceito.

Há na doutrina brasileira intensa discussão acerca, não da existência de um interesse público em si, o que também há, mas da existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado<sup>122</sup>. Especialmente argumenta-se que a Constituição não permite que haja supremacia de interesse público, não havendo qualquer previsão expressa, além de não se poder extrair um princípio intrínseco que permita que assim se entenda. Para além, entende-se que a Constituição foi especialmente protetora de direitos fundamentais, não cabendo à doutrina administrativista manter-se a um valor antigo que não encontraria mais suporte constitucional. O entendimento seria o seguinte: nas situações em que o constituinte originário pretendeu a prevalência do interesse público assim o terá feito expressamente, do que não decorre que haja um valor geral a ser extraído.

---

<sup>119</sup> Pedro Gonçalves, *in: Reflexões*, ob.cit., p.74.

<sup>120</sup> Nos dizeres de Vital Moreira: “A doutrina tradicional quanto à explicação da regulação pública da economia divide-se em duas vertentes: a) a teoria do interesse público, segundo a qual a intervenção econômica do Estado se deve à necessidade de corrigir falhas do mercado, de modo a satisfazer certos interesses públicos, a saber, a concorrência, a proteção dos consumidores, o ambiente, a competitividade externa, etc.,” (in: *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p.41), assim, a pretensão é demonstrar que há submissão do interesse público a parâmetros jurídico-formais legitimadores da atuação regulatória estatal.

<sup>121</sup> *In: Curso...* ob.cit., p.60.

<sup>122</sup> Texto referenciado como “estopim” da celeuma: ÁVILA, Humberto Bergmann, “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *in: O Direito Público em tempos de crise*, obra coletiva organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

A antítese é que a Constituição, de maneira implícita, terá previsto tanto o princípio da supremacia quanto o próprio interesse público, ainda que este seja de difícil definição. Quanto ao conflito dos interesses individuais, não haveria uma presunção absoluta de supremacia, pois quem assim interpreta o princípio estará dando uma amplitude que jamais a própria doutrina dera.

Desta maneira, a supremacia do interesse público há de ser reconhecida e submetida à legalidade, dependendo de positivação no ordenamento jurídico, isto é, somente haveria interesse público ao ser convertido em direito<sup>123</sup>. Mas não deve, por isso, ser tomado como questão política, dependente da positivação, mas sim como princípio que informa a positivação e interpretação do Direito.

No âmbito de nosso estudo o reconhecimento do interesse público é essencial, tendo em vista que entendemos a regulação em decorrência da existência de sua supremacia, da qual decorre a exigência de atuação estatal na conformação da ordem econômica. Acaso assim não fosse, haveria de se permitir a atuação livre dos entes privados no ambiente econômico.

Outro ponto essencial está, no âmbito da regulação econômica, numa mudança do paradigma de legalidade, em que as leis de regulação estipulam os fins a serem atingidos, outorgando competência e poderes aos entes reguladores, bem como acabando por definir os interesses públicos, muitos deles contraditórios, como a eficiência de mercado e a satisfação de interesses sociais, sem que haja a predefinição do interesse público prevalecente<sup>124</sup>. Cabe ao ente regulador a sua determinação a fim de buscar a maior satisfação dentre os interesses públicos postos em lei, com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos<sup>125</sup>.

Assim, e o que não se pode perder de vista, é a possibilidade de os entes reguladores imporem aos regulados restrições ao direito de liberdade vinculado à iniciativa privada<sup>126</sup>. E esta regulação não se deve basear somente em uma supremacia do interesse

---

<sup>123</sup> RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. “Interesse público: um conceito jurídico determinável”, in: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.117.

<sup>124</sup> VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *A Quebra...*, ob.cit., p.24.

<sup>125</sup> GUERRA, Sérgio. “Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira”, in: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. - ano 11 - n.44 (outubro/dezembro-2013) - Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.234. O menor sacrifício possível, por vezes, exige a preservação de interesses privados, ou mesmo o próprio interesse público está na submissão do interesse público ao interesse privado (cfr. GABARDO, Emerson. “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437, p.111).

<sup>126</sup> O mercado teria se convertido em uma instituição de interesse público, demandando sua adequada tutela (cfr. VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *A Quebra...*, ob.cit., p.37).

público, por mais nobres que sejam os interesses projetados. Decorre daí a necessidade de se resguardar a competência e a finalidade previstas expressamente em lei. Ainda que se prestigie o interesse público que a Administração pretendeu tutelar, não se pode admitir a superação de determinantes da higidez jurídica do mandamento regulatório. Impõe-se a necessidade de lei em sentido estrito que outorgue competência formal e material para tratamento da matéria e, já na chamada “legalidade aberta”, as finalidades impositivas à Administração<sup>127</sup>.

Por fim, vale destacar que no plano jurídico-formal a legitimidade da atuação do Estado regulador é a lei setorial e a Constituição<sup>128</sup>. Assim, em que pese admitirmos a supremacia do interesse público, esta não significa a admissão de superioridade em qualquer caso, havendo de se observar que o próprio Direito Administrativo não é um Direito de pura realização do interesse público ou privado, mas um conjunto de mecanismos de equilíbrio entre a realização do interesse público, com respeito “aos legítimos interesses individuais”<sup>129</sup>. No âmbito da regulação econômica, um equilíbrio derivado da tutela que se impõe como função estatal.

## **2. O contrato privado, meio e instrumento de regulação**

### **2.1. Noção de contrato, do liberalismo ao Estado Social**

---

<sup>127</sup> Não se está a desprezar a importância da questão da legalidade e da sua essencialidade na estrutura jurídica, mas não se pretende no âmbito do presente trabalho repassar a necessária análise acerca da legalidade administrativa, em que pese no presente ponto ter sido feita a referência a fim de demonstrar a necessidade de respeito aos parâmetros jurídico-formais para a legitimação da regulação. De modo pragmático admitimos as alterações nos pressupostos da legalidade administrativa. A literatura é vastíssima e foi das grandes questões que geraram inúmeros embates judiciais e acadêmicos no Brasil nas décadas de 1990 e 2000. Referimo-nos especialmente a: Paulo Otero e seu estudo sobre o fenômeno, denominando uma de suas facetas como “flexibilidade da legalidade administrativa” (Paulo Otero, in: *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Reimp. da ed. de Maio de 2003, Coimbra: Almedina, 2007, pp.893-955); Pedro Gonçalves refere que a lei tende a indicar “objetivos públicos e resultados” confiando à Administração ampla liberdade quanto aos meios de ação (in: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, ob.cit, p.36); na doutrina brasileira, em boa síntese dos desenvolvimentos argumentativos e histórico da questão: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. “Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade”, in: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. O Supremo Tribunal Federal do Brasil ainda recentemente voltou a se manifestar quanto ao tema e o fez no seguinte sentido: “Dotada de inquestionável relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 889/STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo889.htm> >. Acesso em: 8 fev. 2018).

<sup>128</sup> Neste sentido: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate”. *Revista Direito GV*, especial 1, 2005, p.2.

<sup>129</sup> CORREIA, José Manuel Sérulo. “Os grandes traços do direito administrativo no século XXI”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016, p.54.

O contrato é um acordo das partes, destinado a criar, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica, que contém: ou obrigações ou outros deveres, ainda que para uma só das partes<sup>130</sup>.

Para além do conceito a ser adotado e diante o foco do trabalho, importa analisar alguns aspectos do contrato<sup>131</sup>, em especial quanto ao fato de ser um instrumento de regulação entre as partes e as consequências do processo de aproximação entre as esferas do direito público e privado.

A noção de “contrato” tem uma relação com o período histórico em que se observa. Não há unicidade conceitual, mas sim uma “adaptação” ao tempo a que se está a referir. Pode-se voltar ao tempo dos romanos ou até mesmo dos filósofos gregos<sup>132</sup>.

Sob influência dos canonistas e da escola do Direito Natural<sup>133</sup>, essencialmente, surgem as bases do conceito moderno de contrato. Assim, conjugou-se que o acordo de vontades era fonte do vínculo jurídico, sendo o contrato “lei entre as partes”. A partir de então não se pode ignorar o ambiente cultural e filosófico, desde as ideias liberais, consagradas socialmente na Revolução Francesa, com o início da Idade contemporânea e a Revolução Industrial.

O liberalismo, como signo de oposição aos regimes absolutistas que lhe precederam, exigia a não intervenção estatal na esfera pessoal dos cidadãos. A liberdade individual tornara-se “dogma”. No Direito traduzida, também, em liberdade contratual,

---

<sup>130</sup> AMARAL, Francisco. “O Contrato e sua Função Institucional”. *Studia Iuridica – Colloquia, Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 48, n. 6, p. 369-377, 1999/2000. O autor segue a definição dada pelo anteprojeto do Código Europeu dos Contratos.

<sup>131</sup> Afirma-se que “o contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências econômicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época. Analisa-lo, do apogeu da época liberal ao presente, é percorrer muitos caminhos trilhados pela pensamento jurídico; discuti-lo é debater o próprio sentido do direito” (GOMES, Júlio – “Cláusulas de hardship”. MONTEIRO, António Pinto (coord.) - *Contratos : actualidade e evolução* Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. ISBN 972-8069-11-1. pp. 167-204, p.188).

<sup>132</sup> Judith Martins-Costa refere-se a contrato, ou a explicação da ordem jurídica como decorrente de um acordo de vontades, já desde a filosofia de Epicuro (*in*: “A noção de contrato na história dos pactos”. *Uma Vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp.497-513, p.497.). Por sua vez Francisco Amaral (*in*: ob.cit., p.364) ao discorrer sobre o contrato no Direito Romano explicita a diferença entre a existência contemporânea de um conceito, ou noção, ampla de contrato, em contradição com a existente à época.

<sup>133</sup> Quanto aos canonistas a importância que se lhe dá quanto ao conceito de contrato está no consenso e na fé jurada. A conduta contrária ao contrato assemelhava-se à mentira e, logo, ao perjúrio. Trouxe, então, a valoração do contrato como estabilidade de conduta das partes. A Escola do Direito Natural apresentou a defesa da concepção de vontade livre dos contratantes, e, decorrente dessa vontade, caracterizando-se o contrato como sua concreção, o dever de seu cumprimento (as fontes são inúmeras, mas devido a sua importância e explorações de temas inovadores acerca dos contratos à época, sendo a primeira edição do livro de 1959, ainda pouco analisados no Direito brasileiro, referimos a Orlando Gomes, *in*: *Contratos*. 26<sup>a</sup>.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.6-8).

incluídas as esferas de liberdade de estipulação e fixação do conteúdo do contrato<sup>134</sup>, com a determinação de espaços de atuação: aos indivíduos o gozo da vontade livre, ao Estado a tutela da vontade e dos efeitos jurídicos decorrentes<sup>135</sup>.

O novo sistema econômico-social, de afirmação do capitalismo, exigia o tráfego de riquezas, isto é, as transações. Mas não só: as terras eram propriedade de indivíduos vinculados ao antigo regime e, a fim de viabilizar a transferência da propriedade, era necessário que se estabelecesse um meio juridicamente reconhecido, tendo sido o contrato o instrumento utilizado. Assim, restava a tutela do Direito para aquela transação de bens estabelecida entre as partes, agora iguais e livres<sup>136</sup>.

Neste ambiente inicia-se a era das codificações, especialmente o Código Napoleônico de 1804<sup>137</sup>. Em que, diante do ideário da igualdade formal e da liberdade entre os contratantes e do contrato como fonte das obrigações – a fim de se garantir a segurança jurídica da classe ascendente, a burguesia –, positivou-se formalmente o contrato e as obrigações. Obteve-se êxito na proteção dos interesses da então classe dominante e da proteção das liberdades “recém” conquistadas<sup>138</sup>.

À época, estabelece-se o que veio a ser chamado de “Escola da Exegese”. Em breves termos, defendeu-se a seguinte ideia: a fim da interpretação da lei, procura-se o “mens legislatoris”, ou seja, a vontade presumida do legislador na montagem do sistema, que deve funcionar sem recorrer a outra espécie de interpretação, devendo internamente completar-se, sem necessidade de acesso a qualquer outra fonte integrativa. Em simultâneo, quanto aos contratos, a integração há de se basear na vontade dos contratantes.

Em sequência, surge o Código Civil alemão (o famoso BGB), donde se pode extrair o conceito de negócio jurídico, o qual influenciara fortemente os termos do Código Civil brasileiro de 1916. Destacou-se a noção de “autonomia das partes”, que livremente determinam os efeitos jurídicos que pretendem, produzindo a norma concreta<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2013, pp.447-453.

<sup>135</sup> Neste ponto chama-nos atenção a concepção de Joaquim de Souza Ribeiro de que a autonomia, no ideal do liberalismo, seria a potencialidade de transacionar no mercado sem limitações impostas pelo ordenamento, mas também que a vontade fosse livre suficiente a que sequer atendessem à razão, não caberiam limites estatais ou éticos (*in: O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina 1999, p.27.).

<sup>136</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *ob.cit*, pp. 500-506.

<sup>137</sup> Há de se reconhecer a polémica existente acerca da antecedência de outras codificações civis de mesma natureza. Ocorre que, especialmente pela influência política, econômica e militar, os ideários e disposições do referido código, espalharam-se na Europa ocidental e América católica especialmente.

<sup>138</sup> Cfr. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. “O culto do texto da lei na escola da exegese: seu sentido e limites”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 79. Coimbra: [s.n.], 2003, pp.681-733.

<sup>139</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *ob.cit*, pp. 500-506.

Destes primeiros e influentes códigos e da doutrina inicial extraem-se três características essenciais, as quais ainda hoje influenciam a dogmática acerca dos contratos: a igualdade formal, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos pactos (e a sua relatividade, ou seja, afetação somente aos contratantes). Orbitam em torno do individualismo e da autonomia privada, entendida por Ana Prata, com relação ao contrato, como sinônimo da liberdade negocial, sendo traduzida no poder do homem de juridicizar sua atividade, enquanto conduta reconhecida pela ordem jurídica<sup>140</sup>.

No aspecto que aqui buscamos analisar, parece evidente que o ambiente cultural e jurídico induziam à liberdade dos contratantes que livremente estipulavam o contrato entre si, em busca de segurança jurídica, já que cabia ao Estado a tutela correspondente ao descumprimento do pactuado. Ou seja, as partes regulavam a relação jurídica.

A característica de instrumento de autorregulação é destacada na noção de contrato. Essa concepção é superestimada nas teorias normativas ou preceptivas do contrato. Superficialmente pode-se resumir o contrato como fonte normativa. Ainda que se tratem de normas entre as partes, estamos diante de verdadeiras normas jurídicas que buscam sua respectiva validade nas normas superiores<sup>141</sup>.

Diante deste primeiro momento de liberdade e autonomia absolutas – que nunca ocorrera de fato –, a própria modificação do quadro social e econômico, ao menos quanto ao idealizado pelo liberalismo em seu princípio, acaba por induzir a modificação do quadro jurídico<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. Ana Prata, *in: A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016, p.12. Sérvulo Correia entende a liberdade contratual como a autonomia privada convertida em possibilidade de constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas sob regulação das normas impostas de declaração de vontade e da sua aceitação. Sua manifestação dá-se em sentido mais restrito quanto à vontade como fonte dos negócios jurídicos e negando a identidade entre autonomia privada e liberdade contratual, em que pese identificar esta como sua manifestação mais importante (*in: ob.cit*, pp.443-444). O individualismo é de tamanha importância que Francisco Amaral o entende como fonte e causa final de todo o sistema (*in: “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”*. *Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra*. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Vol. 2 (1989), p. 5-41, p.19).

<sup>141</sup> Em quadro resumido: GOMES, Orlando, *ob.cit.*, pp.15-17; e ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina. 2000. v. I. 2. Reimp, p.218. Não se trata aqui de avaliar ou contradizer a teoria normativa, mas apenas demonstrar que, independente de sua adoção, tão só a sua existência já demonstra suficientemente a aceção do contrato como meio regulatório, há a superação da visão absoluta do contrato como ato de vontade.

<sup>142</sup> Sérvulo Correia resume a questão no sentido de que a liberdade contratual consiste numa área de licitude negativamente delimitada pelo Direito objetivo. Explicita, também, que as codificações, quando de sua elaboração, já não coincidiam com a realidade dos fatos a que pretendiam regular. Indica a existência de pressupostos errôneos de identificação da sociedade com os interesses de um grupo social e este grupo já não poderia mais ser observado como o dos empresários individuais (tendo denominado esta composição social de fantasiosa) (*in: ob.cit*. pp.449-450).

Ainda num transcorrer histórico, do “Estado liberal” passa-se ao “Estado social”. Como marcos jurídicos reconhecidos temos as constituições de Weimar e do México, trazendo em seu bojo o reconhecimento de direitos sociais. Na verdade, o fenômeno anterior, do modelo liberal, houvera levado ao abuso da liberdade e à deturpação da igualdade<sup>143</sup>. Enquanto fim dos privilégios decorrente de classes, o reconhecimento dos cidadãos como iguais pretendia o equilíbrio, pois o que se observava era a exploração e a degradação social.

Pode-se reconhecer – sem a pretensão de criar uma sistematização e reconhecendo-se que o transcorrer dos fatos intrinca-se naturalmente – que a modificação do Direito dos contratos decorre de alterações da realidade no universo privado e estatal.

No âmbito privado há os seguintes aspectos marcantes: a economia de massas, conjugado à existência das grandes empresas e a estipulação de contratos-padrão; a massificação dos contratos induz a que não haja negociação, não haja qualquer manifestação de vontade, e o ato de contratar, muitas das vezes, dá-se pela essencialidade do objeto e não pelo exercício de autonomia e liberdade; as cláusulas contratuais são impostas por uma das partes; a existência de grandes empresas põe à prova a igualdade, que se reforça como apenas formal; e a disparidade de poder e de ferramentas entre os que necessitam dos bens e seus fornecedores é tamanha que impossibilita uma verdadeira negociação<sup>144</sup>.

Quanto ao Estado, observa-se um “dirigismo econômico” – além da pujança do seu poder centralizado, vinculado historicamente ao seu protagonismo institucional – que no âmbito dos contratos converteu-se em “dirigismo contratual”. Em paralelo a tal fenômeno, as constituições ganharam caracteres de instrumentos jurídicos e não meramente políticos: assim, seus preceitos protetivos, sua vinculação a objetivos coletivos e não meramente individuais, jurisdicionam-se.

O dirigismo consiste numa atuação intervencionista do Estado social, voltada às finalidades do contrato e não mais à mera garantia de liberdade de sua estipulação e cumprimento. É um modo de atuação em que se provoca desequilíbrio na relação de igualdade formal contratual, a fim de compensar a desigualdade fática existente, não só

---

<sup>143</sup> Cfr. Vieira de Andrade, *in: Os direitos fundamentais...*, *ob. cit.* p.59.

<sup>144</sup> No histórico de quebra do paradigma da igualdade e da consequente e teoricamente natural justiça das relações contratuais, observa-se a necessidade de busca do equilíbrio relacional nos contratos de trabalho. Ao Estado restou o mecanismo de reconhecimento do fenômeno e ao tratamento legal diverso na relação trabalhista. (cfr. Orlando Gomes, *in: ob.cit:* pp.8-10). O autor ainda faz referência à teoria normativa, em que entende haver uma espécie de regulamento privado nas condições gerais do contrato (ou cláusulas gerais, como preferimos), assim como nos contratos de adesão, o que induziria a uma espécie de dirigismo privado.

pelo meio de compensação de hipossuficiências, mas também pela definição prévia da distribuição dos deveres, direitos e obrigações das partes. O contrato acaba por se prestar ao cumprimento de finalidades estatais, tendo-se tornado numa operação dirigida, seja pelo Estado, seja por um dos contratantes, impondo os termos contratuais à outra parte<sup>145</sup>. O dirigismo estatal, que aqui nos ocupamos, vem em busca da compensação das imposições de caráter privado, tirando o poder de livre regulação das partes e de exercício da liberdade contratual. Para tanto, utilizam-se normas imperativas a fim de delimitar o modo de autorregulação entre as partes contratantes.

Desta fase, do transcorrer do contrato contemporâneo, extraem-se os seguintes princípios: autonomia da vontade; valoração do consensualismo; e força obrigatória<sup>146</sup>. A liberdade, como afirmamos, era o cerne do contrato<sup>147</sup>; porém, passou a submeter-se a dois essenciais limitadores: à ordem pública e aos bons costumes. No direito brasileiro são limites fundantes do ordenamento jurídico<sup>148</sup>.

Quanto à ordem pública, tal qual a própria noção de contrato, há de se ter em conta uma noção influenciada pela historicidade, sofrendo variações conforme a época e lugar a que se refira. A limitação imposta pela ordem pública visa a proteção de interesses fundamentais da sociedade e, quanto aos contratos entre particulares, procurando que o contrato seja utilizado como meio de opressão<sup>149</sup>. Seriam as normas relativas aos interesses essenciais do Estado e da sociedade, estabelecendo sua ordem econômica e moral<sup>150</sup>. A sua

---

<sup>145</sup> Cfr. Orlando Gomes, referindo-se a Jossierand, a quem atribui a autoria da expressão (*in: ob.cit*, p.30). Observe-se que as finalidades buscadas referem-se a estatais e não públicas. Não há que se confundir interesse público e o estatal, especialmente no ambiente do dirigismo econômico.

<sup>146</sup> Cfr. Orlando Gomes, *in: ob.cit*, p.25.

<sup>147</sup> Miguel Reale reafirma a valoração da vontade, como signo da autonomia da vontade, e em tom crítico se opõe aos “afoitos defensores da estatização do mundo jurídico” (*in: Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp.73-74).

<sup>148</sup> Assim o consideramos tendo em vista a previsão constante do artigo 17 da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (Dec.-Lei 4.657/42), em que expressamente se limita a declaração de vontade (“Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem (...) a ordem pública e os bons costumes”). Há de se observar a não admissão de eficácia de declarações de vontade exercidas fora do território brasileiro, assim induzindo a que as declarações internas submetam-se aos mesmos limites. As limitações às declarações de vontade realizadas sob as leis brasileiras estão limitadas pelo artigo 122, Código Civil (“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”). Observe-se o diverso tratamento legal dado a questão, negando-se a eficácia em um caso e a validade em outro.

<sup>149</sup> MATIAS, João Luis Nogueira. “Publicização do direito privado e liberdade de contratar”, *in: Revista Esmafe*, n. 15, ago. 2007, pp.119-149, p.132. Pedro Gonçalves, referindo-se ao direito privado e não somente às relações contratuais, expõe a potencialidade de que as relações entre particulares possam assumir contornos autoritários (*in: Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p.277).

<sup>150</sup> Cfr. Orlando Gomes, *in: ob.cit*, p.28. É com base na ordem pública, por exemplo, que o Conselho de Estado francês vedou o espetáculo de “arremesso de anões” (também com base à agressão de sua dignidade humana). Já quanto à ordem pública econômica a vedação de contratos de enfiteuse, tendo em vista o longo

não observância torna o contrato absolutamente odioso não somente em seu aspecto jurídico, mas, para além, em seu caráter social.

Quanto aos bons costumes, a dificuldade de conceituação mantém-se, restando uma noção mutável temporalmente. É com base neste princípio que não se admitem, por exemplo, contratos de trabalho de profissionais do sexo<sup>151</sup> ou de exploração de casas de tolerância. É a manifestação da Moral, “traduzida” aos conceitos jurídicos. A questão que se levanta é de se utilizar a moral a fim de evitar a evolução social, frear a mudança de costumes, impor a vontade de determinado grupo social sob determinado mando protetivo jurídico, em clara agressão à autonomia privada.

Após a análise dos limites essenciais e iniciais à liberdade contratual, impedindo a livre autorregulação entre os entes privados, cabe analisar a evolução das limitações estatais e a mudança do aspecto limitativo, para o que se convém denominar de heterorregulação (conjunta entre Estado e particulares)<sup>152</sup>.

## **2.2. O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), a Constituição da República de 1988 e os “novos” princípios contratuais**

O encaminhamento histórico do contrato no Direito brasileiro apresenta uma particularidade decorrente do desenrolar de seu processo político e do transcorrer do processo legislativo do “novo” Código Civil (Lei 10.406/02). Este se inicia anteriormente a um quadro político em que fosse viável uma nova Constituição democrática – e, mais, sequer se imaginasse a implantação de um Estado social que buscasse a emancipação da pessoa humana<sup>153</sup>.

---

prazo de tais contratos, não efetivando a transferência do direito real de propriedade, mas também não sendo transitório como haveria de se desejar.

<sup>151</sup> O exemplo posto provoca o questionamento acerca da historicidade dos valores morais. Países há em que a atividade é regulamentada pela lei. No Brasil apenas goza-se da atipicidade penal, restando sem suporte jurídico outro.

<sup>152</sup> Ana Prata denomina, ao analisar a “intervenção pública nas relações interprivadas”, de “limites positivos”, o que enseja uma contradição semântica, mas que bem expõe a questão (*in*: ob.cit, p.41).

<sup>153</sup> Quanto a este transcorrer cabe esclarecer que: já se reconhecendo as dificuldades de adequação do Código Civil então vigente, desde o ano de 1916, nos idos dos anos 1970 inicia-se a elaboração de uma nova codificação. No período de elaboração e trâmite da proposta do novo texto estava o Brasil, ainda, sob a ideia de dirigismo estatal, seja no campo econômico, seja no campo jurídico, por parte do regime ditatorial então vigente. Após o lançamento de seu anteprojeto, no qual já se reconhecem as mudanças da realidade e da dogmática, inúmeras críticas são levantadas, o que impede a devida evolução. Durante o conturbado período adentra-se na redemocratização que deságua na elaboração da Constituição, inserindo novos valores vinculados à socialidade, marca já presente no projeto em transcurso, mesmo antes do novel texto constitucional. Cfr. Orlando Gomes, *in*: ob.cit. pp.XV-XVII.

A socialidade, ou seja, a superação do individualismo, foi marca essencial do referido Código. E não só quanto aos contratos, mas também com relação à família e propriedade, impondo novos valores, em que não se está a tratar somente das benesses individuais do agir nas relações privadas, mas também do benefício de toda a sociedade<sup>154</sup>.

Não se deve interpretar a socialidade como o desprezo ao valor da pessoa humana, como unidade central do sistema, ao ponto de que o contrato não se preste mais à regulação das relações entre privados. O que a valoração da socialidade traz são novas limitações à liberdade contratual. Mas não como meras limitações de caráter restritivo, tal qual se tem no pensamento tradicional das relações civis, em especial quanto à propriedade; são limitações que se podem denominar de dinâmicas, que operam o direcionamento do agir dos contratantes<sup>155</sup>.

Neste intrincado momento de renovação do Estado brasileiro, quando da redemocratização, chega-se à promulgação da Constituição de 1988. Ainda que criticada<sup>156</sup>, há reconhecimento universal de que consigo estabeleceu-se no Brasil, de maneira efetiva, o Estado social, não mais baseado no dirigismo extremo da economia, mas inegavelmente voltado aos valores que o inspiraram à realização plena de uma “sociedade livre, justa e solidária” (Art.3º, I, CF), como objetivo fundamental da República.

Em consonância ao transcorrer histórico, a Constituição ganha o reconhecimento de sua força normativa, deslocando-se o eixo interpretativo do Direito. Esta justaposição entre projeto, promulgação constitucional e vigência do Código Civil, induz a que valores ali impostos influenciem na interpretação constitucional: há influência recíproca entre os dois textos<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Miguel Reale afirma que o Código Civil “assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas” (in: *Visão geral do projeto de código civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 2 set. 2018). O autor também enxerga a existência do “sentido social do contrato” no artigo 5º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (in: “Diretrizes de hermenêutica contratual”. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp.1-6, p.3). Acerca de uma aparente marcha inevitável das valorações sociais: EICHENHOFER, Eberhard. ob.cit., p.193.

<sup>155</sup> O direcionamento a que nos referimos não se assemelha ao dirigismo contratual característico de um momento histórico anterior, mas sim de um cumprimento pelos entes privados, das finalidades sociais impostas pelo ordenamento jurídico.

<sup>156</sup> A crítica posta, de caráter político, baseava-se em suposto atraso histórico, já que à época os Estados sociais ou Estados providência vinham em declínio, crítica esta voltada mais aos aspectos dos direitos sociais ali outorgados. Quanto às dificuldades impostas pela amplitude constitucional, que invariavelmente esbarra na questão dos “custos dos direitos”, e numa análise retroativa, ver: entrevista com Nelson Jobim (legislador constituinte e ex-presidente do STF), in: JOBIM, Nelson. O Estado de S.Paulo: 19 set. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-esquerda-que-era-contr-a-constituicao-de-1988-agora-e-a-sua-maior-defensora,10000076913>>. Acesso em 02 ago. 2018.

<sup>157</sup> Cfr. MATIAS, João Luis Nogueira, ob.cit., pp.136-137. O autor destaca que não se pretende com o afirmado subverter a análise do ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada de normas, mas sim de

Verifica-se a “ruptura do paradigma clássico da distinção”<sup>158</sup> entre direito público e privado. Institutos tradicionalmente postos no Código Civil, já que “pertencentes” ao universo privado, deslocam-se e tornam-se matérias constitucionais: tais como a propriedade, os contratos e a família. Como natural que seja, insertos no texto constitucional, passam a ser normatizados de acordo com os valores e Princípios ali estabelecidos<sup>159</sup>, decorrendo a chamada constitucionalização<sup>160</sup>.

A osmose entre os institutos de direito privado e a Constituição atinge todos os institutos de Direito civil, dentre eles, como é óbvio, o contrato – que, conforme se defende, opera como um meio de atuação da propriedade e, inegavelmente, como um meio de circulação da riqueza. O contrato passou a ser um instituto constitucionalizado, submetendo-se aos ditames da ordem econômica e exercendo a função de cumprimento dos objetivos ali postos.

Mas, e como já se destacou, a Constituição não deve ser lida em compartimentos estanques e, assim sendo, caberá a este essencial instituto à economia o cumprimento da realização da sociedade livre, justa e solidária e a busca de que se assegure a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. A socialidade está expressa em todo o art.170 da Constituição Federal, que referencia a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, além da expressa imposição da função social da propriedade.

Nesta relação entre o Direito civil e a Constituição, reconhecidas a influência recíproca e a quebra da distinção, indicam-se dois pontos a serem analisados: os princípios contratuais trazidos pelo Estado social e sua codificação; e a funcionalização do contrato, como instrumento de cumprimento da Constituição.

Dos novos princípios trazidos pelo Código Civil analisar-se-ão: a boa-fé objetiva e a função social do contrato<sup>161</sup>.

---

que a Constituição acabou por sofrer influência interpretativa dos valores trazidos pelo, então, novo Código Civil.

<sup>158</sup> Expressão utilizada por Pedro Gonçalves, *in: Entidades privadas...*, ob.cit., p.270.

<sup>159</sup> O deslocamento de institutos civis para a Constituição, em geral acompanhadas de valorização em prol do ser-humano não como mero proprietário, mas valorando-o e com imposição de função social para cumprimento de “finalidades coletivas”, muitas das vezes gera críticas pela sua degradação, em especial ao se tratar da propriedade, que deixa de ser instrumento privado, de direção negativa a todos que não o proprietário, passa a ser instituto atuante. Ao contrário das críticas direcionadas a tal fenômeno, entendemos que a instrumentalização social aos institutos de direito civil acaba por fornecer valorização especial, tendo em vista o tratar no texto Constitucional.

<sup>160</sup> Entendida como a “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas fundamentais básicas” (cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, ob.cit, p.378).

<sup>161</sup> Não são raras as inserções do equilíbrio econômico do contrato dentre os novéis princípios, como Humberto Theodoro Junior (*in: O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008). Não negamos que seja princípio trazido pela socialidade, mas, e dentre os limites do presente trabalho, o tomamos como consequência do cumprimento da função social, tendo em vista que, o desequilíbrio econômico induz

O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes o dever de guardar, nas tratativas, assim como na conclusão do contrato e em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé, nos expressos termos do artigo 422, Código Civil<sup>162</sup>.

A perspectiva objetiva da boa-fé impõe a observância de um padrão de conduta baseado na correção, isto é, uma conduta não abusiva e razoável<sup>163</sup>, como um verdadeiro dever de lealdade. Tem como fundamento a busca de um agir ético. É uma “nova” limitação da autonomia da vontade e sua importância está no impedimento de atuação antiética na regulação estabelecida entre as partes por meio dos contratos<sup>164</sup>.

Impõe-se que seja respeitado: nas tratativas, por meio da devida informação, buscando a superação do déficit de conhecimento; na celebração do contrato, por meio de cláusulas não ambíguas e claras, que permitam a adequada atuação do contratante; e na execução das obrigações decorrentes do contrato, assim como posteriormente.

Indica a doutrina nacional a existência de três funções essenciais da boa-fé objetiva: interpretativa-integrativa; limitação do exercício de direitos; e imposição do dever de cooperação<sup>165</sup>.

A primeira relaciona-se a clarificação, ou, com óbvio, na interpretação das cláusulas contratuais, no sentido de que o disposto em contrato não se dirige ao prejuízo de qualquer das partes, mas sim de uma atuação leal que se dirija à atuação das partes na relação com o objetivo de cumprimento adequado das disposições postas<sup>166</sup>.

Já a função de limitação de direitos impede que os particulares atuem na relação contratual extrapolando a conduta que se presume adequada e de boa-fé, atuando no

---

ao descumprimento das finalidades do contrato. Já Joaquim de Sousa Ribeiro entende que “onde esteja tipicamente excluída a liberdade de decisão, deixam de ser toleráveis resultados negociais gravosamente inequitativos, pois eles não são justificados por nenhum dos dois valores, nem pela liberdade, nem pela justiça contratual” (*in*: “O contrato hoje: funções e valores”. *In*: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp.160-161).

<sup>162</sup> Código Civil: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>163</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “Os princípios jurídicos na Relação Obrigatória”. *Revista Forense*, v. 381, p. 71-79, 2005.

<sup>164</sup> Há de se atentar ao adjetivo da boa-fé, objetiva, que se diferencia da subjetiva. A boa-fé objetiva liga-se a um padrão de conduta, esperado e presumido pelo ordenamento. Já a boa-fé subjetiva vincula-se a parte em concreto, ao conhecimento dos fatores reais que induzem a formação e expressão de sua vontade contratada. Não se vincula a um padrão esperado de ação.

<sup>165</sup> Cfr, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. “A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014. Nesse ponto não se adotou a mesma determinação das funções assumida pela autora, fazendo-se, aqui, diversa divisão.

<sup>166</sup> O Código Civil prevê a referida função nas seguintes disposições: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

chamado abuso de direito. A limitação da atuação impõe que as partes do contrato ajam de maneira retilínea e não contraditória, além de impedir que se atue com pequenez, em busca de benefícios a si por meio de subterfúgios legais e factuais que prejudiquem o alheio. Aqui se trata de regulação jurídica relativa à atuação da parte no transcorrer da relação contratual ou do processo contratual (relacional). O seu descumprimento agride ao Princípio da confiança e prejudica o estabelecimento dos contratos como meio de assegurar a segurança jurídica entre as partes.

Quanto ao dever de cooperação, ou também denominado “corretivo”, o entendimento é que se está diante de cláusula geral não escrita dos contratos. Trata-se de uma técnica primeiramente aplicada no direito dos consumidores, em que, acaso não se atenda ao dever de observação da boa-fé, é nulo o negócio jurídico, nos termos do artigo 166, VI, CC – já que está em causa uma norma imperativa, isto é, a imperatividade do dever de obediência à boa-fé. Aqui inserem-se os deveres acessórios aos contratos<sup>167</sup>.

A boa-fé objetiva relaciona-se com a regulação estabelecida por meio do contrato, tendo em vista ser um limitante e determinador de como essa autorregulação entre os privados se poderá dar. É mais um limite imposto pelo Direito, e há de se observar com um valor de alteridade, pois não se dirige somente à higidez do contrato e da relação posta, mas igualmente possibilita que a parte com quem se contrata possa atuar com maior liberdade, tendo em vista a confiança na atuação legítima recíproca e no suporte jurídico que evitará a conduta errante e prejudicial.

Com relação à função social do contrato, primeiramente destacamos a sua importância considerando a imposição limitadora à liberdade contratual, vista em sentido positivo, impondo uma atuação promotora dos particulares. Para além, impõe-se que, a fim do cumprimento da função social, a Administração tome para si a regulação do contrato tendo como finalidade a verificação da sua não realização pelos entes privados em ambiente de livre determinação contratual (sendo este requisito necessário para a viabilização da legitimidade regulatória, em obediência ao princípio da subsidiariedade).

Deve-se ter em conta que a função social é faceta dos ideais do Estado social, ou seja, é a sua “conversão” no universo privado. Repetindo a ideia já aqui esposada, com a “transferência” das atividades antes realizadas pelo Estado para os particulares, mas sem que se abandonem as finalidades estatais, é natural que ao Direito privado reste a imposição do cumprimento de tais finalidades. Ainda que se tenha a ideia de cumprimento de finalidades tão-somente econômicas, a ordem econômica constitucional (cfr. Capítulo 1)

---

<sup>167</sup> Judith Martins-Costa não os insere nesse âmbito, mas reconhece a imposição de deveres acessórios decorrentes do princípio (*in*: “A Boa-Fé..., ob.cit., p.357).

impôs finalidades sociais, das quais é indissociável o contrato enquanto instrumento jurídico que viabiliza as trocas e, portanto, qualquer atividade econômica.

Dos fundamentos da função social, temos de ter em conta (e a todo o ordenamento jurídico) a valoração dada pelo constituinte à dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art.1º, III, CF). Assim sendo, não se deve tomar a função social como o cumprimento de uma “certa socialidade” sem antes considerar a “unidade” básica existencial de cada indivíduo que compõe a sociedade, nem, por outro lado, se deve ter o referido valor em absoluto prestígio da individualidade. Afinal, a própria Constituição impõe valorações sociais tais como “o valor social do trabalho e da livre iniciativa”, mas sem jamais desprestigiar as pessoas que compõe o corpo social.

A codificação civil, então, traz expressamente a assunção desta função contratual e impõe, em seu artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Consagra a liberdade, em prestígio da dignidade da pessoa humana, mas conforma-a, determinando sua finalidade<sup>168</sup>. Está presente a limitação da autodeterminação dos particulares que terão de contratar sob determinada função.

Reconhece-se a função social como “cláusula geral”, ou seja, espalha sua valoração a todos os contratos e, em simultâneo, não se pretende atingir a conceituação fechada e definitiva como houvera sido pretendida pelos positivistas. Daí decorre a disposição fluída, vaga, que viabiliza o seu complemento pelo intérprete, pelo realizador da norma<sup>169</sup>. É de grande utilidade por viabilizar a atualização conceitual e o dinamismo do direito. Simultaneamente define uma finalidade e um sentido, mas não determina de imediato o seu conceito, permitindo e demandando a sua futura valoração.

Já analisamos e parece-nos clara a posição de a função social utilizar o contrato como instrumento de busca da justiça social, conforme mandamento do artigo 170, CF, quanto à ordem econômica. A sua relação com a liberdade contratual e autorregulação está em dimensionar a conduta dos particulares, tendo em vista que a liberdade de contratar é exercida em razão da função social, ou seja, em seu exercício<sup>170</sup>. A regulação

---

<sup>168</sup> Se à propriedade se reconhece, ou se impõe, uma função social, refletida em imposição de desenvolvimento de atividade econômica voltada à geração de riquezas (a propriedade em seu dinamismo, como nos referimos), sendo o contrato instrumento desta atuação, é natural que se lhe imponha o cumprimento de função social. E foi na imposição constitucional que a legislação civil buscou a imposição expressa da função social, cfr. Miguel Reale, in: *Visão geral...*, ob.cit.

<sup>169</sup> Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. “Um direito de cláusulas gerais? sentido e limites”. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 33, n. 2 (2013). pp.299-309; e THEODORO JUNIOR, Humberto. ob.cit. pp.139-148.

<sup>170</sup> Nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, publicou-se a seguinte ementa, de n. 23: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes

administrativa presta-se, neste caso, a induzir a funcionalização a específicos termos, seja pelo seu não cumprimento no ambiente de liberdade, seja pela especificidade setorial ou pelas finalidades determinadas em lei especial.

Além da função social identificam-se outras duas: a função econômica e a regulatória<sup>171</sup>.

A primeira das funções a que cabe fazer referência é a função econômica (para além da função social já analisada). É função ínsita ao fenômeno, já que o contrato presta-se a possibilitar a circulação de riquezas. Acaba por se tornar instrumento da ordem econômica, viabilizando-a por meio da segurança jurídica que oferta às partes.

A função econômica é de tal maneira vinculada ao contrato que se chega a afirmar que “o contrato sem função econômica simplesmente não é contrato”<sup>172</sup>. Para a concepção “economicista”, seja na liberdade das partes, seja na regulação que visa compensar as deturpações decorrentes, não haveria uma finalidade de tutela social, mas sim a instrumentalização do contrato para a eficiência do mercado<sup>173</sup>, em que as políticas públicas que são levadas a cabo por meio de intervenção estatal nos contratos dar-se-iam para viabilizar a preservação da economia de mercado<sup>174</sup>.

Resta a análise da função regulatória do contrato. Neste sentido o contrato pode ser tomado como um conteúdo imperativo ao qual as partes se vinculam de maneira espontânea e se tornam juridicamente vinculadas<sup>175</sup>. Haveria, assim, uma determinação recíproca dos interesses das partes quanto à operação que empresta vinculação jurídica. Desta primeira posição, ainda que se esteja a tratar da função regulatória, não se ignora a função econômica do contrato que viabilizará o sistema de economia de mercado.

Esta função não deve ser interpretada à semelhança da teoria normativa do contrato, mas sim na medida em que o contrato materializa a vontade das partes,

---

interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Ou seja, preserva-se a autorregulação, restringido o seu universo, obviamente, e principalmente, ao nosso ver, determinando o cumprimento de determinada função.

<sup>171</sup> Não há pretensão de se conceber o contrato e os negócios jurídicos a partir da função tão-somente. Reconhecemos a incompletude de tais concepções, tal qual Antonio Junqueira de Azevedo (in: *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.10-14).

<sup>172</sup> Humberto Theodoro Junior, in: ob.cit, p.101.

<sup>173</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro, in: “O contrato hoje...”, ob.cit., pp.163-165.

<sup>174</sup> Eros Grau, in: “Um novo paradigma dos contratos?” *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 423-433, jan. 2001. ISSN 2318-8235, pp.430-432. O autor entende que os contratos constituem-se numa contribuição para a arquitetura geral da economia.

<sup>175</sup> Referenciando Enzo Roppo (in: *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, *apud*, BARROSO, Lucas; CRUZ, Andreza Soares. “Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea”. In: *RBDC*, v.28, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005, p.184). Uma das hipóteses aqui esposadas (cfr. Capítulo 3) é de que as partes, diante da impossibilidade de uma regulação negociada livremente, acabem por “aderir” à regulação estatal imposta.

determinando um grupo de direitos e deveres recíprocos entre os contratantes, que irá determinar sua conduta reciprocamente e em relação ao objeto contratado. Reconhece-se um poder de criação de normas jurídicas, mas de maneira complementar ao ordenamento jurídico estatal. É um meio de concretização do Direito, subordinado ao mesmo<sup>176</sup>.

### 2.3. Os direitos fundamentais nos contratos privados<sup>177</sup>

A incidência dos direitos fundamentais nos contratos privados é tema objeto de análise de boa parte da doutrina civilista e publicista<sup>178</sup>.

Primeiramente, olhemos para os “direitos fundamentais”, ainda que de maneira breve. Gomes Canotilho expõe que “os direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); já os direitos fundamentais são os direitos do homem garantidos e limitados espacio-temporalmente (dimensão jurídica-institucional)<sup>179</sup>”.

Assim, a constitucionalização se prestou à possibilidade de que os direitos, agora positivados, sejam exigidos e opostos a quaisquer pessoas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a colocação dos direitos fundamentais no ápice do sistema, ou seja, no texto constitucional e em posição de especial proteção, faz com que haja vinculação de todos os Poderes da República. Impõe, em conjunto, a limitação da possibilidade de reforma da Constituição, vinculando, inclusive, o Poder Constituinte derivado (a Constituição brasileira impôs que os direitos fundamentais não serão objeto sequer de proposta de Emenda Constitucional, artigo 60, parágrafo 4º, IV. Incluem-se nestes os direitos sociais). Por fim, em virtude da previsão presente no artigo 5º, parágrafo 1º, impõe-se a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Num processo histórico, mas também evolutivo, vê-se que na modernidade é de fácil assimilação o respeito aos direitos fundamentais, restritivos da atuação estatal perante os entes privados. A estes direitos de liberdade, como a propriedade e a livre iniciativa, o

---

<sup>176</sup> Idem, p.185.

<sup>177</sup> Reconhecemos a existência da polêmica acerca da denominação do fenômeno, adotaremos de maneira indistinta as expressões: eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pela tradição de seu uso no Direito brasileiro e vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais (cfr. Pedro Gonçalves, *in: Entidades...*, ob.cit., p.309.).

<sup>178</sup> A questão pode ser resumida em um questionamento: “Se os direitos são direitos de defesa contra o Estado, como poderão transmutar-se em direitos de defesa de particulares contra particulares?” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?”. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.108-115, p.110).

<sup>179</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...ob.cit.*, p.393.

que se demanda do ente estatal é que evite que seus titulares sofram restrições ilegítimas. Assim, ainda que sejam direitos restritivos à ação estatal, aceita-se a “intromissão” de forma a preservar as relações privadas e evitar que surjam agressões privadas a estes direitos fundamentais.

Simultaneamente, aos particulares exige-se o cumprimento dos direitos fundamentais ligados às liberdades, havendo, ainda que não expressamente, a sua imposição em relações privadas. Esta, porém, é uma percepção retroativa, uma vez que a construção histórico-dogmática deu-se por meio da jurisprudência, que passou a impor em relações entre privados o respeito a direitos fundamentais – anteriormente tidos como incidentes somente nas relações entre entes estatais e privados<sup>180</sup>.

Estabelecida a premissa de que direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, ou reconhecidos pela ordem jurídica em especial posição, há de se retomar a ideia de que os direitos humanos, para parte da doutrina, têm origem no direito natural<sup>181</sup>. Assim, liberdade (dentre elas a liberdade de contratar) e demais direitos fundamentais, originam na natureza: nesta concepção, não haveria razão para diferenciar a liberdade contratual, hoje positivada, dos demais direitos fundamentais, também positivados. Se o Estado moderno surge a fim de opor-se ao arbítrio, não haveria de desviar-se deste propósito, independentemente da relação que se apresenta.

O fenômeno, já analisado, da constitucionalização do direito civil e dos contratos, leva a que se busque o fundamento de validade dos atos jurídicos no texto constitucional. Ora, se as leis civilistas encontram sua validade no texto maior, tal qual os contratos, a incidência dos direitos fundamentais decorre quase que de mera percepção espontânea. Se a higidez jurídica da conduta privada se fundará na escala normativa superior, há que se sustentar em respeito às imposições jus-fundamentais.

Questão constantemente controvertida está na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais, os de segunda geração, ou seja, aqueles dos quais decorrem uma exigência de atuação estatal, em contraposição à histórica exigência de isenção. Quanto a estes a questão que se põe é se cabe ao Estado, que anteriormente absorvera as demandas prestacionais, agora impor a entes privados a sua atuação substitutiva através da regulação. Assim como se põe ao longo do presente trabalho, é inegável que a assunção

---

<sup>180</sup> Daí decorre a expressão “eficácia horizontal”, já que pressupõe, nem sempre concorde com a realidade, uma relação de igualdade entre as partes e em contraposição à posição “superior” do Estado, que resultaria numa relação impositiva, logo, vertical. Acerca da evolução histórico-jurisprudencial, cfr. CANARIS, Clauss Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *RBDC*, v.28, 2005, pp.3-29. O autor faz referência ao “caso Lüth” como marco seminal do reconhecimento da vinculação. O caso é referenciado por toda a literatura consultada.

<sup>181</sup> HAARSCHER, Guy. *ob.cit.*, pp.14-40.

privada de atividades estatais exigem que estas sejam inevitavelmente realizadas. Tendo sido “absorvida” a conduta, não há que negar a assunção, também, de deveres correlatos e consequentes de determinadas atividades. Assim, por exemplo, impõe-se o dever imposto às escolas privadas de cumprimento da educação inclusiva aos deficientes<sup>182</sup>.

Mas não é essa a análise essencial, apesar de a englobar. A questão está nas restrições aos direitos fundamentais, que seriam oponíveis por transgressão estatal, também o poderem ser em relação aos entes privados. As hipóteses são várias, como as restrições à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, ao acesso de pessoas de determinado sexo em um hotel<sup>183</sup> ou, o direito ao contraditório em entidades privadas coletivas.

Quanto à concretização dos direitos fundamentais nas relações contratuais, não há, em nosso Tribunal Constitucional, uma definitiva adoção entre as teorias da eficácia mediata e imediata<sup>184</sup>. As decisões impõem-se, em geral, em favor da aplicabilidade imediata, mas sem ter havido uma declaração expressa, dependendo, assim, do caso concreto. Em que pese poder-se criticar esta postura, em decorrência da criação de insegurança quanto à jurisprudência, parece ser o caminho defendido por autores como Jane Pereira<sup>185</sup> e Gomes Canotilho<sup>186</sup>, que entendem a impossibilidade de estabelecimento prévio de soluções.

Alguns critérios, ainda que não definitivos, podem ser postos. Em primeiro lugar, a existência de uma relação de poder ou não paritária. Ora, os direitos fundamentais, em especial a liberdade, foram trazidos a fim de gerar um espaço de garantia à autonomia individual. Superado o dogma da igualdade entre os particulares, com o reconhecimento do exercício de poderes privados, há de trazer à semelhança da oposição que os direitos fundamentais têm diante do Estado, a oponibilidade em entidades privadas<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> Em cumprimento aos termos do artigo 27 da Lei 13.146/15: “A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem”.

<sup>183</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais... ob cit.*, pp.241-242.

<sup>184</sup> Para ambas as teorias há reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, partindo do entendimento de que os direitos fundamentais estabelecem direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, consistindo, também, em decisões valorativas, espraiando efeitos em todas as esferas do Direito. O ponto de divergência está na sua aplicação direta, ou se os valores se prestam ao que o Estado os tomem em conta na criação legislativa ou na interpretação do direito privado (cfr. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192, p.156-189).

<sup>185</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>186</sup> In: “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?, ob.cit..

<sup>187</sup> José Carlos Vieira de Andrade (in: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...ob.cit.*, pp.287-289) apresenta-se contrário à incidência diante de relações paritárias.

Em segundo lugar, a odiosidade da discriminação. Neste ponto põe-se a igualdade e a dignidade da pessoa humana diante de conduta de particular que age tão-somente baseado em fator de discriminação, que não encontra qualquer fundamento legítimo, odioso portanto, sem sustentação jurídica, tal qual o impedimento de fornecimento de determinado produto a cidadãos de determinada origem.

Em terceiro lugar, a essencialidade do objeto do contrato. Ora, independente de se estar diante de atividade essencialmente privada, ou da qual o Estado se afastou do exercício, em prestígio à dignidade da pessoa humana, o acesso ao objeto do contrato não pode ser restrito por motivos ilegítimos, tendo em vista a ordem jurídico-econômica prestar-se a existência digna.

Em quarto lugar, a imputabilidade ao Estado. Acaso haja a possibilidade de imputação da conduta agressiva aos direitos fundamentais por parte do Estado, como em serviços públicos concedidos, ou em atividades potencialmente remetidas ao poder público, como as ordens de classe (regulamentadoras de atividades profissionais), há de se reconhecer a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A ponderação de direitos fundamentais, enfim, e diante o caso concreto, será o meio de análise da efetiva vinculação dos particulares. Haverá sempre de um lado (ao menos) a liberdade, representada em sua faceta contratual, e de outro os demais direitos fundamentais, em que a construção da resolução dar-se-á com a compensação e menor afetação de qualquer um deles.

E é neste ponto que se apresenta a regulação como meio de obtenção de certos resultados e alcance de certas finalidades, substituindo-se à autorregulação privada<sup>188</sup>, comprimindo o espaço da autonomia privada a fim de se cumprirem as finalidades estatais englobadas no Estado-garantia. É por meio da regulação, após a retração estatal, que o interesse público será cumprido, sendo a regulação do contrato o meio e a regulação administrativa o método, conforme melhor se analisará.

### **3. A regulação administrativa do contrato privado**

A análise que se seguirá está relacionada com a regulação administrativa, ou seja, com a regulação pública (heterorregulação) que pode ser posta como “a parcela da regulação que provém de instâncias integradas da Administração Pública e já não produzida por outros centros de criação (...), como o poder legislativo”, no exercício de

---

<sup>188</sup> Pedro Gonçalves, *in: Entidades privadas...*, ob.cit., pp.316-317.

uma “função administrativa”<sup>189</sup>. A atividade da Administração é um dever-poder em decorrência da “abdicação” prestacional na relação do Estado com seus cidadãos. Assim, o foco de análise dar-se-á no referido universo e não restrito somente à atuação regulamentar da Administração.

Podendo ser o contrato entendido como um meio de autorregulação entre as partes, há de se compreender que a heterorregulação pública advém do dever estatal-administrativo, em virtude do insucesso da autorregulação<sup>190</sup> em dar cumprimento aos preceitos impostos pela Constituição (não só, mas essencialmente aqui, quanto à ordem jurídica econômica). Em que pese essa posição de reserva, a regulação administrativa é um instrumento estatal de busca de “objetivos públicos”<sup>191</sup> e não mera correção de falhas de mercado<sup>192</sup>. Ou seja, ainda que a atuação dos entes privados se dê com externalidades positivas, é possível que haja outras pretensões públicas que não se atinjam pela natural conduta dos participantes do mercado.

A regulação pública<sup>193</sup>, entendemos, é um meio de disciplina e proteção (ou tutela). Assim sendo, a regulação administrativa é, em primeiro lugar, um meio de cumprimento dos deveres estatais, em especial da Administração, que se absteve da prestação de serviços diretos. Por outro lado, a atuação estatal de regulação por meio de entes administrativos dá-se por resultado de alguns fatores, dentre os quais destacamos a (necessária) especialização, em virtude das especificidades técnicas e da maior capacidade

---

<sup>189</sup> GONÇALVES, Pedro. *Reflexões...*, ob.cit., p.94. A atividade de regulação não deve ser tida somente como a imposição de normas (regulação normativa), mas como uma série de atuações da Administração, que abrange também a implementação e fiscalização do cumprimento das normas (cfr. Pedro Gonçalves, *in: Entidades ...*, ob.cit., p.169).

<sup>190</sup> Assim entendemos, na mesma direção de: Maria Luisa Pereira de Alencar Mayer Feitosa, *in: ob.cit.*, p.193.

<sup>191</sup> Vital Moreira (*in: ob.cit.*, p.34) utiliza a expressão “objetivos públicos”. Quanto ao interesse público remetemo-nos ao item 1.4 do presente trabalho, em que pode ser posto como fundamento da atuação da Administração, mas não se presta como justificativa geral que escapa ao dever de submissão à legalidade formal e material.

<sup>192</sup> A regulação surge como instrumento da mera correção de falhas de mercado, mas tendo sido instrumentalizada em sentido além (cfr. Angela Ferrari Zumbini, *in: La regolazione amministrativa del contratto: Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p.43). Porém, a regulação administrativa tem relação lógica, em que pese ir além, com a correção de falhas do mercado. Floriano de Azevedo Marques Neto se expressa conforme nosso entendimento e com maior brilhantismo: “Note-se, porém, que no entendimento aqui esposado não estou a estender o princípio da subsidiariedade de modo a só admitir a intervenção regulatória estatal nas situações em que um mercado se revele deficiente. Para a linha aqui exposta, a regulação é justificada (e, portanto, conforme ao princípio da subsidiariedade) caso haja objetivos de interesse público que o mercado, no seu livre devir, não lograria alcançar.” (*in: “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Instituto de Direito Público da Bahia, nº.4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível em: <[https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano\\_azevedo.pdf](https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf)>. Acesso em 16 jan.2017, p.13).

<sup>193</sup> O conceito de regulação adotado e sua análise se deram no item 1.3 do presente trabalho.

dos entes que, não vinculados ao processo legislativo, fornecem respostas por meios infralegais às necessidades mercadológicas e sociais<sup>194</sup>.

A regulação administrativa dirige-se – como nosso objeto de estudo – aos contratos entre privados, que podem ser definidos como “o celebrado entre particulares, sob a égide do direito privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade”<sup>195</sup>. Assim, e o que se pretende delimitar, é que se está a tratar de contratos em que a relação dá-se entre entes privados. Se houver presença estatal, este age e goza de privilégios que estão ordinária e juridicamente previstos pela sua posição na relação estritamente contratual, e não pelo seu caráter subjetivo decorrente da sua natureza jurídica.

Alguns fenômenos podem ser destacados: a perda de confiança nas relações institucionalizadas, como se dá na relação entre cidadãos e Estado, e o florescimento de uma cultura liberal em que o “mercado” estaria apto a atingir os anseios pessoais<sup>196</sup>; e o fornecimento de bens essenciais, ou que passam a ser demandados, dá-se por meio de entes privados. Com a liberalização da economia, retirando-se o Estado da atuação na economia privada de maneira direta (ou, ao menos, retraindo-se a sua atuação), a estabilização econômica e segurança jurídica passaram a ser reivindicados, o que se busca por meio dos contratos e gera a sua valorização. O suprimento de demandas sociais passa a dar-se por meio da atividade econômica em sentido estrito (conforme denominamos no capítulo 1), ou atividades econômicas de iniciativa privada. São fenômenos fáticos que trazem à tona a importância do contrato entre privados.

---

<sup>194</sup> Neste sentido Ana Raquel Gonçalves Moniz é expressa: “A celeridade exigida à construção do ordenamento jurídico e a complexidade técnica dos problemas cuja resolução é solicitada às normas jurídicas raro se compadecem com as demoras do procedimento legislativo ou com a falta de especialização do Parlamento” (*in*: “A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português : algumas questões”. Sep. de : *Boletim da Faculdade de Direito*, N. 80 (2004), p.493). Quanto à especialidade técnica e suas relações com a legalidade: OTERO, Paulo. *Legalidade...*, *ob.cit.*, pp.763-768. A necessidade de especialização e conhecimento técnico é bem demonstrada pela expressão: “tradução ao discurso legal” de assuntos econômicos, políticos, empíricos ou sociológicos, de Hugh Collins (*in*: *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.52), o autor apresenta o exemplo de argumentos econômicos acerca de eficiência serem “traduzidos” ao discurso legal quanto ao consentimento, se este fora dado livremente e baseado em informação completa.

<sup>195</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 156. A definição posta, esclarecemos, parte de uma análise de contratos administrativos, objetivando-se demonstrar a inexistência de supremacia jurídica entre as partes, como ocorreria quanto as prerrogativas de autoridade na relação contratual com a Administração.

<sup>196</sup> Quanto à valorização do contrato como signo de liberdade e aumento de confiança neste como meio de atingimento dos anseios e finalidades pretendidas e a perda de confiança em estruturas institucionalizadas, cfr. Hugh Collins, *in*: *ob.cit.*, pp.18-20. Tratando de outro âmbito contratual, mas em confirmação à valorização das relações econômicas, e, no caso, societárias, estabilizadas por meio de contratos: SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalística: contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.52.

Conforme já analisado, serviços públicos passam a ser liberalizados com a abdicação prestacional do Estado, o que gera duas situações: atividades anteriormente tidas como serviços públicos passam a ser realizadas em regime de livre iniciativa, perdendo essa natureza jurídica; ou, ainda que liberalizados ao mercado, passam a ser prestados por empresas privadas, seja em regime de monopólio, seja em regime de concorrência, mantendo-se a titularidade estatal e a natureza de serviços públicos (subordinadas, portanto, aos deveres consequentes).

Em decorrência da imputação de uma função social à propriedade, em especial da propriedade dos meios de produção – ou seja, da propriedade em seu dinamismo, que se presta à geração de outros bens –, tem-se a organização da empresa como instrumento ordinariamente utilizado para a realização das finalidades econômicas. O contrato passa a ser um instrumento da empresa para a realização de trocas econômicas, e, inevitavelmente, para o cumprimento dos preceitos da ordem jurídica econômico-constitucional.

A livre iniciativa de empresa, como reflexo da livre iniciativa, e, através destas, o fornecimento massivo de produtos à população, ensejam relações contratuais que, devido ao volume de operações realizadas, demandam o cumprimento de objetivos públicos. Numa relação de imposição de normas de ordem pública – meramente impositivas<sup>197</sup>, excepcionais à liberdade, de vedações às obrigações e aos contratos especificamente –, passa a ser necessária a atuação da Administração por meio de atos e normas de intervenção por direção. Para que, para além da criação de limites mínimos aos contratos, se imponham as finalidades pretendidas.

Ainda há de se compreender que, em decorrência do fenômeno da publicização e constitucionalização do direito civil<sup>198</sup> – universo em que se insere o contrato, ainda baseado no deslocamento do pensamento liberal ao Estado Social, de abandono da ideia de igualdade antes vigente, em que se fez necessária um rompimento na unicidade do Direito Civil –, os contratos já se apresentavam como “objeto” de regulação estatal<sup>199</sup>. O que se

---

<sup>197</sup> Eros Grau (*in: A ordem econômica...*, ob.cit, pp.59-63) baseando-se em Gérard Farjat explicita a multiplicidade significativa da expressão ordem pública e busca diferenciar a ordem pública clássica, esta baseada em limitações à liberdade de contratar, da ordem pública econômica, que se utilizaria de diversos instrumentos para o direcionamento da política econômica e, a fim de evitar a dificuldade na identificação dos fenômenos, busca utilizar a expressão “intervenção (estatal) por direção”.

<sup>198</sup> Acerca de tais fenômenos, além do exposto no capítulo 2, referimo-nos a: WILHELMSSON, Thomas. “Regulação de cláusulas contratuais”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n.18. p.9-22. abr./jun. 1996; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Direito dos contratos e regulação do mercado”, ob.cit.; e MATIAS, João Luis Nogueira. “Publicização do direito privado e liberdade de contratar”, ob.cit..

<sup>199</sup> Adelaide Menezes Leitão utiliza-se da expressão: “legislação complementar às codificações civis”, fazendo referência a autonomização de áreas do direito civil (*in: “Direito administrativo do Consumo”*. *Tratado de direito administrativo especial*. Vol.VI. OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro. (coords.). Coimbra: Almedina, 2013, p.57).

altera é o método de regulação, de uma regulação baseada na lei formal, “transferindo-se” à Administração a atuação reguladora.

Com a evolução conceitual e a imposição da regulação administrativa, como um novo método de atuação administrativa, os contratos apresentaram-se como objeto natural de atenção da regulação, pelo que se está diante de verdadeira necessidade de regulação administrativa.

Há, em nosso entender, três aspectos essenciais no âmbito da regulação administrativa do contrato: a proteção do consumidor, a compensação de falhas de mercado e a implementação de políticas públicas.

A regulação contratual, de características semelhantes às atuais, tem início com a regulação das relações de consumo, o que se dá no período pós II Guerra Mundial. Tal tutela baseia-se na verificação da inexistência da igualdade e na compreensão da existência de relação de poder, ou controle da relação contratual, por parte do produtor<sup>200</sup>. Ainda se está a tratar, à época, de uma regulação que rompe com a sistematização do Direito Civil, mas ainda, em geral, por meio de leis em sentido estrito. Observa-se, em especial, o controle das cláusulas contratuais gerais<sup>201</sup>, enquanto responsabilidade do fornecedor, assim como alterações quanto à validade da aceitação da proposta contratual pelo consumidor.

Quanto à compensação de falhas de mercado, o foco essencial está na compensação das assimetrias de informação. Assim, e a fim de evitar a seleção adversa e o risco moral, as informações obrigatórias passam a ser exigidas daqueles que as detém, para que não se deem contratações indesejadas a ambas as partes, em especial do consumidor que não goza do conhecimento técnico – e, ainda que não haja complexidade técnica no bem buscado, não tem meios de acessar o modo de produção ou mesmo de o controlar<sup>202</sup>. Com relação a operadores mercadológicos, os métodos de superação das assimetrias informativas apresentam-se como meio de estímulo à concorrência em dois especiais

---

<sup>200</sup> Cfr: EICHENHOFER, Eberhard. ob.cit., pp.199-201.

<sup>201</sup> As cláusulas contratuais gerais não gozam de tratamento específico na legislação brasileira. A legislação brasileira de consumo exige o conhecimento por parte do consumidor, em especial quanto a “limitação de direitos do consumidor” (art.54, parágrafo 4º, Lei. n. 8.078/90 – CDC). A questão é tratada em termos contratuais em que ao consumidor deve ser dado conhecimento dos termos do contrato, assim, exige-se a formalização, ou ao menos a possibilidade de conhecimento (como a afixação em local visível), e somente por sua inserção em contrato é que se podem considerar válidas. Neste sentido: GRINOVER, Ada. Pellegrini *et alii*. ob.cit, pp. 565-570.

<sup>202</sup> Para uma análise econômica da assimetria de informação: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. “Economia dos contratos”. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp.102-136. Akerlof (*in*: ob.cit) traz o estudo essencial da questão, além de demonstrar o desestímulo mercadológico de ofertas de melhores cláusulas contratuais (no mesmo sentido: Joaquim de Sousa Ribeiro, *in*: “O contrato hoje...”, ob.cit., pp.162-163).

pontos: por meio da publicidade de dados econômico-financeiros, a fim de viabilizar o acesso a setores de indústrias de rede<sup>203</sup> a outros operadores, e por meio do fornecimento de dados suficientes a partir dos quais a massa de consumidores possa optar dentre as ofertas disponíveis.

Os dois primeiros aspectos expostos ainda têm como pedra de toque a busca de igualdade entre as partes contratantes, ou de compensação das desigualdades existentes, a fim de possibilitar a contratação consciente pela parte sem o controle efetivo do bem<sup>204</sup>. A regulação, em nosso entender, em especial na passagem para o Estado regulador, aparenta abandonar a tentativa de compensação dos desequilíbrios técnicos e da relação de poder entre as partes (talvez por verificar a inviabilidade dos privilégios legais permitirem uma autorregulação adequada), aceitando-a, sem a desprezar – daí optando, por vezes, por tomar a si a determinação do conteúdo das cláusulas contratuais. Com este escopo e técnica diminui aos contratantes o poder de autorregulação, pondo à parte a vontade e a valoração na relação contratual<sup>205</sup>. A função clássica do contrato é a de impor certeza e segurança jurídica nas relações contratuais, a fim de se assegurar o bom funcionamento do mercado, considerando a tutela estatal como instrumento deste.

O terceiro dos aspectos essenciais, e retomando o anteriormente exposto, dá-se com a implementação de políticas públicas por meio da regulação administrativa dos contratos. O avanço do setor privado é consequência natural da retração do estado prestacional. Havendo um “vácuo” institucional relativo às necessidades sociais acaba o “mercado”, atuando em espaço anteriormente reservado ou dominado pelo Estado<sup>206</sup>. As relações anteriormente impostas à sociedade por meio de subordinação ao poder estatal,

---

<sup>203</sup> Relatando a imposição deste dever para estímulo na concorrência no setor de telecomunicações na Itália: Angela Ferrari Zumbini, *in*: ob.cit., pp.43-36.

<sup>204</sup> Em aparente contradição observa-se que o Estado concede maior autonomia aos particulares e valoriza o contrato como meio de estabilização de suas relações, mas, e reconhecendo a superação de igualdade efetiva, não mais que formal, entre as partes, utiliza-se da exigência de fornecimento de informações à parte que não a detém, a fim de que se formem contratos conscientes para ambos os contratantes, com vasta valorização de mecanismos formais sem os quais se invalida o contrato.

<sup>205</sup> Neste sentido: GRAU, Eros Roberto. “Um novo paradigma dos contratos?” ob.cit.. Thomas Wilhelmsson (*in*: ob.cit., p.15) chega a afirmar que nenhum dos métodos de regulação é voltado para o conteúdo (ou, ao menos, não o era, quando da publicação do artigo originalmente, em 1994), com o que atrevemos a discordar, em virtude da clara indicação do “hetero-estabelecimento” do conteúdo das cláusulas contratuais em diversos setores regulados.

<sup>206</sup> Neste ponto não se está a afirmar que a abdicação de atuação estatal deu-se de maneira inevitável, imposta pelos fatos, ou por pressões ideológicas, questão da qual nos abstermos. Adota-se no presente trabalho a premissa de que o fato deu-se de maneira muito semelhante no pós-1989, influenciados pelo “Tatcherismo” e, nos países em desenvolvimento, pelos preceitos do chamado “Consenso de Washington”.

passam a dar-se com os entes privados, estabelecendo relações contratuais. Decorre daí a necessidade da utilização do instrumental de regulação dos contratos<sup>207</sup>.

Do exposto, o que se pode extrair é que nas relações contratuais privou-se aos particulares a possibilidade de autodeterminação, ao menos de maneira absoluta, passando o Estado, neste ponto, a atuar como meio de regulação da economia<sup>208</sup>, alcançando objetivos e finalidades públicas. Entende-se, inclusive, que há de se falar em “autorregulação privada publicamente regulada”<sup>209</sup>.

Ocorre um fenômeno de quebra da separação absoluta entre Estado e sociedade, ou, mais especificamente, de agentes de mercado. Este se manifesta em dois sentidos: numa publicização do direito privado, em especial dos contratos, e numa privatização do Estado, que passa a submeter-se às construções jurídicas do direito privado. A publicização do Direito privado, mais especificamente dos contratos entre privados, terá vários níveis de gradação, desde a quase absoluta regulação da atividade econômica até à liberdade irrestrita<sup>210-211</sup>. Não se deve desprezar a existência de limites à publicização pois, afinal, se de um lado há a imposição de deveres à Administração no Estado social regulador, tendo em vista os princípios a que a ordem econômica constitucional se submete, por outro há o direito fundamental da livre iniciativa econômica e a submissão à legalidade advinda do art.174 da Constituição Federal<sup>212</sup>.

---

<sup>207</sup> Como exemplo da assunção de políticas públicas por entes privados tem-se a saúde suplementar no ordenamento jurídico brasileiro, sistema instituído essencialmente pela Lei 9.656/98. Em um intervalo de trinta anos, de um sistema que em fase de elaboração da Constituição Federal fora idealizado como totalmente público, estabelece-se como um sistema em que a prestação direta do serviço dá-se por meio de entes privados e estatais, sob o forte direcionamento estatal, até o estabelecimento da saúde suplementar, como além de sistema de seguro saúde, de mera remuneração por serviços prestados, mas como participantes do sistema de prestação de serviços de saúde e de políticas macro-sistêmicas de saúde.

<sup>208</sup> Regulação da economia a que nos referimos, e na ideia já exposta ao longo do capítulo 1, tem em seu bojo as finalidades sociais delimitadas constitucionalmente. No sentido de contrato como meio de regulação da economia: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Direito dos contratos...”, ob.cit, pp.226-227.

<sup>209</sup> Neste sentido: CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. “A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016; e GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, ob.cit., pp.170-176.

<sup>210</sup> Liberdade de atuação privada absoluta inexistente, já que, ao menos se observarão limites negativos e ilicitudes impostas pelo direito positivo, somente podendo ser considerada em teoria.

<sup>211</sup> Paulo Otero, na análise do que denomina de intervenção administrativa substitutiva, avalia a questão e supera as dificuldades dogmáticas postas comparando a regulação com a dogmática existente relativa ao Direito do Trabalho e regulamentos referentes (*in: Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. ob.cit, pp.807-810). Para tanto, o autor abstrai qualquer dificuldade quanto a admissão constitucional relativa à atividade regulamentar da Administração, posição com que concordamos, admitindo a competência regulamentar da Administração.

<sup>212</sup> A construção dos limites e de parâmetros legitimadores à atuação da regulação administrativa será foco de estudo no presente trabalho nos itens que se seguem.

As manifestações da liberdade contratual podem ser resumidas em liberdade de celebração e liberdade de estipulação<sup>213</sup>.

Quanto à liberdade de celebração, os não proprietários dos bens de produção sequer dela gozam muitas das vezes em decorrência da essencialidade do bem desejado. Quanto à liberdade na determinação do conteúdo do contrato, é importante lembrar, ainda que sob o pecado de repetição, o fato de existir uma massificação nas relações contratuais cujo efeito retirou a liberdade efetiva de uma das partes da relação contratual. Assim, podemos afirmar que da liberdade contratual efetiva passou a gozar somente uma das partes. A outra restava a submissão.

Desta maneira, e com a heterorregulação contratual, o que se observa é a substituição da adesão ao contrato de uma das partes aos termos estipulados pela outra, a adesão de ambos os participantes do negócio contratual aos termos contratuais determinados juridicamente – guardando, em diversos casos, estritos espaços de determinação para os particulares. Se alguma crítica há a fazer está na limitação à liberdade, em geral, de um dos contratantes, ao outro essa perspectiva já restava ilusória.

### **3.1. A regulação administrativa de contratos privados nas atividades econômicas de titularidade pública**

O ponto a ser tratado refere-se à regulação administrativa de contrato entre privados em atividades econômicas que sejam da titularidade do Estado. Esta divisão entre as atividades de titularidade estatal e de titularidade privada, que permeiam este e o próximo capítulo, se baseia no titular da atividade econômica com possibilidade de mais incisiva regulação<sup>214</sup>, ainda que referente aos contratos entre privados decorrentes desta titularidade.

Assim, mais especificamente com relação aos contratos, tem-se que a regulação administrativa há de buscar, para além da argumentação de cumprimento do interesse público, a sua fundamentação jurídico-formal no seguinte transcórre fundante: previsão

---

<sup>213</sup> CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. ob.cit, 447-453.

<sup>214</sup> Adotou-se neste ponto a divisão relativa a titularidade da atividade econômica, mais adequada ao foco de estudo presente. Uma divisão que se baseasse em: serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito acabaria por exigir a constante reparação acerca da titularidade, igualando as atividades econômicas em sentido estrito que gozam da livre iniciativa, daquelas reservadas ao Estado. Há de se lembrar que o Estado, nos termos da Constituição, é titular de atividade econômica em sentido amplo nas seguintes hipóteses: serviço público (privativo); atividades econômicas em sentido estrito de titularidade estatal: monopólios constitucionais; ressalvas constitucionais (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo); atividades econômicas em concorrência com o setor privado. Analisar-se-ão as hipóteses separadamente a fim de destacar algumas de suas particularidades.

constitucional; determinação legal estrita<sup>215</sup>; e regulação administrativa da relação contratual.

A regulação administrativa dos contratos entre privados nos serviços públicos tem de observar o critério “serviço público”. Neste ponto pode-se dizer que há, se não unanimidade, majoritário entendimento de que os contratos entre o prestador de serviço público e terceiros são contratos de direito privado, seja nas relações com os usuários de serviço público<sup>216</sup>, seja com outras empresas<sup>217</sup>; por exemplo, a fim de acesso à infraestrutura.

No serviço público, pelo fato de se tratarem de atividades que o Estado tomou para si – a fim de dar efetividade aos direitos prestacionais e essencialmente promover o bem de todos (art.3º, IV, CF) e cumprir o desígnio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF) –, ao regular os contratos decorrentes da sua prestação por particulares, ainda que não se esteja a tratar somente de contratos entre o prestador e o usuário/utente, ter-se-á de ter em conta uma série de princípios. São essencialmente os seguintes<sup>218</sup>: universalidade<sup>219</sup>, igualdade<sup>220</sup>, continuidade<sup>221</sup>, modicidade das tarifas<sup>222</sup> e adequação.

---

<sup>215</sup> Referimo-nos à lei setorial que determina as finalidades, competências e poderes das entidades regulatórias, ampliando o campo de atuação administrativa. O uso da expressão estrita no presente caso refere-se à lei em sentido estrito, ou seja, emanada pelo Poder Legislativo e, em geral, de previsão de regulação setorial. Acerca do grau de determinação que se impõe à norma, ou à sua “densidade”, ainda que não tratando da realidade regulatória mas que se apresenta plenamente aplicável, cfr. Sérvulo Correia, *in: Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. ob.cit., pp.309-340.

<sup>216</sup> Aderimos ao entendimento de Cláudia Lima Marques, em que, inclusive as denominadas condutas sociais típicas são contratos, tal qual o pagamento de parque em via pública ou a utilização de transporte público, como o pagamento de bilhete em autocarros urbanos (*in: Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8.ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.87).

<sup>217</sup> Os contratos em que há transmissão de exploração de serviço público, especialmente a concessão, são tidos como *intuitu personae*, ou seja, em razão do vencedor do processo licitatório; aquele que teve para si adjudicado o objeto. Subconcessão consiste na delegação de parte do objeto da concessão a terceiro, por exemplo: concessão de transportes urbanos por autocarro, de dez itinerários definidos o concessionário opta pela subconcessão de três: exige-se a autorização da Administração, estando sujeita a prévia concorrência e ocorre sub-rogação de todos os direitos e deveres do contrato. Estes não são foco do presente trabalho, tendo em vista sua natureza de contrato de concessão, logo, entre Administração e particulares. Já a subcontratação não tem relação direta com o objeto da concessão, consiste em contratação de terceiros para a prestação de serviços ou obras relativos à concessão, por exemplo, a prestação serviços e realização de obras relativas à concessão, mas que não se confundem com seu objeto. Este último, contrato entre privados que, em que pese poder ser regulado pela Administração não o seria estritamente em decorrência de um foco específico de sua relação com a concessão, mas sim como meio de garantia à prestação de serviços públicos conformes. Neste ponto seguimos o entendimento e nomenclatura de di Pietro, tendo em vista a falta de uniformidade de entendimentos doutrinários (*in: Direito Administrativo*, ob.cit., pp.311-312).

<sup>218</sup> Cfr. Marçal Justen Filho, *in: Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.65. A variação dentre os princípios determinantes do serviço público na doutrina brasileira acaba por impossibilitar, no âmbito deste trabalho, uma determinação, ou a discussão quanto à inserção no rol estipulado. Optou-se pelo exposto pelo referido autor tendo em vista a previsão destes princípios insertos como serviço adequado, nos termos expressos do art.6º da Lei 8.987/95: “Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia

A transferência de sua execução dar-se-á pela permissão<sup>223</sup> e concessão<sup>224</sup>, nos termos do art.175, CF<sup>225</sup>. Desta maneira, a regulação dos contratos entre privados

---

na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2.º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. O rol estabelecido pelo artigo 5º da Lei 13.460/17 (Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública) não altera os princípios de serviços públicos, em que pese os amplie.

<sup>219</sup> Universalidade do serviço pode ser posta como aquele que seja “indistintamente aberto à generalidade do público” (Celso Antonio Bandeira de Mello, in: *Curso...*, ob.cit, p.672). Para além da mera possibilidade de acesso os serviços públicos hão de ter como fim o aumento da amplitude de acesso aos cidadãos, como a viabilização de fornecimento de eletricidade em regiões remotas e rurais, seja por meio de fornecimento gratuito, seja pelo fornecimento tarifado. Neste ponto está essencial questão que engloba a regulação administrativa setorial, apresenta-se a questão posta por Diogo Rosenthal Coutinho: “Como, (...), conciliar a lógica privada do lucro com políticas públicas de conteúdo social que permitam a inclusão de cidadãos em mercados regulados? Pode, enfim, a regulação ser um fator de indução do crescimento econômico e também de aumento do bem-estar social?” (in: “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação”. SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord.), *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.65-86).

<sup>220</sup> Igualdade nada mais é do que não admitir que se imponham fatores discriminatórios que não atendam à “matriz do discrimen”, para todo o Direito (cfr. Celso Antonio Bandeira de Mello, in: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual., 8ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000). Num aspecto estritamente voltado à relação concessória Pedro Gonçalves refere-se especificamente a igualdade de preços, admitindo-se as discriminações positivas, questão a que retornaremos ao se tratar da regulação de preço (in: *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999, p.317).

<sup>221</sup> Continuidade exige que não haja interrupção, exceto nas hipóteses previstas em lei. Visa, sobretudo, que haja o fornecimento, sem que fique à livre escolha do prestador de fornecer o serviço ou não, ainda que as condições de fornecimento não lhe sejam as idealmente favoráveis, como poderia ocorrer se estivesse a tratar de atividade econômica em sentido estrito.

<sup>222</sup> Marçal Justen Filho analisa o princípio a partir da previsão constitucional de redução das desigualdades (art.3º, III, CF) e cumprimento da função social da propriedade e das próprias finalidades do serviço público, de ofertar à população o cumprimento de deveres estatais. Assim, o conjunto de tais parâmetros induz a que o serviço público tenha de ser ofertado pela menor tarifa possível ao usuário (in: ob.cit., p.67).

<sup>223</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro conceitua a permissão por ser “tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário” (in: *Direito Administrativo*, ob.cit., p.314).

<sup>224</sup> Concessão é definida por Celso Antonio Bandeira de Melo como “o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite 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” (in: *Curso de direito administrativo*, ob.cit., p.696). A concessão dá-se por tempo determinado, por meio de contrato administrativo e sua remuneração essencialmente ocorre pelos usuários do serviço. Esta última característica resta flexibilizada em decorrência das Parceiras público-privadas e pela possibilidade de exploração de outros meios de remuneração, a exemplo: a publicidade exposta em autocarros. A diferença essencial entre as duas figuras está em: precariedade e inexistência de contrato administrativo, mas sim ato administrativo nas permissões. Outra hipótese em que a remuneração não se dá por meio dos usuários do serviço, ao menos exclusivamente, está na possibilidade da concessão de obra pública, conceituada por di Pietro como “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona” (in: *Direito Administrativo*, ob.cit., p.340). Trata-se de concessão em que, após a execução de obra, por exemplo, rodovia, o concessionário será remunerado pelas tarifas pagas pelos usuários e uma das hipóteses alternativas existentes

decorrentes do serviço público descentralizado<sup>226</sup> terá como fonte a lei setorial, os procedimentos concorrenciais prévios, o contrato de concessão ou o ato de permissão, assim como na regulação administrativa estrita.

Entende-se que a outorga<sup>227</sup> do serviço público ao particular haverá de se submeter, até para não falsear a concorrência prévia, aos termos estabelecidos em lei (em óbvio cumprimento ao princípio da igualdade), e especialmente ao edital e às condições do procedimento licitatório. É o que se denomina de princípio da vinculação (do contrato) ao edital<sup>228</sup>.

Há ainda a hipótese de regulação da atividade econômica em sentido estrito, monopolizada pelo Estado. Nesta espécie de atuação não se está a tratar de serviço público,

---

é a remuneração, ao menos parcial, ao concessionário por meio de contribuição de melhoria, tributo definido nos seguintes termos pelo Código Tributário Nacional (Lei nº.5.172/66): “Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

<sup>225</sup> Constituição Federal: “Art. 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”. Para além das duas figuras principais, resta ainda a previsão do artigo 21, incisos XI e XII, CF, em que se prevê autorização para serviços públicos. Maria Sylvania Zanella di Pietro conceitua essa autorização como “ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício” (*in: Direito Administrativo*, ob.cit., p.316). Presta-se, conforme explorado no capítulo 1, a atividades econômicas estatais que sejam executadas por particulares, mas não necessariamente a serviços públicos.

<sup>226</sup> Pedro Gonçalves, quanto a relação entre concessionário e utentes afirma que há “uma relação contratual de direito privado”. Acresce, ainda, que “trata-se de uma relação titulada por um contrato de direito privado, mas regulada também por normas de direito público”, sem que isso caracterize a degradação da sua natureza jurídica de contrato privado (*in: A concessão de serviços públicos...*, ob.cit., pp.318-319).

<sup>227</sup> Utiliza-se a expressão outorga a fim de referenciar tanto o ato administrativo de permissão, quanto o contrato administrativo de concessão, assim como a autorização, que consiste em ato administrativo não decorrente de processo concursal prévio.

<sup>228</sup> Cfr. Maria Sylvania Zanella di Pietro, que faz referência aos contratos administrativos (*in: Direito Administrativo*, ob.cit., p.279). Não há, porém, nenhum razão para que o princípio não se aplique à permissão de serviço de serviço público, firmada por ato administrativo.

Dentre as previsões expressas no contrato de concessão (e no ato de permissão) não se impõe as condições de prestação dos serviços, sendo este seu objeto, decorre daí se poder extrair estar-se diante de regulamento do serviço e da atividade regulada, ou seja, de contrato regulatório. Este conceituado como um contrato em que o objeto é a regulação administrativa (cfr. Pedro Gonçalves, *in: Reflexões...*, ob.cit., p.134), aqui, não exclusivo, mas parte essencial. Seguindo Marçal Justen Filho (*in: ob.cit.*, pp.315-316) o contrato de concessão contempla as condições de prestação do serviço (“regulamento do serviço”, conforme destaca o próprio autor), ou seja, regula a atuação do concessionário e seu relacionamento com outros particulares, o que caracterizaria o específico caráter regulatório, ainda que não se trate de “objeto exclusivo”, ou mesmo “explícito”.

É possível, por meio das chamadas “cláusulas exorbitantes” a mutação dos termos da outorga do serviço público, o que afastaria o entendimento de Pedro Gonçalves, (*idem*, p.137), em que o contrato regulatório limitaria também a atuação do ente regulador. Por outro lado não se poderá deturpar a concorrência prévia, respeitando-se o equilíbrio econômico-financeiro reconhecido aos particulares, assim como as limitações previstas para as alterações de objeto das concessões e permissões (como exemplo as limitações impostas pela Lei 9.074/95), desta maneira, a vinculação imposta ao regulador por meio do contrato regulatório restaria respeitada.

não se gozando dos mesmos privilégios legais e não se submetendo aos mesmos princípios, aproximando-se da atividade econômica em sentido estrito. A essencial diferença está na inexistência de liberdade de iniciativa, da qual decorre a ausência de concorrência. Acaso o ente estatal realize a atividade econômica por si, ou por meio de outorga a empresas públicas e sociedades de economia mista na condição monopolística, a regulação administrativa gozará de ampla margem. Havendo a opção de atuação concorrencial, não há que se admitir privilégios aos entes estatais, sob pena de descumprimento da concorrência que o próprio estado-titular estabelece.

Nas hipóteses de titularidade da atividade econômica pelo Estado, em virtude das ressalvas constitucionais do art.173, CF (exploração de atividade econômica em sentido estrito, necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo), a regulação administrativa que se estabelecer – e essa é a especial particularidade que aqui cabe ser destacada –, em que pese a imposição constitucional de atuação do Estado na atividade econômica em sentido estrito, não poderá conceder qualquer privilégio ao ente estatal criado para atuação econômica que não conceda aos entes privados. A regulação que se impuser nos contratos entre privados incidirá igualmente a todos os atuantes da atividade econômica<sup>229</sup>. O que poderia ocorrer, se muito, é a criação de estímulos ao estabelecimento de um mercado privado que, futuramente, e em caso de sucesso da atuação estatal, imporia ao próprio Estado que se retirasse do mercado, já que superadas as hipóteses constitucionais.

Por fim, quanto às atividades econômicas realizadas pelo Estado em concorrência, ou seja, aquelas que são de exploração estatal e privada, sem que caracterizem serviços públicos (art.21, incisos XI e XII, CF), a regulação administrativa do contrato entre privados em nada poderá diferenciar da atuação estatal e a privada, sob pena de agressão à livre concorrência. Por outro lado, em teoria, pode-se entender haver possibilidade de maior intensidade regulatória em virtude da previsão constitucional de sua exploração pelo Estado. Havendo tal especificação constitucional, deduz-se ter havido particular atenção do

---

<sup>229</sup> Nos termos expressos do artigo 173, parágrafo 1º, CF (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98): “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”. (destaque nosso)

constituente com a realização daquela específica atividade, indicando especial interesse público, que poderá ser buscado por meio de instrumentos regulatórios.

### **3.2. A regulação administrativa de contratos privados nas atividades econômicas de iniciativa privada**

Em paralelo ao analisado temos as atividades econômicas de iniciativa privada, ou seja, as que estão “abertas” à generalidade dos sujeitos econômicos. Abrange a grande maioria das atividades econômicas em sentido estrito, exceto as exceções reservadas à iniciativa estatal.

As atividades de iniciativa privada são exercidas em regime de livre iniciativa, que goza de status constitucional prestigiada em decorrência do seu valor social (art.1º, IV, CF), como fundamento da República e da ordem econômica (art.170, caput, CF). E, ainda que não de maneira expressa, o prestígio constitucional é reforçado pelo parágrafo único do artigo 170, CF, impondo que a todos é livre o exercício de atividade econômica.

A Constituição refere, neste mesmo ponto, que a atividade independe de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Assim, e mais uma vez, tal qual nas atividades de titularidade estatal, a legalidade como fundamento jurídico-formal da regulação é imposta expressamente. Entendemos que há reforço do constituinte a fim de superar a balbúrdia jurídica instaurada no sistema prévio a 1988. Somente após a previsão legal é que poderá advir a exigência de autorização por parte dos “órgãos públicos”<sup>230</sup>, tal qual a regulação dependerá de previsão legal, em virtude da liberdade de atuação econômica.

Assim, como anteriormente referido, há atividades econômicas privadas que pouco interessarão ao Estado quanto à sua regulação específica, tal qual a execução artesanal de doces, ou mesmo a atividade de um sapateiro realizada individualmente. Em outro espectro observam-se as atividades em que o interesse público se apresenta deveras claro, como a saúde, educação<sup>231</sup> ou a atividade bancária. Decorrente do interesse público, há o dever-poder de regular a fim de efetivá-lo.

---

<sup>230</sup> Neste ponto, em que pese a generalidade da expressão, que pode se prestar a referência a qualquer entidade estatal, parece claro haver expressa preocupação com a atuação da Administração.

<sup>231</sup> Quanto à saúde já se destacou que a previsão constitucional expressa da atividade ser livre à iniciativa privada decorre da questão política prévia em que havia tendências de sua total publicização. De maneira semelhante encontra-se a educação, que também fora alvo de discussões políticas de sua total submissão à publicização, com a possibilidade de tornar-se real serviço público. Em suma, nas duas atividades a Constituição Federal determina a sua “abertura” à iniciativa privada (arts.199 e 209), mas impõe a submissão a ditames publicizadores, determinantes do objeto de atuação (saúde: “art. 197. São de relevância pública as

Merece destaque <sup>232</sup> o fato de, mesmo que se entendam áreas nas quais o Estado venha a compreender como essenciais ao atingimento das suas finalidades e cumprimento dos seus deveres, estamos diante atividades submissas à vontade ou à iniciativa do particular, que jamais decorre de uma decisão político-administrativa<sup>233</sup>. Ou seja, há de se respeitar a livre iniciativa, pelo que o Estado não poderá impor a execução das políticas e finalidades públicas que se atribuam, por mais incisiva que se apresente a regulação que for imposta (em nosso foco especial de interesse, nos contratos privados).

Ainda quanto aos serviços públicos, o entendimento é de que cumprem uma necessidade essencial, em que haveria uma relação imediata entre a atividade e a dignidade humana<sup>234</sup>. Para além destes há atividades que, mesmo que não estejam sob o regime dos serviços públicos, demandam do Estado a instrumentalização da atividade para cumprimento dos ditames constitucionais (em especial a finalidade da ordem econômica, de assegurar a todos uma existência digna - art.170, CF), o que se dará por meio da regulação. E, no presente caso, na regulação do contrato entre privados, para que a atividade econômica fática seja direcionada ao sentido institucional e juridicamente desejado.

Retomando a ideia aqui defendida – de que a regulação presta-se à tutela do exercício de atividade econômica de modo lucrativo em concomitância com outros valores

---

ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; educação: “art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”). A previsão constitucional à possibilidade de exercício dessas atividades em regime de livre iniciativa não deve ser interpretada como vedação de outras atividades que possam ser admitidas como “serviços públicos sociais”, ou “culturais” (na expressão de Pedro Gonçalves, *in: A concessão dos serviços públicos*, ob.cit., p.38), tais como lazer, pesquisa, teatro. Como se afirmou, nestas específicas atividades em que houve previsão expressa, o constituinte pretendeu expurgar do debate posterior qualquer interpretação de reserva estatal da atividade.

<sup>232</sup> Neste ponto seguiremos Alexandre Aragão, *in: Direito dos Serviços Públicos*, ob.cit., p.188.

<sup>233</sup> A “compreensão” estatal, ou seja, a decisão político-jurídica de imputação de interesse público sobre determinada atividade leva à regulação. Para além da regulação cabem outros instrumentos: (a) a retirada do particular a livre iniciativa cabendo ao Estado imputar à atividade econômica em sentido estrito a “qualidade” de serviço público. A atribuição, a quem reconhece a possibilidade, pode dar-se por lei, como Maria Sylvia Zanella di Pietro (*in: Direito Administrativo*, ob.cit., p.108). Assim sendo, diante de uma decisão estatal a atividade econômica é retirada do campo ordinário e, conforme aqui esposado, passa-se a gozar de maior “profundidade” na regulação a ser imposta; (b) outra possibilidade, mas tal qual a anterior, de superação da regulação passando o Estado a atuação material, ou, na expressão que tentamos evitar, intervenção direta na economia, imputando relevante interesse coletivo (nos termos do art.173, CF), agindo o Estado como agente do mercado; (c) resta, ainda a hipótese de contratação de empresas privadas para a realização das pretensões, ou por meio da requisição (da qual decorre o dever de indenizar, desde que presente os seus pressupostos). Em tais hipóteses a regulação, em especial em busca da segurança jurídica, não deixa de existir, mas deixa de ser o instrumento primordial da atuação estatal.

<sup>234</sup> No sentido de serviço público como atividade que se presta à satisfação de necessidade essencial: Marçal Justen Filho, *in: ob.cit.*, p30.

constitucionais, buscando o equilíbrio entre ambos, e por meio das atividades livres ao “mercado”, o cumprimento dos direitos fundamentais, pode-se chegar ao errôneo entendimento de que a atividade reguladora incidente sobre os contratos encontre limites amplíssimos, levando a própria determinação estatal da atividade privada por meio da regulação contratual.

O limite que se deve estabelecer está no núcleo essencial da livre iniciativa. O contrato entre privados, como figura estabilizadora das relações do mercado e como reflexo da liberdade, pode ser utilizado pela regulação administrativa para que se atinjam, ou ao menos se busquem, os interesses públicos do setor regulado, mas sem que se despreze que se está a tratar de atuação de um particular em sua própria atividade, outorgada a si amplamente por imposição constitucional. Assim, a contratação privada pode ser direcionada, inclusive com imposições para além de meras restrições, mas atuações positivas, sem que haja substituição do Estado pelos particulares.

Não se deve admitir que a atuação regulatória administrativa chegue a um “excesso de regulação”, em que se confundem a atuação estatal e a privada, o que no regime constitucional brasileiro não é admitido. Por tudo quanto já se expôs, pode-se exemplificar a atuação de empresas de “planos” de saúde. A estas se pode impor o dever de contratar com todos os particulares que assim pretenderem, sem que se realize a seleção de risco, mas está vedado que se imponham contratos a título gratuito. Determinar a vedação da seleção de risco está dentro do universo jurídico de imposição positiva<sup>235</sup>, já, impor que haja a garantia de prestação de assistência à saúde, sem a devida contraprestação, faria com que a empresa se substituísse ao dever estatal de garantia do direito à saúde.

O limite entre o campo legítimo de regulação administrativa e a publicização ilegal do contrato é de difícil determinação abstrata. A imposição de novas obrigações a serem inseridas em contrato privado dependerá da fundamentação jurídico-formal – como se tem insistido – de cada atividade a ser regulada, sem uma legitimação “a priori”. E, ainda assim, devemos pensar se a imposição positiva não gera, por consequência, agressão ao direito à obtenção de lucro. Se não pelo direito que tem o particular de gozar dos frutos de seus bens e de sua atividade, numa linha da análise econômica do direito, pelo desinteresse

---

<sup>235</sup> A questão será mais detalhadamente analisada quando da análise da imposição do dever de contratar. Aqui se pode considerar que há uma mera vedação de seleção pela empresa privada, em respeito à igualdade, mas tendemos a interpretar que se está diante de imposição de dever positivo de contratar, em que se extrai a liberdade privada de selecionar com quem se contratar.

que a prática regulatória irá gerar no setor privado para a realização da atividade, impondo a que o Estado, sob custos maiores a si, tenha de a realizar.

A regulação administrativa do contrato entre privados está sujeita ao artigo 174 da Constituição Federal que impõe, em sua parte final, que o planejamento é determinante para o Estado e indicativo para o setor privado. Assim sendo, comparando com o “planejamento” estatal, a atuação regulatória não pode ser impositiva o suficiente na atividade econômica de iniciativa privada, ou seja, o direcionamento pretendido não deve substituir a liberdade de atuação dos contratantes privados.

Necessário se faz que se analise o limite entre a regulação administrativa que se apresenta indicativa e aquela que acaba por ser determinante e, portanto, inconstitucional.

O critério que aqui se adota é o do princípio da proporcionalidade, em que as atuações da Administração são legítimas desde que sejam realizadas na intensidade suficiente ao cumprimento da finalidade de alcance do interesse público tutelado (em conformidade e em equilíbrio ao interesse privado na realização da atividade). Ora, está-se a falar de limitação da liberdade, ou da legitimidade da sua juridicização, pelo que se deve ter o necessário equilíbrio dos interesses que cabe à administração tutelar; porém, e porque se trata de liberdade, na qualidade de direito fundamental, deve-se respeitar a sua essência e agir em sua afetação mínima.

Havendo a restrição de uma atuação, não há razão de direito que permita que se atue para além do estritamente necessário para a realização do fim pretendido. Antes de uma razão jurídica, por uma razão lógica, não há qualquer motivo que fundamente que se imponham ônus a atuação livre para além dos bônus que podem ser auferidos pela Administração ou pela sociedade.

Gomes Canotilho apresenta os seguintes elementos que compoariam a proporcionalidade da atuação estatal limitadora: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação pode ser posta como a medida adotada, devendo ser apropriada ao fim que se persegue e em conformidade com os fins, e, assim, a imposição do dever de dois particulares em contratar deve viabilizar a eficiência do mercado ou o aumento da concorrência. A necessidade apresenta-se como a menor ingerência possível para que se atinjam os fins, ou seja, deve haver a menor restrição possível à liberdade de atuação (ou à liberdade de contratação do ente regulado); por exemplo: a determinação de cláusulas em contratos de entes regulados somente deve ser imposta se a mera vedação de outras não for suficiente a regular o mercado às finalidades perseguidas. Já a proporcionalidade em sentido estrito referencia uma análise comparativa acerca da restrição de liberdade (meio),

que se apresenta como desvantagem, e a obtenção da finalidade desejada (o fim da restrição)<sup>236</sup>.

### **3.3. A regulação administrativa incidente sobre o regulamento do contrato privado**

A regulação administrativa neste ponto incide sobre cláusulas contratuais que definem a prestação essencial do contrato<sup>237</sup>. Tratando-se o contrato de um regulamento entre particulares, ou de um modo de fixação dos termos da autorregulação, o que se tem é a fixação de pontos essenciais deste regulamento por parte da Administração.

A Administração, por meio da regulação do contrato entre entes privados, conforma a liberdade de fixação do conteúdo contratual<sup>238</sup>. E neste ponto assenta-se o que Eros Grau observou como a diminuição dos contratos como uma livre construção da vontade humana ali refletida e mais na elaboração de uma arquitetura geral da economia<sup>239</sup>. Já Eichenhofer entende que as alterações provocadas levaram a uma inversão, em que anteriormente a ordenação pública do regulamento contratual consistia num ordenamento de reserva, passando a ser a ordenação estabelecida e imediata, restando a regulação entre as partes válida somente se benéfica à parte tutelada pelo Direito<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. ob.cit. pp.269-270. Em que pese termos tratado somente neste ponto do Princípio da Proporcionalidade na regulação, não se está a pretender que este não se aplique nas atividades econômicas de titularidade estatal, em especial nos serviços públicos (ou, de maneira mais ampla, em toda a atuação estatal). Em ambos os casos a sujeição à legalidade, o respeito aos direitos fundamentais do executor da atividade, devem ser observados, ocorre que, em decorrência da titularidade da atividade pelo próprio Estado, naquelas situações, sua amplitude regulatória se mostra proeminente. Por fim, e vale mais uma vez sublinhar, que a habilitação legal prévia (formal e material) à Administração é essencial a sua atuação regulatória.

<sup>237</sup> Carlos Roberto Gonçalves (*in: Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.25) denomina a prestação como o objeto imediato da obrigação, ou seja, o dar, fazer ou não fazer. A expressão “objeto” foi evitada no título ainda que seja ordinariamente utilizada para a definição da prestação essencial prevista em contrato, tendo em vista que o objeto do contrato refere-se às obrigações das quais será fonte, assim, tenderíamos a, em um mesmo ponto de análise, ter de abarcar questões diversas, tais quais, no contrato de plano de saúde, não só a própria prestação do serviço, mas também o preço pelo serviço ofertado, ou outros deveres decorrentes. Angela Ferrari Zumbini (*in: ob.cit.*, pp.181-198), também não a utiliza, referindo-se a regulamento, conteúdo e cláusula contratuais. Por outro lado, na *práxis* regulatória, porém, faz-se referência a objeto quanto a obrigação decorrente de contrato, conforme se pode observar no Contrato de concessão nº 13 /99 – ANEEL (que dá-se entre a concessionária CAIUÁ - Serviços de Eletricidade S.A e a referida agência reguladora, que tem como objeto, em sua cláusula primeira, “a exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica”).

<sup>238</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 92 e 93, analisa as formas de manifestação da autonomia privada, dentre elas a de estipulação.

<sup>239</sup> Eros Grau, *in: A ordem econômica...*, ob.cit, p.93.

<sup>240</sup> EICHENHOFER, Eberhard. ob.cit., p.204. O autor refere que há alteração na liberdade contratual. Seu foco baseia-se em escopos de políticas sociais, analisando num aparente sectarismo entre escopos sociais e econômicos que aqui não se adotou. Quanto à prevalência de normas benéficas à parte tutelada, podem-se

Esta regulação advém por várias razões: desde necessidades técnicas, como a definição de padrões de segurança (como se dá em equipamentos elétricos e de telecomunicações); a viabilidade de concorrência em setores de rede (em que se permite a interligação entre detentores da infraestrutura e outros agentes de mercado); a estabilidade setorial (como a determinação de exclusividade de objeto no contrato); e o atingimento de finalidades públicas. Ou seja, é técnica consequencial da própria regulação em que o Estado toma a si o campo de autorregulação, a fim de proteger os usuários e consumidores, tutelar o mercado e a viabilidade da concorrência, além da busca de cumprimento dos interesses públicos.

Nos serviços públicos, as fontes da regulação, inicialmente, decorrem dos poderes públicos concedentes por meio do instrumento convocatório e leis setoriais e, administrativamente, tem-se a regulação do contrato privado por meio do contrato administrativo celebrado e atos emanados por entes reguladores (atos administrativos, materiais e regulamentares) tendencialmente independentes<sup>241</sup>.

O contrato advindo dessa relação sofre severa incidência regulatória, decorrente da natureza da atividade transferida. Não há que se imaginar a outorga de uma atividade pela Administração sem que esta venha a regular o contrato privado entre a prestadora do serviço público e os usuários, por mais que a privatização da atividade tenha sido pretendida a fim de estabelecer a concorrência. Assim, pode-se imaginar uma menor “profundidade” na regulação, mas não a liberdade baseada somente nas conformações legais impostas em normas gerais.

Quanto ao objeto dos contratos entre privados em atividades econômicas de iniciativa privada, a regulação administrativa operada tem de prestar especial deferência aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Diante da livre iniciativa, no universo das atividades econômicas privadas, o Estado deve considerar a possível ultrapassagem dos limites impostos pelos princípios citados. Repete-se: à Administração cabe o direcionamento da atuação privada, mas jamais a substituição da iniciativa privada

---

observar hipóteses em que, ainda que de maneira imediata haja benefício ao consumidor, verifica-se a inviabilização da sustentabilidade financeira de um setor econômico ou de uma empresa agente de atividade regulada.

<sup>241</sup> Dentre os entes reguladores de serviços concedidos podem-se citar duas hipóteses: as agências reguladoras que realizam por si a concessão e permissão do serviço público, além da posterior fiscalização e acompanhamento do serviço prestado; e as agências reguladoras não participantes do procedimento licitatório, tal qual a Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP. Nesta segunda hipótese a questão que se coloca, em especial quanto às agências criadas posteriormente às concessões, está em sua legitimidade punitiva sobre concessionários, alega-se a impossibilidade de fazê-lo por falta de vinculação à licitação, sendo possíveis somente as sanções previstas no instrumento convocatório e contrato de licitação prévia.

pela determinação pública (se assim for necessário, mecanismos outros existem na ordem jurídica que viabilizam as finalidades estatais).

Na regulação administrativa das estritas cláusulas contratuais restringe-se a liberdade de estipulação do contrato, como reflexo da liberdade contratual, que consiste na liberdade de determinação dos efeitos jurídicos a serem produzidos<sup>242</sup>. Admitem-se somente contratos típicos<sup>243</sup>, em que suas cláusulas e efeitos consequentes são já pré-estabelecidos pela Administração, ainda que parcialmente.

Assim, a submissão da cláusula contratual à norma regulatória insere a questão no nível da validade do negócio jurídico de que o contrato é fonte. No direito brasileiro a validade do negócio jurídico exige objeto lícito, possível, determinado ou determinável (artigo 104, Código Civil)<sup>244</sup>.

A imposição de licitude do objeto contratual pode ser interpretada como decorrente do princípio da legalidade descrito no artigo 5º, II, da Constituição Federal<sup>245</sup> (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). Assim, o vínculo jurídico legítimo (não se está a tratar dos atos ilícitos e suas consequências jurídicas) somente se impõe por efeito da legalidade do objeto posto, o qual, no foco de estudo presente, se apresenta em decorrência da coincidência do objeto com a imposição da Administração.

A licitude do objeto é aceita desde longa data como limitadora da liberdade contratual, pois, tradicionalmente, o espaço de licitude dava-se por meio de caracteres negativos, ou seja, pelo não confronto do objeto com normas proibitivas. As diferenças, ao que se verifica atualmente, são duas: há estreitamento do espaço lícito, muitas das vezes sem que haja mais de uma opção ao ente regulado; e esse mesmo estreitamento se dá por meio da Administração e não por imposição legislativa<sup>246</sup>.

---

<sup>242</sup> Sérvulo Correia, in: *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. ob.cit, p.447.

<sup>243</sup> Está-se a referir à classificação dos contratos em típicos (ou seja, conforme o modelo legal previamente estabelecido), atípicos (que não se subsumam aos contratos previstos em lei, com liberdade de sua estipulação, criando-se cláusulas “inéditas”) e mistos (aos autores que os admitem, em que há cláusulas contratuais previstas em lei, somadas a previsões inovadoras). Inúmeros são os autores que adotam a referida classificação, dentre eles e por todos, na doutrina brasileira Carlos Roberto Gonçalves, in: ob.cit.; e na doutrina portuguesa Rui Pinto Duarte, in: *Tipicidade e atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

<sup>244</sup> Deveras semelhante é o adotado no direito português, conforme as imposições dos artigos 280º, nº.1; 281º; e 294º.

<sup>245</sup> Cfr. Tércio Sampaio Ferraz Junior, in: *Introdução ao estudo do direito*. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 1988, p.154.

<sup>246</sup> O Código Civil impõe ainda, em seu artigo 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A atuação regulatória, por meio do ato administrativo conformativo (de caráter concreto ou regulamentar), que determina a cláusula contratual “traduz” a função social do contrato (devendo-se compreender que em cumprimento à função social está inserida também a regulação de

A sanção sistêmica ordinariamente imposta pela desobediência à licitude do objeto seria a nulidade do contrato (art.166, inciso II, Código Civil). Nos contratos regulados, porém, e em decorrência do grande impacto que potencialmente a declaração de sua nulidade poderia causar (por exemplo, atingir inúmeros usuários, ou consumidores, ou inviabilizar determinado setor econômico), a tendência é a manutenção dos contratos<sup>247</sup> a serem adequados, se possível, conforme os ditames de equidade entre as partes e o cumprimento de sua finalidade.

Se relativo aos consumidores e usuários de serviços públicos<sup>248</sup>, o artigo 51, CDC, impõe que as cláusulas ali elencadas (e o artigo nada mais faz que descrever uma série de hipóteses de ilicitude de objeto) serão “nulas de pleno direito”. Assim sendo, extirpadas do ordenamento, restando, por consequência, o vazio regulamentar da relação jurídica fixada em contrato. A solução que ordinariamente se apresenta é a adoção da chamada “cláusula não escrita”, ou seja, aquela que eivada de ilicitude é simplesmente tida como inexistente, substituída pela imposta em lei, ou, aqui, pela regulação administrativa, mantendo-se o contrato<sup>249</sup>.

### **3.4. A regulação administrativa da contraprestação pecuniária do contrato privado**

Seguindo na presente linha de análise, tratar-se-á em paralelo da regulação de preço nas atividades econômicas de titularidade estatal e privada. A premissa essencial é de

---

funcionamento da economia e do mercado, conforme imposição do artigo 170, CF, e não só a chamada regulação social).

<sup>247</sup> O Enunciado nº 22, do Conselho da Justiça Federal estabelece o seguinte: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. Ou seja, sempre que possível haverá se preservar o contrato estabelecido, evitando-se o rompimento da regulação posta, desde que possível sua adequação ao quadro de licitude. Antônio Junqueira de Azevedo (*in: Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.66-69) entende que deve-se procurar conservar o máximo possível o negócio jurídico realizado pelo agente, sendo o fundamento do princípio o prestígio à autonomia da vontade, valorada como útil pelo ordenamento jurídico.

<sup>248</sup> Deve-se rememorar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor como norma geral de relações de consumo, aplicável, inclusive, em serviços públicos, conforme expresso no artigo 1º, parágrafo 2º, II, Lei 13.460/17.

<sup>249</sup> Como exemplo, em contratos de planos de saúde, verificada limitação a coberturas médicas não permitidas no rol de procedimentos médicos estabelecidos pela ANS, para além da sanção administrativa, imputa-se a cláusula como se não escrita fosse. A questão é de fácil solução em casos pontuais, mas se, por exemplo, observa-se a comercialização de produto regulado abaixo de valor mínimo imposto pela regulação, ou insustentável a sua manutenção sem que haja abalo econômico ao agente regulado. Haverá confronto entre a majoração de preço ao consumidor por conduta ilegal do fornecedor em confronto com a impossibilidade do cumprimento contratual pela afetação da sustentabilidade financeira da empresa e também com a admissão de descumprimento de imposição regulamentar pela existência de contrato, a partida e por força de lei, nulo.

que somente caberá a regulação administrativa do preço se houver a imposição expressa da competência do ente regulador, tendo em vista a clara limitação que impõe à livre iniciativa como direito fundamental.

Nos serviços públicos, a remuneração do ente privado, prestador direto do serviço, pode dar-se de diversas maneiras: desde a remuneração total pelo Estado, até à exclusiva remuneração por meio do preço pago pelos usuários<sup>250</sup>. A preocupação quanto à regulação do preço no contrato entre privados nos serviços públicos ganha especial contorno no Brasil, primeiramente pelo histórico descumprimento contratual de concessões (pelo poder concedente), pelo desrespeito a imposições jurídicas, enfim, pela submissão a decisões políticas em geral de caráter populista. Nos últimos anos as consequências da atuação errante estatal foram expostas por um especial caso relativo às indenizações devidas pela União a empresas aéreas já não mais ativas<sup>251</sup>. Acresce a preocupação com o desprezo às “regras do jogo”, à falta de “compromisso regulatório” que tem como efeito imediato a deterioração da prestação do serviço e mediatamente ao afastamento de investimentos privados, em especial em infraestruturas que demandam vultosos investimentos e longo prazo de retorno<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Em análise da regulação de preços em serviços de telecomunicações Carlos Ari Sunfeld é expresso em afirmar que a regulação dos preços depende da previsão legal, não havendo qualquer premissa constitucional quanto à regulação de preços em serviços públicos. Não seria, portanto, a natureza jurídica da atividade, ou seu enquadramento como de competência estatal que imporia a regulação de preços. Conforme aqui defendido a natureza jurídica legítima a “maior incidência” regulatória, mas não a torna um dever e nem cria uma possibilidade de regulação ilimitada, exigindo-se a previsão legal (cfr. SUNDFELD, Carlos Ari. “A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira [et al.] [colab.]. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp.320-321).

<sup>251</sup> Referimo-nos a VASP (Viação Aérea São Paulo S.A.); Varig (Viação Aérea Rio-grandense S.A.) e Transbrasil S.A. As três empresas obtiveram direito a indenizações de aproximadamente R\$ 10 mil milhões (dez mil milhões de Reais, segundo notas da imprensa, já que o valor da indenização ainda resta em discussão judicial. Acresce-se que os casos se deram ainda sob o regime constitucional anterior, tendo os tribunais superiores brasileiros tomado como premissa a legalidade da determinação do preço das passagens aéreas (hoje sob regime de livre concorrência), mas que os valores estipulados foram prejudiciais à manutenção da sustentabilidade financeira destas. Para maiores aprofundamentos: STJ, Resp 1.248.237/DF, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje, 1º out. 2014; Ver: “STJ condena União a indenizar Vasp por Plano Cruzado. O Estado de S. Paulo, 18 set. 2014. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,stj-condena-uniao-a-indenizar-vasp-por-plano-cruzado,1562297>. Acesso em: 17 abr.2018; “Supremo determina pagamento de indenização bilionária à Varig”. Folha de S.Paulo, 12 mar. 2014. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/03/1424515-supremo-determina-pagamento-de-indenizacao-bilionaria-a-varig.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/03/1424515-supremo-determina-pagamento-de-indenizacao-bilionaria-a-varig.shtml). Acesso em: 17 abr.2018.; e STF, RE 571.969, rel. min. Carmen Lucia, julg. 12.3.2014.

<sup>252</sup> Cfr. COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. “Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281, nov. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>. Acesso em: 29 Nov. 2017.

Quanto às concessões, a regulação do preço está vinculada ao equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, as condições da relação no seu início hão de ser mantidas ao longo de toda a concessão. Alterando-se o objeto, há de se alterar a equação de financiamento da concessão, entre elas o preço<sup>253</sup>, assim como a própria “autorização” de aplicação de reajustes pelo concessionário ou até mudanças no quadro econômico, como seja o aumento do custo de insumos necessários à adequada prestação do serviço.

A precificação estipulada há de tomar em conta: a tutela da remuneração do concessionário<sup>254</sup>; a imposição de subsídios<sup>255</sup>; a sustentabilidade fiscal e a “justiça geracional” em que o excesso de previsões benéficas atuais poderiam prejudicar o acesso e expansão de rede de determinado serviço às gerações vindouras; e, por fim, a modicidade das tarifas, a fim de ampliar o acesso aos usuários, em busca da sua universalização<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> O equilíbrio econômico-financeiro das concessões é, em geral, previsto nos contratos e procedimento licitatórios, não podendo ser alterado nem a favor do concessionário, sob pena de deturpação do procedimento concorrencial prévio, nem em favor da Administração sob pena de enriquecimento sem causa desta. A previsão constitucional impositiva, em ambos os sentidos, do dito equilíbrio decorre do artigo 37, inciso XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (destaque nosso). Ainda há a hipótese da modalidade da permissão de serviço público que deveria (em que pese ser deturpada a sua utilização na praxis administrativa brasileira) ser utilizada para serviços públicos que demandem menor volume de investimentos. Entende-se ser delegação de serviço de natureza precária e, assim sendo, não gozaria de equilíbrio econômico-financeiro. Reconhece-se tão-somente, e quando muito, o dever de indenizar da Administração diante da não razoabilidade de sua conduta. Para maior aprofundamento da questão: Celso Antonio Bandeira de Mello, in: *Curso...*, ob.cit, pp.732-741 e pp.752-763. Observe-se, então, duas situações: na concessão rodoviária, acaso observado o aumento de determinado insumo, há de se conceder a alteração de preço das portagens (ou pedágios, na nomenclatura brasileira), assim como há de se respeitar o índice anual de ajuste. Já, por exemplo, quanto aos táxis, permissionários, o aumento do preço dos combustíveis não pode ser tido como motivo suficiente a que de conceda aumento de tarifa daquele transporte.

<sup>254</sup> Aqui, e mais uma vez, tem de se atentar que a regulação não vai imiscuir-se na gestão interna da empresa, ou mesmo o Estado tutelar o lucro da empresa, mas apenas viabilizar que o lucro se realize, por meio seja do preço, seja por outros meios, remunerando adequadamente o capital investido.

<sup>255</sup> Os subsídios a que nos referimos dão-se por: (a) pagamento do poder concedente ao concessionário (situação comum na concessão de transportes coletivos urbanos: em que, devido ao excessivo subsídio chegou-se, na cidade de São Paulo a questionar a razoabilidade na manutenção de concessão de transportes urbanos, se não seria mais eficiente e menos oneroso a encampação do serviço pela Administração municipal; (b) ou por meio de subsídios cruzados entre os usuários do serviço, como, mais uma vez, nos serviços públicos de transportes, o pagamento de valores uniformes de tarifa pelo bilhete, independente da distância a ser percorrida pelo usuário, assim como quanto a inúmeras previsões legais de utilização gratuita do transporte.

<sup>256</sup> Interessante exposição, ainda que não referenciada ao ambiente econômico-social brasileiro, que goza de particularidades atinentes aos países em desenvolvimento, quanto a questão de acesso e precificação: SILVA, Suzana Tavares. “Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem estar: o fim das “boleias”?”, *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol.5. SOUZA, Marcelo Rebelo de (coord.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.819-842; e com relação as alterações do estado prestacional e a universalização de serviços, da mesma autora: “Regulação econômica e Estado fiscal : o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar”. In: *Scientia iuridica*. - Braga : L.C.. - Tomo 61, n.º 328 (jan.-abr. 2012), p. 113-140.

Quanto à regulação de preços entre diversos concessionários de serviços, no âmbito do compartilhamento das infraestruturas, para além da análise da imposição do dever de contratar, o direito brasileiro, em que pese algumas exceções, tem o padrão de, por respeito à livre iniciativa, prever a liberdade dos preços dentre os participantes do mercado. O que se impõe, quando se o faz, é o dever de contratar, vedando-se a imposição de preços abusivos<sup>257</sup>.

O compartilhamento ganha importância por viabilizar o aumento da concorrência em setores de economia de escala, assim como a diminuição de custos, por meio de fontes alternativas de receita, o que induz à modicidade tarifária, enquanto princípio de serviço público<sup>258</sup>. A relação que se vai impor entre os concessionários é de natureza contratual, que sequer necessariamente são da mesma natureza de serviços, tal como na cessão de postes públicos, em que a concessão é feita aos concessionários de energia elétrica e o compartilhamento da infraestrutura dá-se aos concessionários e prestadores de serviços privados de telecomunicação<sup>259</sup>.

Quanto às demais atividades estatais, como as ressalvas do artigo 173, CF, de exercício direto de atividade econômica em sentido estrito, entendemos não haver de se determinar previamente a possibilidade de regulação de preços, ou sequer de regulação

---

<sup>257</sup> Como exemplo pode-se citar: artigo 73, Lei 9.473/97: “As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput”. Assim como, nas concessões ferroviárias o direito de passagem e o tráfego mútuo.

<sup>258</sup> Neste sentido, em previsão expressa, Lei 8.987/95: Artigo. 11. “No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Não há de se entender que o compartilhamento refira-se a empresas do mesmo setor, conforme o exemplo dado referente a postes em áreas urbanas. A fonte de receitas alternativas comporta inúmeras possibilidades, como a exploração de gasodutos em faixas de domínio de rodovias concedidas. E as receitas provenientes, em que pese a regra prevista no parágrafo único, deve ser considerada em prol da modicidade das tarifas e do equilíbrio econômico-financeiro, mas não em sua completude, tendo em vista que em tal hipótese, de conversão total dos valores a fim de diminuição de tarifas aos usuários, estaria exterminado qualquer estímulo a que o concessionário buscasse a sua efetivação, além de potencial caracterização de apropriação pelo Estado de receita privada, em agressão à vedação de confisco (cfr. FREITAS, Rafael Vêras de. “Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação”. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 219-240, jan./fev. 2017).

<sup>259</sup> A recusa da contratação no compartilhamento de infraestrutura será analisada mais especificamente quanto ao dever de contratar. Essencialmente, se houver abuso do preço apontam-se duas hipóteses: se tratar-se de *essential facility*, tem-se um prejuízo à concorrência, em que há competência dos órgãos de proteção da concorrência (CADE - Conselho administrativo de defesa econômica); em caso de ocorrência de abuso de poder econômico, está-se diante de infração à ordem econômica, que caracteriza conduta ilegal, demandando o devido processo legal sancionador.

administrativa do preço (necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo). Há de se observar a lei declaratória da segurança nacional, ou interesse coletivo, e os fundamentos da determinação legal, em conjunto com o princípio da proporcionalidade. Em regra, mas dependente da estrutura legal – e por objetivar em longo prazo o acesso de entes privados ao mercado –, haveria de se possibilitar a regulação de preços, desde que não se inviabilizasse a participação privada, ou seja, desde que se evitem valores deveras baixos, e suportáveis pelo Estado, que evite a concorrência e a geração de um mercado privado.

Quanto aos monopólios constitucionais, considerando o artigo 177, CF, não havendo a exploração direta pelo Estado, tendo ocorrido a outorga de exploração por entes privados, põem-se uma situação deveras semelhante ao serviço público. Quanto ao acesso à *essential facility*, e mais uma vez resguardada a previsão específica legal, não há, a princípio, autorização constitucional de regulação de preço, exceto no caso de abuso no preço ou conduta que advogue contra a concorrência no setor<sup>260</sup>. De pronto o que se põe é a possibilidade de criação de parâmetros valorativos, a fim de que se cumpra a sustentabilidade financeira do detentor da rede e se viabilize o acesso e a concorrência.

Com relação às atividades econômicas em sentido estrito de iniciativa privada, o núcleo da análise com relação à regulação administrativa de preços está no confronto entre a livre iniciativa (e seu reflexo na liberdade de contratar) e a possibilidade de regulação. Por haver a Constituição Federal indicado, em seu artigo 173, parágrafo 4º, que haverá repressão ao abuso de poder econômico, há linhas doutrinárias que entendem haver total liberdade de precificação, somente sendo cabível a repressão posterior por meio de processo sancionador<sup>261</sup>.

Neste sentido, ordinariamente, não haveria viabilidade jurídica de regulação prévia de preços em contratos entre privados pelos entes reguladores, ainda que houvesse competência regulatória posta em lei. Haveria de se exigir a verificação de

---

<sup>260</sup> Nestes casos é mais comum que haja a regulação administrativa por meio de outros instrumentos que não quanto ao valor das contraprestações nos contratos privados em si. Visando a concorrência, por meio, em especial, da superação de assimetria de informações (com relação ao preço de acesso relativo aos custos) para que haja o “combate” a preços excessivos. Mas, ainda que repetitivamente, há de se observar a lei setorial que viabilize, se assim for, a regulação do preço (cfr. CARVALHO, Vinicius Marques de. “Regulação econômica e serviços públicos”. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.19-69).

<sup>261</sup> Quanto às essenciais linhas doutrinárias acerca do tema: BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001.

excepcionalidades, em prestígio à livre iniciativa e à livre concorrência. É de seu conteúdo essencial a liberdade de precificação do bem e da livre iniciativa<sup>262</sup>.

Assim, a determinação do preço, o seu “tabelamento”, somente será permitido diante da inexistência de funcionamento de um mercado regular e estável. Em atendimento à exigência posta pelo princípio da proporcionalidade e num degrau anterior à própria atuação estatal direta na economia, é que se poderá caber a imposição de preços pelo Estado<sup>263</sup>. Fundamentada na busca da regularidade mercadológica, por consequência, não poderá ultrapassar determinado interregno temporal; atingida a estabilidade, “devolve-se” aos entes privados a livre determinação dos preços. Ao lado da “limitação temporal” não haverá de se impor a regulação de preços sem que se respeite a possibilidade de retorno do capital investido e do lucro, em virtude, novamente, da vedação ao confisco pelo Estado. A liberdade de contratar, aqui, está vinculada à pretensão de obtenção de lucro, não sendo viável que o poder público dele se aproprie.

Paralelamente à impossibilidade de imposição regulatória de preços, entende-se haver viabilidade jurídica de imposição de parâmetros regulatórios, seja em lei, seja por meio da regulação administrativa, aos preços de produtos e, em especial, aos reajustes destes. Admite-se, sempre rememorando a exigência de previsão legal de competência formal e material: a imposição de valores mínimos aos produtos<sup>264</sup>; a variação de valores

---

<sup>262</sup> A liberdade de iniciativa que aqui nos referimos desde o princípio é a liberdade de atuação em geral, e mais especificamente, à liberdade contratual, estando a propriedade e seu caráter privado em plano paralelo a estas.

<sup>263</sup> Tabelamento ou imposição de preços por parte do Estado não deve ser confundido com a determinação de parâmetros de reajuste nos preços. O tabelamento é característico de economias planificadas, em que não há propriedade privada dos meios de produção, ou da renda gerada. Já o estabelecimento de parâmetros é decorrente de economias dirigidas, característica de intervencionismo estatal, apenas tem em vista o direcionamento, com a manipulação estatal do agir privado (cfr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *in*: “Congelamento de Preços - Tabelamentos Oficiais”. *Revista de Direito Público*. nº 91, 1989, pp.76-86). Não há de se confundir, também, a irregularidade pontual de precificação, esta sim demandante de intervenção por parte dos órgãos de tutela da livre concorrência, com a deturpação de um setor de mercado que exige a medida impositiva mais rigorosa.

<sup>264</sup> Assim o é quanto aos planos de saúde, em que para a obtenção de autorização de funcionamento cabe às operadoras o registro de produto (artigo 8º da Lei nº.9.656/98 - LPS) e dentre as informações exigidas está a Nota Técnica de registro de Produtos – NTRP em que há de se comprovar a sustentabilidade financeira do produto a ser ofertado no mercado (Resolução de Diretoria Colegiada - RDC 28/2000). A agência reguladora competente não determina valor mínimo, mas avalia o produto apresentado, como valor mínimo de comercialização, analisando a viabilidade financeira, a qual dependerá de uma série de especificidades. Com relação aos preços de planos de saúde verifica-se, ainda, a imposição em lei do registro do chamado “plano referência” (artigo 10, LPS). A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS apenas exige o seu registro e sua obrigatória oferta, mas sem qualquer outro vínculo específico. Não há manifestação judicial com relação a tais espécies de produtos, ou sequer discussão doutrinária de que se tenha conhecimento, mas a semelhança da descrição legal muito o aproxima da exigência de registro prévio de contrato, que se presta a referência de preços das variantes dos produtos (no caso, telefônicos, em Itália), descrita por Angela Ferrari Zumbini, *in*: *ob.cit*, pp.53-55. Tendencialmente o controle de preços a ser exercido nos planos de saúde

em consonância com a faixa etária dos consumidores<sup>265</sup>; a determinação regulatória de parâmetros de reajuste anual.

Verifica-se, tendo em vista a severidade da limitação à livre contratação, que a determinação de preço e o tabelamento devem-se prestar tão e somente à correção de graves falhas de mercado, não sendo cabível sua instituição para funções sociais outras (como a ampliação de acesso). Neste caso, e se assim for verificado, que haja a determinação daquele setor como serviço público ou a sua declaração como área de relevante interesse coletivo, passando a agir o Estado diretamente. O que se verifica de maneira diversa quanto aos parâmetros de reajuste que se relacionam com as políticas macroeconômicas<sup>266</sup>, as políticas antidiscriminatórias aos idosos (como no caso do Estatuto do Idoso) e a determinação de reajustes na área da educação<sup>267</sup>, que podem, como entendemos ser comum à regulação, buscar a implantação de outras políticas públicas que não a própria tutela do mercado e seu funcionamento regular.

### **3.5. A regulação administrativa incidente sobre o dever de contratar entre particulares**

Neste ponto referimo-nos ao dever de contratar entre particulares por meio de imposição administrativa. Assim, observa-se a restrição, talvez máxima, relativa à liberdade contratual<sup>268</sup>. Para além do próprio conteúdo do contrato, incluindo-se eventualmente o preço, há imposição quanto à própria contratação em si, restringindo-se a liberdade de celebração.

O conflito existente, ou o modo de conformação da atividade econômica, está entre a livre iniciativa – que se desdobra na liberdade de contratar e tem como princípio a livre concorrência – e a imposição estatal de celebração do vínculo contratual.

---

poderia caracterizar-se em desacordo com a posição defendida de excepcionalidade para o controle de preços.

<sup>265</sup> No direito brasileiro conhece-se somente a hipótese de reajuste de planos de saúde, em decorrência da limitação imposta pelo artigo 15, parágrafo 3º da Lei 10.741/03, a qual impede que haja discriminação aos idosos (nos termos legais os de idade igual ou superior a 60 anos, regulada pela ANS nos termos de sua RN 63/2003, por meio do qual o último reajuste em virtude da idade dá-se aos 59 anos).

<sup>266</sup> Conforme verificou-se na lei instituidora do Real, a moeda corrente no Brasil, que vedou os reajustes contratuais em períodos inferiores a doze meses (artigo 28, Lei 9.069/94).

<sup>267</sup> Cfr. Lei 9.870/00 – “Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências”.

<sup>268</sup> Paulo Otero (*in: Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. ob.cit, pp.807-810) sistematiza as restrições à liberdade de contratar em dois grupos: restrições à liberdade de celebração e de estipulação. Reconhece o autor a dificuldade de se estabelecer a diferença clara quanto às restrições, tendo em conta que, em geral, haveria a imposição da contratação em simultâneo ao “como” se dá a contratação. O autor foca sua análise na restrição da liberdade de celebração, no presente trabalho o foco desloca-se somente ao que denominou, como espécie de restrição, a obrigação de contratar.

O que se trata quanto ao dever de contratar relaciona-se, primeiramente, no âmbito de tutela do mercado, na preservação da concorrência ou da viabilidade de implantação de um mercado concorrencial. Observam-se as questões de compartilhamento de infraestruturas e monopólios naturais. No Brasil, e em semelhança ao processo ocorrido na Europa, o complexo estrutural que viabilizava uma série de serviços públicos foram realizados pelo próprio Estado. Ou seja, atuava como viabilizador do mercado, por meio da construção de infraestrutura de transportes, energia ou telecomunicações, atuando em monopólio, isto é, pouco havia de atuação privada.

Com o processo de liberalização econômica dão-se algumas situações essenciais: a transmutação da atividade que deixa de ser serviço público; paralelamente, mantendo-se a natureza de serviço público, ocorre a privatização da empresa e de seus bens; ou, ainda, a privatização com a manutenção da propriedade dos bens, havendo concessão de uso, continuando a pertencer ao poder público. Em quaisquer das hipóteses, se havia pretensão de implantação de concorrência, não bastava a mera privatização para que se atingisse o objetivo: eram necessários outros meios de atuação estatal que estimulasse ou impusessem meios de a viabilizar<sup>269</sup>.

Desta maneira, para que fosse possível a entrada de novos concorrentes no mercado, surge a necessidade de impor ao detentor da atividade, anteriormente monopolizada pelo Estado, a contratação com outros entes privados que pretendam exercer a atividade. É natural que a empresa detentora da infraestrutura, especialmente se for participante do mercado em que há concorrência, não pretenda fazê-lo, tendo em vista os privilégios que a condição de monopolista ou de dominação do mercado acabam por lhe possibilitar.

Nos serviços públicos, a liberdade de contratação da empresa há de ser conformada com a livre concorrência, em dois diferentes planos. No estrito mercado de que participa, se necessário, viabilizando a livre concorrência decorrente da ordem econômica constitucional. Além deste, devemos ter em conta que as infraestruturas de que

---

<sup>269</sup> Com relação ao processo que se deu em Itália ver: Angela Ferrari Zumbini, *in*: ob.cit., pp.35-53. Descrevendo o processo brasileiro, em análise da questão: CASAGRANDE, Paulo L.. “Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos”. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). ob.cit., pp.96-145. Já nos EUA, em que a preocupação surge, assim como a regulação em termos próximos aos atuais primeiramente com o sistema ferroviário, e relativamente às chamadas *public utilities*, mas neste ponto descrevendo a implantação de mecanismos concorrenciais nas telecomunicações: BRINIG, Margaret F., “‘Unhappy Contracts’”: The Structure and Effect of Telecommunication Interconnection Agreements”, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=634223](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=634223)>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

é detentora viabilizam o cumprimento da livre iniciativa concorrencial no mercado como um todo, possibilitando, então, que haja submissão de sua autonomia negocial.

Mais, e se ainda necessário, nos serviços públicos está-se diante bens públicos ou privados, em que se impõe o fenômeno da afetação<sup>270</sup>. Ou seja, desde que voltados a finalidades de prestação do serviço público, submeter-se-ão a imposições decorrentes do direito público, sendo considerados como fora do comércio jurídico, acarretando uma série de derrogações de sua natureza privada. Ora, se os próprios bens, ainda que de propriedade privada, gozam de privilégios legais, em decorrência de sua finalidade, os contratos que decorram da dinamização desta propriedade não de se submeter à função social e, conseqüentemente, à maior incidência regulatória. Soma-se a tal argumento que a não contratação por parte de um prestador de serviço público, quando da utilização de bens decorrentes de um serviço público, induziria a uma apropriação privada, ou seja, à verdadeira encampação de um bem público pelo ente privado. A imposição do dever de contratar resta, assim, necessária.

No âmbito da relação contratual privada que se dê entre empresas e usuários de serviços públicos, ou consumidores, o interesse público a ser tutelado pela Administração baseia-se na igualdade de tratamento ou na isonomia<sup>271</sup>. Ou seja, não há que se negar a contratação em decorrência de discriminações infundadas, o que se amplia nos serviços públicos em decorrência dos deveres impostos a fim de dar cumprimento aos princípios correlatos. Especialmente nestes, impõe-se, inclusive, contratos que sequer são financeiramente vantajosos se individualmente considerados, mas ainda assim de vedada

---

<sup>270</sup> Acerca da afetação de bens dos concessionários privados: GUERRA, Sérgio. “A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez., 2004, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12792>> . Acesso em: 4 jun. 2018.

<sup>271</sup> Particular aplicação, com relação a consumidores, encontra-se no artigo 14 da Lei 9.656/98 institui-se que “Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. Interpreta-se a referência à idade e deficiência como meros exemplos postos pelo legislador, sem que qualquer vedação discriminatória possa ser posta. Na área da educação impôs-se o dever, por meio da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que, em seu artigo 28, parágrafo 1º impôs: “Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos (...), sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”. Em decorrência da referida imposição houve ações judiciais pela declaração da inconstitucionalidade da norma, sob a alegação essencialmente de agressão à livre iniciativa e ao direito de propriedade. O STF, em julgamento da ADIn 5.357/DF, em 9 de junho de 2016, declarou a constitucionalidade sob a justificativa de vedação do retrocesso social e sua não submissão a razões meramente mercadológicas. Implementa-se, ao nosso ver, o subsídio cruzado, dentre os consumidores dos serviços, em atividades de iniciativa privada, seja pela “diluição” dos potenciais custos maiores relativos aos beneficiários de planos de saúde portadores de deficiência, seja quanto às necessárias adaptações escolares para a recepção de alunos nas mesmas condições.

recusa por parte do prestador de serviços, sendo a viabilidade econômica de sua prestação dependente de todo o universo de contratos considerados.

Nos monopólios naturais também se verifica especial campo de imposição do dever de contratar, mesmo que não se tratem de serviços públicos especificamente. Em decorrência destes é que se verificou a construção da teoria das infraestruturas essenciais, que, aplicada historicamente em tutela da concorrência, passou a ser utilizada com fins regulatórios<sup>272</sup>. Sua importância no universo da regulação administrativa brasileira dá-se a fim da elaboração normativa prévia, ficando dependente do direito positivo, seja na lei setorial, seja na regulação administrativa.

A doutrina administrativista brasileira não se ocupa muito da questão da imposição do dever de contratar, havendo interpretações de que sequer se trata de relação obrigacional decorrente de contrato, mas sim de servidão administrativa<sup>273</sup>. Não aderimos à linha doutrinária, ao menos em caráter geral, exceto nas previsões legais específicas, tendo em vista essencialmente não se tratar de um direito real. Não há um bem dominante e um dominado, mas sim a possibilidade de imposição heterônoma de que se estabeleça, ou se mantenha, uma relação contratual. Acresce que a recusa de contratar pode ser considerada legítima<sup>274</sup>, como no caso de ausência de oferta de preço razoável ao detentor da infraestrutura, o que não poderia ocorrer diante de servidão administrativa, que trataria da questão sob o foco da indenização devida.

Ainda que haja a supressão quase absoluta da liberdade de contratar e que se possa pensar em uma ficção jurídica – em que há uma relação jurídica regida pelo direito das obrigações –, estamos perante a necessidade de abandono da ideia de contrato como acordo livre de vontades, passando a ser um meio de estipulação de termos na relação entre as partes em busca do estabelecimento de segurança jurídica<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> Neste sentido: Alexandre Aragão, *in: Direito dos Serviços Públicos*, ob.cit., pp.425-426. O mesmo fenômeno, com certo tom crítico, é destacado em: MELI, Vincenzo. “Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l’obbligo di contrarre e il problema dell’eterodeterminazione del prezzo”. OLIVIERI, Gustavo, ZOPPINI, Andrea. *Contratto e antitruste*. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2008.

<sup>273</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da administração pública*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp.376-377.

<sup>274</sup> A existência de dever de contratar, mesmo em bens públicos e afetados, não deve ser entendida como submissão absoluta, mas sim como um impedimento para a recusa ilegítima e contrária ao Direito. A inoportunidade de acordo entre as partes a fim de estabelecer, por exemplo, as especificações técnicas que permitam a utilização de uma faixa de domínio público, ou, e especialmente, o preço a ser pago pela utilização dos bens. Assim, a recusa fundada é juridicamente hígida, o que nos levaria a entender que o dever de contratar aproxima-se de um dever de não recusa ilegítima. Neste ponto, resta importante destacar que deve o direito buscar meios de evitar os comportamentos oportunistas em relações contratuais que, neste caso, em não havendo a devida tutela do possuidor da infraestrutura, induz ao desincentivo para os necessários investimentos. (cfr. CASAGRANDE, Paulo L.. ob.cit.).

<sup>275</sup> Neste sentido: GRAU, Eros. “Um novo paradigma dos contratos?” ob.cit, pp.431-432.

Por fim, como anteriormente exposto, o artigo 421 do Código Civil traz a previsão de que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ora, se há capacidade instalada, se haverá benefícios sociais e econômicos no contrato entre as partes, a recusa de contratação realizada de maneira egoísta e que não dê aos meios de produção a finalidade imposta constitucionalmente caracteriza-se como ilegítima, abrindo a possibilidade de imposição da contratação entre as partes.

### **3.6. Invalidez e mutação da atuação administrativa e a segurança jurídica na regulação administrativa dos contratos privados**

A necessidade de análise da questão surge da própria motivação dada para a mutação da Administração como observada atualmente: técnica, independente, e gozando de liberdade de atuação dentro dos parâmetros da legalidade aberta e fluída. A fuga da influência política e da decisão não técnica levaram à moderna regulação econômica. Por outro lado, a multiplicidade de fontes normativas surgidas, a necessária maior mutabilidade normativa e o controle interno e externo da regulação (seja por órgãos da Administração, seja pelo Poder Judiciário), acabaram por induzir a falta de certeza na atuação dos órgãos reguladores.

O primeiro dos aspectos a que nos referimos é a invalidez da atuação administrativo-regulatória, ou seja, a antijuridicidade do ato administrativo. Seja pela ilegalidade intrínseca a si, seja pela inconstitucionalidade da lei em que encontra seu supedâneo. A declaração desta ilegalidade pode decorrer da própria Administração<sup>276</sup> ou do Poder Judiciário<sup>277</sup>. À partida, e sob o argumento de respeito ao Princípio da legalidade, não haveria justificativa para a manutenção de ato administrativo em desacordo com o

---

<sup>276</sup> Neste ponto utilizamo-nos do verbo “poder”, em que pese a ciência da questão doutrinária posta acerca da existência de dever da Administração de declaração da ilegalidade e conseqüente anulação, em confronto com o entendimento de existência de mera faculdade. Esta incerteza pode ser verificada desde Miguel Reale, em 1966 (*in:*” Ato administrativo complexo - Revogação e anulamento - Servidor de autarquia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 387-398, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/28110>>. Acesso em: 20 Jul. 2018.), até os dias de hoje, como cita di Pietro (*in: Direito Administrativo*, ob.cit., p.248).

<sup>277</sup> No ambiente acadêmico e jurídico brasileiro ganhou destaque a questão do “ativismo judicial”, decorrente da jurisprudência trazida pelo Supremo Tribunal Federal quanto a interpretação da Constituição em confronto com a constitucionalidade das leis (também por sua omissão) e, quanto ao controle da atividade administrativa, em especial com relação à discricionariedade da Administração, inclusive no âmbito da regulação administrativa. Assim, e atualmente, há o “confronto” entre o ativismo judicial, decorrente de uma “jurisprudência de princípios” e a deferência, ou autocontenção judicial, em respeito à atuação, em especial, da Administração.

ordenamento jurídico, sequer havendo de se reconhecer a ocorrência de efeitos jurídicos dele decorrentes<sup>278</sup>.

Assim, e diante nosso objeto de estudo, o que temos é um determinado contrato entre privados, que se encontra regulado, por vezes quase em absoluto, mas que, diante a declaração de nulidade, perde seu substrato jurídico. Neste quadro, o contrato poderia encontrar-se não regulado, o que não o afetaria (necessariamente) em termos de validade, tendo em vista o princípio da liberdade da forma<sup>279</sup>, ou poderia, mais gravemente, encontrar-se em confronto com o ordenamento.

No âmbito da nulidade do ato administrativo, seja ele concreto, seja ele geral e abstrato (o caso das normas administrativas), a declaração de nulidade enseja o reconhecimento de sua anulação com efeitos retroativos (*ex tunc*, desde a emissão do ato administrativo), dando azo à afetação dos contratos entre privados que nestes se baseavam.

A doutrina nacional reconhecera o vácuo regulatório existente, mas a jurisprudência, porém, em especial a observada no Supremo Tribunal Federal, não vacilava em impor – em que pese reconhecer os efeitos, se não jurídicos, mas fáticos decorrentes das leis contrárias ao ordenamento – a retroatividade da declaração de nulidade e consequente ineficácia retroativa, seja da lei, seja do ato administrativo<sup>280</sup>. Atuava-se num esquema de “tudo ou nada”.

Em paralelo à questão da ilegalidade, e não menos importante, tem-se o que denominaremos de “mutação” da atuação administrativa. Esta pode dar-se por três essenciais situações: a alteração de normas regulatórias (aqui adstrito às normas administrativas); alteração da lei em sentido estrito que dá sustentação à regulação; e as

---

<sup>278</sup> Opõem-se duas essenciais correntes. A do entendimento de existência de somente uma espécie de nulidade do ato administrativo, os atos nulos e, diante de qualquer ilegalidade, ser inviável que gere efeitos jurídicos (neste sentido: Hely Lopes Meirelles, *in: Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, negando-se inclusive a existência de atos administrativos anuláveis). Em outro polo tem-se o entendimento de existência de atos nulos e anuláveis, tal qual se refere aos atos jurídicos previstos no Código Civil (arts. 166 e 171), o que fora corroborado em especial pela Lei 9.784/99, arts.53 a 55. Nesta linha podemos citar, por todos: Miguel Reale: *in, Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980 (esta obra é referência ao tema e citada por quase toda a doutrina. Os termos e entendimentos ali expostos, salvo variações de entendimentos que não influenciam na análise presente, são determinantes à doutrina brasileira). Há, ainda, parte da doutrina que adota a inexistência dos atos administrativos, posição com a qual alinhamos, mas que não diferenciam a questão posta referente ao objeto deste trabalho.

<sup>279</sup> No Brasil prevista em regra expressa do Código Civil, art.104, III (“forma prescrita ou não defesa em lei”), o qual entendemos como reflexo expresso da liberdade de que o contrato é signo.

<sup>280</sup> Cfr. SILVA, Almiro do Couto e. “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 06 Set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44376>.

alterações de entendimento e interpretação normativa. Os três fenômenos induzem à revogação do ato administrativo e decorrem da mutabilidade do interesse público.

Ora, parece claro que os cidadãos esperam uma atuação retilínea da Administração, para que possam planejar e atuar com alguma certeza de futuro, sobretudo diante da regulação administrativa econômica. Simultaneamente, com vista à necessidade de segurança, há de se reconhecer a possibilidade de mutação das condições materiais que deram ensejo à conduta da Administração.

Admitindo a necessidade de preservação dos efeitos, se não jurídicos, mas fáticos, e a possibilidade de seu reconhecimento no ordenamento jurídico, é importante referir, primeiramente, a Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular) que impôs como prazo prescricional para a ação de declaração de nulidade de cinco anos a partir da data do ato, em seu art.21. Assim, e em que pese a declaração de nulidade do ato administrativo, nos termos do art.2º da referida lei<sup>281</sup>, seus efeitos poderiam ser mantidos e reconhecidos pelo Direito desde que superado o prazo prescricional. Por meio desta lei abriu-se a possibilidade legal de “jurisdicização de situações de facto provocadas por actos nulos”<sup>282</sup>.

A legislação prosseguiu visando conceder tutela aos efeitos decorrentes dos atos nulos. A Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) em seu Capítulo XIV – da anulação, revogação e convalidação, previu a anulação de atos administrativos, desde que respeitados os direitos adquiridos. Expressamente, então, surge a tutela da segurança jurídica e da proteção da confiança, mas não só voltada à inovação legislativa, mas também à atuação ilegal da Administração e suas consequências<sup>283</sup>. Neste ponto possibilitava-se à Administração que agisse na análise

---

<sup>281</sup> Lei 4.717/65: “Art 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

<sup>282</sup> Cfr. Fernanda Paula Oliveira e Pedro Gonçalves, *in*: “O Regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas”, *Cedoua : Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra. ISSN 0874-1093. A. 2, nº 4, vol. 2 (1999), p. 15-32.

<sup>283</sup> Observa-se que o preceito legal, em que pese não o verificarmos exposição de motivos do projeto de lei, acabou por impor em lei quase que expressamente o pensamento de Miguel Reale, que exigia para a manutenção do ato administrativo a não afetação de direitos e interesses privados e legítimos e a não causação de danos ao erário (*in*: *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Ob.cit, p.62).

da melhor tutela do interesse público (incluindo a tutela dos interesses privados afetados e da boa-fé, em caso de mera declaração de nulidade).

No âmbito judicial impôs-se a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade, por meio da Lei 9.868/99<sup>284</sup>. Em seus termos a declaração de contrariedade à Constituição pode referir-se a lei ou ato normativo (o alcance do texto legal engloba o ato administrativo de natureza normativa). A referida modulação permite que o Supremo Tribunal Federal, diante de inconstitucionalidade, declare que a nulidade se dê em momento diverso, até mesmo para o futuro. Ou seja, em prestígio ao Princípio da segurança jurídica, ainda que em conflito com o Princípio da legalidade, por vezes deve aquele prevalecer<sup>285</sup>.

Com maior amplitude e gerando grande mudança no direito brasileiro, ao prestigiar a autotutela da Administração<sup>286</sup>, promulgou-se a Lei 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42)<sup>287</sup>. Por meio de suas normas previu-se: que as decisões baseadas em valores jurídicos abstratos considerem as consequências práticas de decisão (art.20) – o que nos parece um meio de limitação ao problemático uso dos princípios, que derivaram em determinada deturpação de sua utilização no Direito brasileiro<sup>288</sup>; a decisão administrativa que decreta a nulidade de ato,

---

<sup>284</sup> No expresso texto da Lei: “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.

<sup>285</sup> Por irônico que pareça, o dispositivo da lei, artigo 27, está sob julgamento de sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal desde julho de 2000, referente à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Atrevemo-nos a entender que ainda que o STF venha a julgar como inconstitucional o dispositivo, haverá de “modular” seus efeitos, tendo em vista o larguíssimo lapso temporal transcorrido e as inúmeras ações que apelaram ao dispositivo.

<sup>286</sup> Autotutela da Administração é entendida pela doutrina como: “...pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário”, fato reafirmado pelo STF em duas Súmulas: Pela de nº 346, “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e pela de nº 473, “a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (cfr. di Pietro, *in: Direito Administrativo*, ob.cit., pp.70-71). Observe-se que a Súmula 473 declara expressamente que os atos nulos não dão origem a direitos, em contradição com as leis já expostas e a mais recente jurisprudência do tribunal sua publicação data de 1969, em que pese ainda válida, mas com sua literalidade mitigada).

<sup>287</sup> Importante a se compreender relativamente ao referido Decreto-Lei (que, após a promulgação da Constituição em 1988, que eliminou a figura legal do Decreto-Lei, tendo sido recepcionado como lei ordinária) está em que, a sua nomeação anterior era de Lei de Introdução ao Código Civil. Era, afinal, um reflexo da época de sua elaboração, em que pese ser uma “lei geral” sobre as normas brasileiras, referenciava-se o Código Civil, ou seja, o prestígio que a codificação anteriormente gozava. O primeiro passo de sua ampliação dera-se no ano de 2010, em que a lei 12.376/10 fora editada somente para a alteração da nomenclatura (o que, em teoria, não goza de eficácia jurídica alguma).

<sup>288</sup> A questão da jurisprudência baseada em princípios em que as decisões neles se baseiam levaram a Carlos Ari Sundfeld a afirmar que se tem um “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão” (*in: “Princípio é preguiça?”*. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205). De maneira descrente quanto as consequências da novel legislação, em

ou atuação administrativa, deve também ter em conta as consequências jurídicas e administrativas (art.21); a decisão acerca de interpretação ou orientação terá de observar regime transitório, a fim de se evitar a aplicação imediata (art.23); a revisão de ato ou norma administrativa deve considerar as “orientações gerais da época”, ou seja, na análise da atuação administrativa, não se deve “retroagir” o pensamento que atualmente prevaleça (art.24); e, além de outras previsões, mas de especial importância, impõe-se a emissão de entendimentos, pareceres, regulamentos, enfim, atuações administrativas que consolidem a sua interpretação normativa (art.30).

Reconstruindo-se a questão, o que se observou foi o crescimento do fenômeno da legalidade aberta, levando a conceitos jurídicos indeterminados e a maior discricionariedade da Administração, em especial quanto ao fenômeno da regulação administrativa, com a criação de órgãos específicos a tanto. Em paralelo a esta maior “liberdade” da atuação administrativa, decorreu o fenômeno do “ativismo judicial”<sup>289</sup> e também uma maior atuação dos órgãos institucionais de controle, em especial os tribunais de contas (vinculados ao Poder Legislativo e atuantes, no Brasil, inclusive com relação a implementação de políticas públicas) e dos órgãos internos da Administração, as Controladorias, que muitas das vezes se substituem ao administrador na escolha regulatória.

Toda essa miríade de órgãos, conciliada a uma atuação judicial, a nosso ver, preconceituosa quanto à Administração, induziu a um ambiente de insegurança jurídica, de dificuldades tanto na implementação de políticas públicas, quanto de convicção quanto a correção do atuar – já que poder-se-ia confrontar-se com interpretação posterior de ilegalidade do agir<sup>290</sup>, ou, até mesmo, de opção pelo órgão judicial daquela que seria a “mais adequada” escolha a fim de se atingirem os fins postos em lei.

---

que somente se estaria a trazer um novo estilo de redação das decisões afirma José Vicente Santos de Mendonça, estando-se diante de “novidade irrelevante”, alterando a tendência de ponderação de princípios, de Robert Alexy, pelo “consequencialismo” decorrente de Richard Posner, mas sem alterar de fato a tendência do “decisionismo” dos órgãos competentes (in: “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. v. 1. p. 31-34).

<sup>289</sup> Não se pretende aqui impor juízo de valor à expressão, se não de controle judicial da atuação administrativa que, em decorrência de ter a Administração “assumido” a determinação dos meios a fim de se atingir o interesse público posto no quadro da “legalidade aberta”, acaba por possibilitar que o Poder Judiciário “escolha”, em substituição do regulador. Como exemplo tem-se as decisões judiciais que impõem aos planos e seguros de saúde a cobertura assistencial de procedimentos médicos não previstos pela Agência reguladora competente.

<sup>290</sup> Há de se reconhecer, também, a existência de flagrantes ilegalidades e inconstitucionalidades que acabam, por fim, a gerar efeitos materiais e que, por anos, permanecem no ordenamento, influenciando, por vezes, todo um mercado. Exemplo claro tem-se com a lei instituidora da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que teve seu projeto de lei de iniciativa do Presidente da República enviado ao

Portanto, o que se observa é a normatização da busca da segurança jurídica, evitando que o administrado se veja surpreendido pela atuação da Administração. Tem-se a “tradução” por meio de normas infraconstitucionais do preceito imposto no artigo 5º, XXXVI que preceitua: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>291</sup>.

É a expressão legal da plasticidade e mutabilidade dos efeitos da invalidade<sup>292</sup> e o prestígio ao dever de autovinculação da administração pública. E é da mutação administrativa que mais atentamente trataremos em diante.

Assim, e para além da irretroatividade da norma, é necessário que se acobertem os fatos ainda não concluídos, ainda correntes ou pendentes de conclusão. Daí a proteção da segurança jurídica ou da proteção da confiança<sup>293</sup>. A tutela fornecida pelos referidos princípios está na impossibilidade de que as mudanças legislativas, ou mesmo de interpretação ou modo de atuação estatal, venham surpreender os particulares, que passariam a conviver com a impossibilidade de “produzir, planificar e conformar responsabilmente a sua vida”<sup>294</sup>.

Segundo Almiro do Couto e Silva, podem-se condensar a segurança jurídica e a proteção da confiança nos seguintes pontos<sup>295</sup>: a manutenção de atos administrativos, ainda que nulos (ou ilegais, ou inconstitucionais), com vista à preservação de seus efeitos; a responsabilidade do Estado pelas condutas de seus agentes que criem expectativas legítimas (o autor denomina de promessas firmes); a responsabilidade pré-negocial do Estado (preceito atendido pela legislação de contratação pública); e o dever (agora

---

Congresso Nacional de maneira diversa, em que se estabelecia somente uma agência de transportes. No poder legislativo, em óbvia afronta à sua competência, foram criadas duas agências, a referida ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, inconstitucionalidade não suprida pela posterior sanção da lei. Assim, já passados 16 anos da lei instituidora, a declaração de inconstitucionalidade poderia tornar a própria entidade e todos os atos de si decorrentes como ilegais. Ora, o mercado brasileiro de transportes estaria sem suporte jurídico, levando ao caos a já combatida infraestrutura. (cfr. Ricardo Wagner Carvalho de Oliveira, *in: Direito dos transportes ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp.159-162).

<sup>291</sup> Como bem explica Celso Antonio Bandeira de Mello (*in: “O direito adquirido e o direito administrativo”*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 10, p. 75-85, jan./mar. 2000) a irretroatividade das leis já seria suficiente a tutelar as “situações jurídicas passadas”, ou seja, as já realizadas. Esclarece que a teoria do direito adquirido presta-se a tutela dos *facta pendentia*, os pretéritos já estão acobertados pela teoria da irretroatividade. Com sua contumaz competência, explícita (p.80) ao referir-se ao direito adquirido: “Sua função, portanto, não é a de impedir a retroatividade da lei. Sua função é diversa, qual seja: é a de assegurar a sobrevivência da lei antiga para reger estas situações”.

<sup>292</sup> Expressão de Paulo Otero, *in: ob.cit.*, pp.1022-1036.

<sup>293</sup> Referimos a segurança jurídica tendo em vista ser essa a expressão positivada no direito brasileiro: art.30, Dec.-Lei 4.567/42; art.27, Lei 9.868/99. Cientes, porém, da divisão doutrinária entre segurança jurídica e proteção da confiança, aspectos objetivo e subjetivo, respectivamente (cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob.cit.*, p. 256).

<sup>294</sup> J. J. Gomes Canotilho, *idem*.

<sup>295</sup> Cfr. Almiro do Couto e Silva, *ob.cit.*, pp.277-278.

positivado) do estabelecimento de regras transitórias em virtude de mudanças no regime jurídico (tendo a legislação supra citada abarcado a questão, abarcando, inclusive, as alterações de entendimentos e interpretações).

A questão essencial que se põe é a do possível conflito existente entre a proteção da confiança (ou segurança jurídica) em conflito com o princípio da legalidade (seja pela nulidade, seja pelo novo entendimento ou interpretação de norma, seja ainda pela alteração normativa); e, paralelamente, com o próprio interesse público que “poderá” demandar a alteração dos termos da regulação. Está-se a tratar de regulação de contratos entre privados. Ou seja, a regulação conforma impositivamente os contratos que serão estabelecidos entre particulares que agem de boa-fé e, assim, obrigam-se mutuamente.

Parece-nos claro que a irretroatividade protege os contratos que geraram obrigações já adimplidas, ou seja, tornam-se questões pretéritas e, salvo exceções, superadas e imutáveis. Especialmente sujeitos à afetação estarão os contratos ainda em cumprimento ou de prestações sucessivas, os *facta pendentia*.

Os contratos como negócios jurídicos que são, para sua validade, demandam objeto lícito e obediência à forma prescrita em lei (art.104, inciso II e III, CC). Em caso de revogação ou mutação da regulação, derivada de razões de oportunidade e conveniência, o que se tem é a incidência do preceito constitucional de tutela do ato jurídico perfeito – ao menos em uma primeira análise<sup>296</sup>. Situação especial dá-se quanto às alterações decorrentes da regulação e já previstas *ex ante*, ou seja, a mutabilidade da regulação e potencial influência nos contratos que nela se sustentem já são anteriormente previstas, não se devendo recorrer ao ato jurídico perfeito (a mutabilidade é característica nestes contratos)<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> Em teoria os contratos já vigentes haveriam de prosseguir de acordo com a Lei ao tempo de sua celebração. Ocorre que fundamentos jurídicos diversos afastam a sua incidência. Vejamos o seguinte, e real exemplo (vide nota n.º.X). Na regulação da saúde suplementar (planos e seguros de saúde) foi imposto à Agência competente o dever de regular os reajustes por mudança de faixa etária. Fez-se o estipulando reajustes até a idade de 70 anos. Posteriormente foi editado o Estatuto do Idoso, que impedia os reajustes aos idosos, ou seja, aos com 60 anos completos. Há, pois, duas hipóteses básicas: compreender-se que se está diante de contratos anteriores à lei, por isso a ela devem obediência (este é o posicionamento do órgão regulador), ou, diante do conflito entre a tutela das pessoas idosas, prevista na Constituição, e o respeito ao ato jurídico perfeito, aquela haveria de prevalecer, em que pesem ambos gozarem de estatura constitucional. Interessante este exemplo não só quanto ao ato jurídico perfeito, mas quanto a necessidade de análise de consequência que haveria de se ter na análise da questão. Ora, há precificação dos produtos ofertados no mercado, ao alterar-se o valor da contraprestação àquele idoso que busca a tutela judicial, desequilibra-se o sistema remuneratório daquele produto, afetando, ainda que indiretamente, os usuários daquela operadora como um todo.

<sup>297</sup> Quanto à mutabilidade já prevista pela própria norma podemos citar: os procedimentos médicos obrigatórios aos planos e seguros de saúde descritos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, nos termos da Lei 9.656/98 (em decorrência da evolução da medicina, da inserção de novos procedimentos e, conforme, essencialmente, um estudo de custo-efetividade, tais procedimentos, muitas das vezes inexistentes

Já na hipótese de reconhecimento de vícios do ato ou atuação regulatória, pode-se induzir a que os contratos vigentes sejam invalidados. A estes restará o recurso à segurança jurídica (à proteção da confiança), já que não se poderá falar em ato jurídico perfeito porque jamais fora juridicamente hígido.

Caso clássico é o da autorização de determinada atividade econômica que posteriormente é declarada nula. Neste ponto a colisão de direitos está, não entre o direito subjetivo do particular consequente de uma atuação administrativa ilegal do regulador<sup>298</sup>, mas entre a legalidade, que aponta para a extirpação dos efeitos decorrentes, a proteção da confiança (de todos que contrataram, inclusive daquele que tivera sua atuação regulada pela Administração) e o direito à proteção do consumidor<sup>299</sup>.

O que se tem de ter em conta é que, conforme aqui defendido, o fenômeno da regulação administrativa dos contratos induz a que praticamente não haja escolha dos particulares, muitas das vezes sequer da liberdade de contratar, assim como ao objeto do contrato, o que acaba sendo mera tradução das imposições regulatórias. Assim, a invalidade e a mutação da atuação regulatória incidem diretamente no contrato entre privados, exigindo-se a tutela dos direitos adquiridos e da proteção da confiança.

---

quando do início da relação contratual, passam a ser impositivamente exigidos dos planos de saúde). Outra possibilidade está nas pequenas alterações de trajeto de autocarros urbanos. A estes não há abalo à segurança jurídica, tendo em vista que os contratos decorrentes já preverem as alterações que hão de vir.

<sup>298</sup> Conduta esta que pode ser consequência de ilegalidade superveniente, ou seja, decorrente de mudança de interpretação, de decisão de antijuridicidade de questão não clara anteriormente, ou do fenômeno que J.J. Gomes Canotilho denominou de “invalidade superveniente por mérito”, que, conforme a valoração dada ao direito agredido poderia levar a uma “relativização” da proteção ao direito adquirido (in: *PARECER JURÍDICO: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada, Matéria Ambiental*. Coimbra, 2012. Disponível em: <http://old.secovi.com.br/files/Downloads/parecer-juridico-webpdf.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2018).

<sup>299</sup> Ora, como aqui já se expôs a Constituição não previu que houvesse regulação jurídica da relação de consumo, mas sim de que a ordem econômica baseia-se na *defesa* do consumidor (art.170, V, CF). Desta maneira, haveria de se conciliar a potencial não retroação da declaração de antijuridicidade (conforme os novéis dispositivos legais já expostos) com a legalidade e o direito absoluto de proteção dos consumidores, aumentando a complexidade da questão. Há de se observar que, segundo o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, impõe-se a nulidade de pleno direito das disposições contratuais em desacordo com o ordenamento jurídico. São comumente denominadas de cláusulas não escritas, ou seja, devem ser desprezadas, tidas como não escritas.

## Considerações finais

---

Ao longo do presente estudo verificou-se o constante embate entre as tendências econômicas liberais e de poder estatal que se coloca como meio de cumprimento das finalidades constitucionais. A crise do Estado, comprimido entre seus deveres sociais e a pressão fiscal, induz a que se abdique da atuação direta em favor da atuação privada. Impelido por seus deveres constitucionais, não cabe a abdicação de sua atuação, podendo observar-se a substituição do agente mas não das suas pretensões.

No ordenamento jurídico brasileiro a questão ganha reforço em virtude do não atingimento do mesmo estágio econômico e civilizatório existente nos países nos quais se buscaram as ferramentas jurídicas aplicadas. Decorre, então, a inevitável imputação aos entes privados na colaboração da construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>300</sup>. Se necessária a “participação” dos entes privados na persecução dos deveres constitucionais, para além da regulação da própria atividade, a utilização do instrumento essencial da circulação de riquezas, o contrato, se apresenta como meio natural.

A primeira das fundamentações necessárias, e a fim de se demonstrar, em combate à insegurança jurídica e à submissão aos caprichos estatais, é que se estabeleçam os parâmetros constitucionais da ordem econômica, demonstrando a existência de uma constituição econômica e os valores essenciais que esta traz quanto à relação do Estado com a economia. Na ordem jurídica, é reconhecida a existência do livre-mercado que não se põe nos termos liberais clássicos, mas sim com uma liberdade conformada à busca de finalidades econômicas e sociais e não meramente privatistas.

A Constituição determina, ainda que privilegiando a atuação econômica livre, uma série de serviços públicos e de atividades econômicas de titularidade estatal. A atividade econômica, por princípio privada, está sujeita à regulação, ainda que mais restrita. Verifica-se, pois, a colisão entre a liberdade de atuação econômica e a persecução de objetivos coletivos. Por outro lado, construiu-se uma linha de entendimento com determinada gradação, desde a ampla liberdade (que jamais existira, tendo em vista a necessidade, mínima, de limitações que preservassem o próprio mercado) à implementação de políticas públicas por meio da atuação pública. Aos serviços públicos cabe a atuação

---

<sup>300</sup> Nos termos do artigo 3º, I, CF.

direta do Estado que, se opta pela não atuação direta, não pode simplesmente abdicar de agir, possibilitando aos entes privados a atuação, seja em regime de ampla concorrência, seja por meio de concessão. Em quaisquer das hipóteses, por ser titular da atividade, goza de maior possibilidade de regular a atuação privada.

Não se compreendeu, porém, que a regulação seja mero meio de “intromissão” estatal. Reconhece-se a existência de interesses e direitos opostos, sejam públicos ou privados, ou interesses que mereçam a promoção estatal, e, portanto, a regulação da atividade econômica acaba por demandar a tutela estatal. Esta voltada à preservação do mercado, como tradicionalmente compete ao ordenamento jurídico, mas com tutela simultânea de valores outros que dão cumprimento às finalidades trazidas pela ordem econômico-constitucional. Sob o risco do excesso de imputações aos entes privados, procurou-se destacar o dever de tutela da realização das pretensões individuais, da obtenção de gozo da propriedade privada, ainda que dinâmica, atentando-se à obtenção dos frutos por parte de seu proprietário<sup>301</sup>.

Destacou-se a existência de uma ordem econômica constitucional a fim de afastar a ideia de existência de setores jurídicos-regulatórios estanques, decorrentes de leis esparsas<sup>302</sup>. Verifica-se a existência de particularidades setoriais e princípios específicos, como ordinariamente se observa em outros ramos do Direito. O que se pretendeu reforçar e estabelecer é a existência de uma ordem jurídica superior que se espria sobre toda a ordem econômica (fática), da qual a regulação é instrumento que antecede a outros mais gravosos, ou “profundos”, tais como a atuação estatal em atividades econômicas em sentido estrito.

Isto posto, é a partir do estabelecimento dos nortes essenciais da ordem econômica que se possibilita a análise dos fundamentos e do cumprimento dos quesitos de higidez dos instrumentos regulatórios analisados.

Esta construção de uma ordem jurídica estabelecida presta-se, também, a evitar a utilização da regulação sem que se determine o lastro jurídico da atuação estatal. Dois fatores foram determinantes para que se conduzisse o estudo em tal sentido. Ora, está-se diante de instrumento jurídico que goza de aceitabilidade social, já que, em geral, impõe a

---

<sup>301</sup> Este dever último que merece destaque em decorrência do aparente risco, e talvez cabível à realidade brasileira, de regulação sob a perspectiva de defesa do consumidor, conforme a previsão da ordem econômica, que se torna potencialmente vil aos proprietários da empresa.

<sup>302</sup> Em decorrência da utilização da regulação administrativa, em especial por meio de entes estatais independentes, ou autônomos, no Brasil estabeleceram-se as agências nacionais de regulação (hoje em número de onze). O processo conhecido como “agencificação” iniciou-se em meados dos anos 1990, sem que ainda haja uma lei geral ou lei-quadro, que estabeleça quaisquer parâmetros gerais. Cada setor regulado e cada agência decorrem da lei setorial.

entes privados a atuação de maneira diversa da que lhe seria natural, ou seja, meramente egoística. A receptividade afasta a formação de coalizões sociais opostas. O segundo está na utilização dos princípios normativos de maneira inadequada, tanto que após a ampla aceitação da normatividade dos princípios, fincada a doutrina brasileira da efetividade<sup>303</sup>, a preocupação atual já não está mais na aceitabilidade da força normativa dos princípios e da Constituição, mas sim na limitação ou no estabelecimento criterioso de sua utilização<sup>304</sup>. Assim, e em oposição a uma “principiologia” infundada, buscamos determinar a necessidade da fundamentação jurídica adequada e do cumprimento das determinantes legitimadoras (material e formalmente) da atuação regulatória.

Poder-se-ia dizer que o foco neste ponto está na legalidade, mas – e é necessário que se destaque – não em seu sentido tradicional, que entendemos superado, mas no sentido de se evitar a balbúrdia jurídica e evitar que a regulação que se prestara à garantia de segurança jurídica subverta o ordenamento sob a justificativa de nobres valores.

A preocupação reforça-se pela ausência, em geral, de legitimidade democrática dos órgãos reguladores. O administrador toma para si a normatização de determinada imposição constitucional, sem o crivo legislativo, sem legitimidade democrática, potencialmente arvorando-se de escolhas públicas que não cabem a si, sob justificativas que não se sustentam sob o escrutínio jurídico mais profundo.

Firma-se a proeminência do interesse público como justificativa da própria atuação administrativa. Em simultâneo reforça-se que a identificação de um suposto interesse público não pode ser utilizada como uma justificativa geral de atuação regulatória. Ainda que se recorra ao legítimo interesse público, há de se o fundar em razões de Direito para além de sua própria alegação.

O contrato apresentou-se como objeto de regulação. Apresenta-se como signo de um espaço de liberdade em que os entes privados regulam suas relações e que consiste num instrumento de jurisdicização das relações.

As relações de poder privadas, a formação social não coincidente com a idealização de uma sociedade igualitária que permitisse a negociação entre as partes, a massificação das relações negociais que induziram à criação de contratos padronizados e,

---

<sup>303</sup> Luís Roberto Barroso descreve o processo histórico em: “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul, (RS), v. 4, n. 14, p. 141-164, jun. 2017

<sup>304</sup> Carlos Ari Sundfeld tece críticas à má utilização dos princípios, conforme já relatamos (*in*: “Princípio é preguiça?”. *ob.cit.*, p. 205). Ocorre que esta cultura, primeiramente existente no âmbito acadêmico, posteriormente judicial, estendeu-se à Administração que, diante de seu novo espaço de atuação legal, passou a justificar-se, com beneplácito judicial, em princípios, sem que coubesse a si a competência ou o cumprimento das finalidades (por vezes sequer pré-regulada pelo legislador ordinário).

por fim, a realização de atividades de grande afetação social, tais como financiamentos bancários ou fornecimento de bens essenciais, levaram a que o Estado não pudesse mais, simplesmente, garantir o cumprimento dos contratos e a livre negociação.

As benesses da liberdade já não mais se apresentavam como na idealização jurídica. A alteração conceitual pode ser sintetizada no controle da relação por uma das partes, nomeadamente considerando as condutas anticoncorrenciais, a detenção de monopólio, a disposição de bens públicos, o controle da produção do bem e as externalidades negativas decorrentes da atividade econômica (e atualmente pode-se pensar na afetação ao meio-ambiente natural e urbano). Tudo induz a um fator: a detenção de poder por um dos entes privados relacionados.

Para além de tais questões, a propriedade em seu caráter dinâmico mostra-se como potencial foco de realização das finalidades sociais trazidas pela Constituição, porquanto, e como se afirmou, a regulação não se presta somente a uma atuação dedicada à compensação de externalidades negativas, presta-se também à busca de finalidades impostas ao poder estatal. Em especial no que diz respeito às atividades que o Estado abdicou no processo de transição do Estado providência, transmudando-se em Estado regulador. O contrato como instrumento dos entes privados para a atividade econômica acaba por ser foco da regulação.

Conjugadas tais situações, observa-se a mudança do status contratual, que deixa de ser espaço intransponível de liberdade e torna-se ambiente comum de regulação estatal<sup>305</sup>.

Observada a possibilidade e mesmo a necessidade de regulação do contrato, verifica-se a diversa legitimidade concedida ao Estado para a regulação, conforme se trate de atividade econômica em sentido estrito ou de titularidade privada, estatal ou serviço público. O cerne está na titularidade do Estado em conjunto a determinadas finalidades. Ao regular determinado serviço público, de que é titular, em que pesem as limitações expostas ao longo do trabalho, o Estado está diante uma “longa manus” que executa a atividade pública.

E, por fim, o substrato jurídico que fora elaborado buscava demonstrar a legitimidade estatal de regular. Mas, ao regular o contrato, verificou-se a inexistência de uma justificação geral, mas sim que, quanto às obrigações insertas nos contratos, a regulação depende de seus elementos, tais como: preço, objeto e dever de contratar.

---

<sup>305</sup> cfr. Eros Grau (*in*: “Um novo paradigma dos contratos”, *ob.cit.*, p.423) em que se explicita não haver uma reconstrução da teoria geral do contrato, mas sim das teorias relativas à realidade social que cercam o intérprete.

Assim sendo, realizou-se uma análise fenomênica a fim de fundamentar juridicamente a regulação, conforme se estivesse a tratar da regulação de serviços públicos, de atividades econômicas em sentido estrito, de bens jurídicos a serem tutelados e de como são determinantes na legitimidade da regulação administrativa dos contratos.

Se cabe qualquer conclusão sintética, é a inexistência de uma teoria geral de regulação administrativa do contrato e que esta deve ser observada como método e, de maneira parcimoniosa, a cada atuação regulatória, devidamente fundamentada nos termos do ordenamento jurídico. Afinal, se a regulação é meio de tutela, que esta se dirija às pretensões da Administração em paralelo ao espaço de liberdade dos entes privados.

## Bibliografia

---

AKERLOF, George A.. “The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.

ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

AMORIM, João Pacheco de. “Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção”. *Boletim de Ciências Económicas*. LVII / I (2014).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2001.

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. *Propriedade urbanística e edificabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 90, n. 786, p. 11-56, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. “O conceito jurídico de regulação da economia”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, nº,6, 2001.

\_\_\_\_\_. “O princípio da proporcionalidade no direito econômico”. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 223: 199-230, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. “Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC”. *Revista de Doutrina da*

4ª Região, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34836>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

\_\_\_\_\_. “Um direito de cláusulas gerais? sentido e limites”. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 33, n. 2 (2013). pp.299-309.

ÁVILA, Humberto Bergmann, “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in: *O Direito Público em tempos de crise*, obra coletiva organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Lucas; CRUZ, Andreza Soares. “Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea”. In: *RBDC*, v.28, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>.

Acesso em: 17 Jan. 2018).

\_\_\_\_\_. “O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul, (RS), v. 4, n. 14, p. 141-164, jun. 2017

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. “A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica”. *Bol. de Ciências Econômicas*. (2006), pp. 57-77.

BRINIG, Margaret F., “Unhappy Contracts”: The Structure and Effect of Telecommunication Interconnection Agreements”, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=634223](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=634223)>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

BRODBEKIER Bruno. “Poder regulamentar da Administração Pública”. *Revista de Direito Administrativo*; Editora FGV e Editora Fórum. v. 233 (2003); 141-178

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANARIS, Clauss Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *RBDC*, v.28, 2005, pp.3-29.

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2002

COMPARATO, Fabio Konder. “Função social da propriedade dos bens de produção”. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 63, junho/setembro, 1986

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?”. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.108-115.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2001

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. 18ª reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. “‘Metodologia Fuzzy’ e ‘Camaleões Normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-113.

\_\_\_\_\_. “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *PARECER JURÍDICO: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada, Matéria Ambiental*. Coimbra, 2012. Disponível em: <http://old.secovi.com.br/files/Downloads/parecer-juridico-webpdf.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. “Sustentabilidade - um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol.88, 2012. pp.1-11.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23.ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASAGRANDE, Paulo L.. “Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos”. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito econômico: direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.96-145.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos*. Disponível em <[www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2017

CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de direito civil português*. Vol.II: Parte geral: Negócio jurídico. 4ª. ed. Reform.Atual. Coimbra: Almedina, 2014.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. “A regulação pública como limite à autonomia da vontade no direito contratual”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. “Os grandes traços do direito administrativo no século XXI”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

COSTA, António Augusto. “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, *Publicações CEDIPRE Online* – 12, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto de 2012.

COUTINHO, Diogo Rosenthal “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação”. SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord.), *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTINHO, Diogo Rosenthal; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. “Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281, nov. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64304>. Acesso em: 29 Nov. 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177)

\_\_\_\_\_. “Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol.230, 2002, p. 45-74.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. “Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade”, in: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. *Parcerias da administração pública*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

EICHENHOFER, Eberhard. “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”. *Rivista di Diritto Civile*. Padova. v.43. n.2. p.193-213. mar./apr. 1997, pp.210-211.

FALLEIROS, Ialê e LIMA, Júlio César França; *Saúde como direito de todos e dever do estado*. Disponível em: <[http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/cap\\_8.pdf](http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/cap_8.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2018.

FAORO, Raymundo, *Os donos do Poder*, 3ª ed. Ed.Globo, São Paulo, 2001.

FEITOSA, Maria Luisa Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Congelamento de Preços - Tabelamentos Oficiais”. *Revista de Direito Público*. nº 91, 1989, pp.76-86.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FREITAS, Rafael Vêras de. “Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação”. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 219-240, jan./fev. 2017.

GABARDO, Emerson. “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos Não Nascem em Árvores*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 8. ed. Madrid: Civita, 2002.

GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. “O culto do texto da lei na escola da exegese: seu sentido e limites”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 79. Coimbra: [s.n.], 2003, pp.681-733.

GIANNINI, Massimo Severo (*Diritto Amministrativo*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1993.

GOMES, Júlio – “Cláusulas de hardship”. MONTEIRO, António Pinto (coord.) - *Contratos : actualidade e evolução* [Actas do Congresso]. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. ISBN 972-8069-11-1. pp. 167-204.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. “Estado de garantia e mercado”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. ISSN 1645-1430. A. 7, Nº esp. (2010), p. 97-130.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra. Coimbra Editora, 2008

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2: la defensa del usuario y del administrado - 8a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, pp.VI-42-VI-44

GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Direito Público e Regulação – 2. Coimbra. Coimbra Editora. 2001.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16ª. ed. São Paulo. Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, p. 127.

\_\_\_\_\_. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. “Um novo paradigma dos contratos?” *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 423-433, jan. 2001.

GRINOVER, Ada. Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA, Sérgio. “A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez., 2004, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12792>> . Acesso em: 4 jun. 2018

\_\_\_\_\_. “Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira”, *in: Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. - ano 11 - n.44 (outubro/dezembro-2013) - Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

JOBIM, Nelson. O Estado de S.Paulo: 19 set. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-esquerda-que-era-contra-a-constituicao-de-1988-agora-e-a-sua-maior-defensora,10000076913>>. Acesso em 02 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAZZARINI, Alvaro. “Tutela administrativa e relações de consumo”. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 191:86-99, jan./mar. 1993.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o Crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. “Direito à (proteção da) saúde”, *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2008, pp. 35-74.

MAÇÃS Fernanda. “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”. *In: CORREIA, Fernando Alves, LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M., (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.425-455.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. “O desenvolvimento do estado moderno: conflito entre garantias inovadoras e formas tradicionais”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 50-55, jul./dez., 2015, pp.50-59.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8.ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. “A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. “A noção de contrato na história dos pactos”. *Uma Vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp.497-513.

MATIAS, João Luis Nogueira. “Publicização do direito privado e liberdade de contratar”, *in: Revista Esmafe*, n. 15, ago. 2007, pp.119-149.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate”. *Revista Direito GV*, especial 1, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MELI, Vincenzo. “Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l’obbligo di contrarre e il problema dell’eterodeterminazione del prezzo”. OLIVIERI, Gustavo, ZOPPINI, Andrea. *Contratto e antitruste*. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual., 8ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000

\_\_\_\_\_. “O direito adquirido e o direito administrativo”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 10, p. 75-85, jan./mar. 2000

\_\_\_\_\_. “O estado e a ordem econômica”, *Revista de direito administrativo*; n. 143, p. 37-50, jan./mar. 1981.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. São Paulo, Pearce Prentice Hall, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. v. 1. p. 31-34.

MONCADA, Luís Cabral de. *Manual elementar de direito público da economia e da regulação: uma perspectiva luso-brasileira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.106-107

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. “A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português : algumas questões”. Sep. de : *Boletim da Faculdade de Direito*, N. 80 (2004).

MOREIRA, Egon Bockman. “O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”, in CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”. *Revista de direito público da economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p.87-118, out./dez. 2013.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4ª.ed. Lisboa: Caminho, 1987, p.111.

\_\_\_\_\_. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997

\_\_\_\_\_. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Instituto de Direito Público da Bahia, nº.4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível em: <[https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano\\_azevedo.pdf](https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf)>. Acesso em 16 jan.2017.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”. *Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra*. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Vol. 2 (1989), p. 5-41.

\_\_\_\_\_. “O Contrato e sua Função Institucional”. *Studia Iuridica – Colloquia, Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 48, n. 6, p. 369-377, 1999/2000.

\_\_\_\_\_. “Os princípios jurídicos na Relação Obrigatória”. *Revista Forense*, v. 381, p. 71-79, 2005.

NUNES, António José Avelãs. *Do capitalismo e do socialismo*, Coimbra: Atlântida, 1972

\_\_\_\_\_. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os sistemas económicos: o capitalismo - génese e evolução: segundo as lições aos alunos de economia política do 1º ano da licenciatura em direito da Faculdade de Direito de Coimbra, ano lectivo 2006/2007*. Versão rev. e actual. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C. - Serviço de Textos, 2006, p.31

NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; GONÇALVES, Pedro, *in*: “O Regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas”, *Cedoua : Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra. ISSN 0874-1093. A. 2, nº 4, vol. 2 (1999), p. 15-32.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. *Direito dos transportes ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Reimp. da ed. de Maio de 2003, Coimbra: Almedina, 2007.

PAULINO, Roberio. *Socialismo no século XX - o que deu errado?*. 2ª.ed. Belo Horizonte: Letras do Brasil, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

REALE, Miguel. “Ato administrativo complexo - Revogação e anulamento - Servidor de autarquia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 387-398, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/28110>>. Acesso em: 20 Jul. 2018.

\_\_\_\_\_. “Diretrizes de hermenêutica contratual”. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp.1-6.

\_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Visão geral do projeto de código civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 2 set. 2018

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. “Interesse público: um conceito jurídico determinável”, in: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo*. São Paulo: Atlas.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Direito dos contratos e regulação do mercado”, *Studia Iuridica* ; 73. *Colloquia*; 12. p. 225-241. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. “O contrato hoje: funções e valores”. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp.160-161

\_\_\_\_\_. *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina 1999

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Estrutura associativa e participação societária capitalística: contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 06 Set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44376>.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36<sup>a</sup>.ed. São Paulo, Malheiros. 2013, p.800.

SILVA, Suzana Tavares da. “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267857066\\_LA\\_REGULACION\\_ECONOMICA\\_COMO\\_MATERIA\\_DEL\\_NUEVO\\_DERECHO\\_ADMINISTRATIVO](https://www.researchgate.net/publication/267857066_LA_REGULACION_ECONOMICA_COMO_MATERIA_DEL_NUEVO_DERECHO_ADMINISTRATIVO). Acesso em: 7 abr. 2018

\_\_\_\_\_. “Regulação económica e Estado fiscal : o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar”. In: *Scientia iuridica*. - Braga : L.C.. - Tomo 61, n.º 328 (jan.-abr. 2012), p. 113-140.

\_\_\_\_\_. “Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem estar: o fim das "boleias"?”, *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol.5. SOUZA, Marcelo Rebelo de (coord.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.819-842.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari [coord.]; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira [et al.] [colab.]. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

\_\_\_\_\_. “Função social da propriedade”. DALLARI, Adílson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de direito urbanístico I*. São Paulo: RT, 1987, pp.1-22.

\_\_\_\_\_. “Princípio é preguiça?”. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

Supremo Tribunal Federal. “A Constituição e o Supremo”, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 27 jan.2018

Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 889/STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo889.htm>. Acesso em: 8 fev. 2018.

SUSTEIN, Cass. "Against Positive Rights Feature," 2 *East European Constitutional Review* 35 (1993)

\_\_\_\_\_.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. “Economia dos contratos”. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp.102-136.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo, Método, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina. 2000. v. I. 2. Reimp.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra. Coimbra Editora, 2012.

WILHELMSSON, Thomas. “Regulação de cláusulas contratuais”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n.18. p.9-22. abr./jun. 1996.

ZUMBINI, Angela Ferrari, *in: La regolazione amministrativa del contratto: Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.