

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROJETO DE LEI DO
NOVO CÓDIGO COMERCIAL.**

VICENTE CÂNDIDO DA SILVA

**BRASÍLIA
DEZEMBRO 2014**

VICENTE CÂNDIDO DA SILVA

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROJETO DE LEI DO
NOVO CÓDIGO COMERCIAL.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional,

Orientador: MIN. GILMAR FERREIRA
MENDES

**BRASÍLIA
DEZEMBRO 2014**

VICENTE CÂNDIDO DA SILVA

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROJETO DE LEI DO
NOVO CÓDIGO COMERCIAL.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional,

Brasília – DF, 29 de dezembro de 2014.

MIN. GILMAR FERREIRA MENDES

Prof.

Professor Orientador

Prof.

Membro da Banca examinadora

Prof.

Membro da Banca examinadora

.

Deus, minha família, amigos, colegas de trabalho e orientadores pelo apoio, força, incentivo, companheirismo e amizade. Sem eles nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Foi difícil chegar até aqui e, por isso, reverencio a vida com o mais forte e íntimo agradecimento a Deus, pois ela é uma constante prova d'Ele em ação.

E nesse meu trajeto, repleto de vitórias e tropeços, agradeço aos meus saudosos pais, por me darem o dom da vida e as linhas mestras para trilhar os caminhos que, por vezes, se tornaram árduos, mas, profícuo.

Ao meu orientador e mestre ministro Gilmar Mendes. Ao meu co-orientador, amigo e professor Fábio Ulhoa Coelho. A realização deste trabalho é fruto do estudo de ambos, pois sem suas diretrizes e correções, nada disto seria possível. Meus eternos agradecimentos.

Também registro aqui, uma palavra para minha esposa Maria Amália, Procuradora Federal e, meus filhos Taynã e Caynã: aqui, não tem palavras que expressa à gratidão. Um agradecimento especial para Cássia, companheirinha e amiga de todos momentos, sem o apoio de vocês , nada seria possível. Aqui não tem palavras que expressa a gratidão. Aos amigos Jacó, Wellington, Edgar, Kiko, Vitor Penido e Adelina que, ao meu lado, sempre me incentivaram e ajudaram.

Quero agradecer, também, aos meus eleitores, companheiros e colaboradores pelo incentivo, apoio e por compreenderem minha ausência no início do mandato, a qual se justifica na conclusão desta pós-graduação que deixou de ser sonho e se tornou a nossa realidade.

A todos os que se alegraram e contribuíram de alguma forma para o meu crescimento profissional, pessoal e acadêmico, pois sem o apoio de vocês não seria o que sou hoje! Estou procurando extrair o melhor do aprendizado para o exercício do mandato.

VICENTE CÂNDIDO DA SILVA

RESUMO

O presente trabalho pauta-se em estudo acerca do Projeto de Código Comercial, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL nº 1.572/11), que objetiva a inclusão pelo direito positivo dos princípios do direito comercial. Visando com isto, contribuir não somente para a modernização e simplificação da vida empresarial, como também dotar de maior previsibilidade as decisões judiciais acerca das relações entre empresários. Enquanto o direito comercial não se render à adesão da argumentação por princípios, seu isolamento continuará contribuindo para a inoperância de muitas de suas regras.

Palavras-chave: Novo Código Comercial. Princípios Constitucionais. Projeto de Lei. Atividade Econômica.

ABSTRACT

This work is guided in study of the Commercial Code Project, are pending before the House of Representatives (Bill No. 1,572 / 11) , which aims to include the positive law of commercial law principles. Thus trying to contribute not only to the modernization and simplification of business life, but also provide more predictable judgments about the relationships between entrepreneurs. While commercial law does not render the accession of argumentation principles, its isolation will continue contributing to the ineffectiveness of many of its rules.

Keywords: New Commercial Code . Constitutional principles. Bill . Economic Activity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Os PRINCÍPIOS JURÍDICOS	15
1.1. PRINCÍPIOS E REGRAS.....	15
1.2. OS PRINCÍPIOS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2. Os PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA O DIREITO PRIVADO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA.....	29
2.2. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	31
2.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	31
2.4. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO DA MICRO E PEQUENA EMPRESA.....	31
2.5. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.....	32
3. O PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL	36
3.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO COMERCIAL.....	36
3.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA	36
3.3. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	38
3.4. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	40
3.5. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO.....	41
3.6. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO EMPRESARIAL.....	45
CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	50

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Constituição de 1988, o direito brasileiro tem passado por uma mudança de paradigma, em que a argumentação por meio de princípios ganha centralidade e importância. Salienta-se que diversos princípios jurídicos possuem natureza de normas constitucionais, que, por sua natureza, evidentemente, já dispunham desta centralidade e importância, em razão da primazia da Constituição sobre todas as demais regras do ordenamento jurídico. Mas, também os princípios legais têm ganhado centralidade e importância na argumentação jurídica expressa tanto em lições doutrinárias, como em decisões judiciais ou mesmo petições e outras peças processuais.

De qualquer modo, os princípios jurídicos, independentemente de sua natureza constitucional ou legal, como todas as demais regras que compõem o ordenamento jurídico, são normas. As normas jurídicas, em outros termos, podem ser divididas em princípios ou regras.

Diferenciam-se os princípios das regras, porque eles são, em face de situações concretas, mandados de otimização, consoante a lição de Inocêncio Mártires Coelho:

É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos*, *mandatos definitivos* nem *ordenações de vigência* diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na *consciência jurídica geral*, o legislador *desde logo* e com exclusividade define os respectivos *suposto* e *disposição*, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva consequência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos – daí o seu caráter *não conclusivo*, anota Hart – esse mesmo legislador se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar a tarefa com aqueles que irão aplicar esses *Standards* normativos, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que eles logram atualizar-se e operar como verdadeiros *mandatos de otimização*.¹

Embora a mudança para o paradigma dos princípios seja notória em diversas áreas do direito, no que diz respeito ao direito privado, em especial o direito comercial, ainda a mudança não se verificou, por completo. No dizer de Fábio Ulhoa Coelho, a resistência do direito comercial em incorporar o paradigma dos princípios

¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva-IDP, 2008, p. 34.

isolou a disciplina das demais áreas jurídicas, sendo necessário reverter esta situação a partir, exatamente, da enunciação e propagação dos respectivos princípios:

O direito comercial está *visivelmente* isolado no processo de disseminação da argumentação por princípios. Apartou-se, lamentavelmente, dele. Pode-se até mesmo dizer que teria perdido, com isto, certa 'brasilidade'. Alguns dos grandes autores do direito comercial brasileiro chegam a citar, em seus trabalhos, quase que exclusivamente doutrina estrangeira, desdenhando a produção nacional e reforçando, com isto, o isolamento da disciplina. É hora de reverter decididamente este quadro. O novo direito comercial nasce da identificação, exame e difusão dos seus princípios.²

O Projeto de Código Comercial, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL nº 1.572/11), tem, entre seus objetivos, a enunciação pelo direito positivo dos princípios do direito comercial. Com isto, procurará contribuir não somente para a modernização e simplificação da vida empresarial, como também para dotar de maior previsibilidade as decisões judiciais acerca das relações entre empresários. Enquanto o direito comercial não se adequar à argumentação por princípios, seu isolamento continuará contribuindo para a ineficácia de várias de suas regras.

Escolheu-se o tema desta monografia – *princípios constitucionais e a exploração da atividade econômica* – em razão de sua importância política, social e acadêmica.

Sob o ponto de vista político, o tema é importante por dizer respeito à sempre problemática ligação entre direito e economia, com o indispensável destaque à supremacia das regras constitucionais, garantia do Estado Democrático de Direito. A escolha derivou, ademais, do particular interesse que o autor tem a respeito dele. Sua preocupação com a questão da contribuição que o direito pode dar para a melhoria do ambiente negocial no país é, ademais, publicamente conhecida, por força de sua trajetória como parlamentar. Com esta preocupação, apresentou o PL nº 1572/11, que institui o Código Comercial no Brasil.

No tocante às repercussões sociais, também tem importância o tema, na medida em que o aumento da segurança jurídica nas relações entre empresas,

² COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

motivado pelo necessário enraizamento constitucional do direito comercial, contribui para maior desenvolvimento econômico do país e isto redundará, quando adotadas políticas públicas adequadas, em ganhos sociais como o pleno emprego, a redução da pobreza e o combate à carestia.

Finalmente, a importância acadêmica consiste na pouca atenção, até agora, dedicada ao tema, seja no campo do direito constitucional, seja no do direito comercial. Os princípios constitucionais sobre a atividade econômica não têm sido aprofundado pelos constitucionalistas, por se tratar de matéria econômica; e não têm sido aprofundado pelos comercialistas, por se tratar de matéria constitucional. Nas fronteiras entre estas duas disciplinas, o tema pode receber contribuições indispensáveis tanto constitucionalistas como comercialistas.

Em suma, o objetivo da presente monografia é demonstrar e delimitar o espaço principiológico constitucional em que se insere o direito comercial. Ela tem em mira contribuir para o estudo e aprofundamento da principilogia do direito privado, em especial do direito comercial, a partir dos princípios enunciados na Constituição Federal, que tenham importância para a disciplina da atividade econômica.

Discutir, contudo, a necessidade ou não de criação de preceitos legais destinados a esta instrumentalização e efetivação de garantias constitucionais representa enfrentar um tema muito amplo. É necessário um corte neste extenso objeto. A monografia visa, assim, contribuir para esta discussão procedendo ao estudo científico apenas de suas premissas, isto é, de alguns dos princípios abrigados na Constituição Federal que são relevantes para a organização e exploração da atividade econômica. De modo singelo, pretende dar o “primeiro passo”, com o estudo científico destes princípios.

Nesse diapasão, foram escolhidos os seguintes princípios constitucionais: 1) Princípio da liberdade de iniciativa (CF, art. 170, caput); 2) Princípio da liberdade de concorrência (CF, art. 170, IV); 3) Princípio da função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII, e art. 170, III); e 4) Princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte com sede no Brasil e constituídas de acordo com a lei brasileira (CF, art. 170, IX). Assim, os ditames escolhidos, demonstram um olhar focado em princípios da Constituição Federal de 1988, não abrangendo os complexos anseios advindos da sociedade, pelo fato da ausência de concretização de direitos privados, mais precisamente, empresariais.

Há, ressalte-se, princípios constitucionais que não têm esta mesma característica (aqui denominada “relevância”). O Princípio da liberdade de associação (CF, art. 5º, XX), por exemplo, é importante apenas para o direito societário, não tendo necessária aplicação, por exemplo, no campo do direito cambiário ou contratual. A hipótese de trabalho consiste, desta forma, em afirmar (ou não) que, na elaboração de qualquer lei ordinária acerca da exploração da atividade econômica, deve-se atentar sempre para estes quatro princípios constitucionais – independentemente do objeto específico da norma em questão e de seu conseqüente enquadramento entre os sub-ramos do direito comercial. O objetivo da monografia é, deste modo, conferir se estes quatro princípios constitucionais de maior “relevância” na disciplina da exploração da atividade econômica estão sendo atendidos no Projeto de Código Comercial que atualmente tramita no Congresso Nacional (PL 1.572/11).

Esta monografia, ao eleger seu questionamento principal e delimitar o problema a ser enfrentado e solucionado, formula a seguinte pergunta: quais são os princípios vigentes na ordem constitucional brasileira que balizam as iniciativas, em termos de legislação ordinária, na disciplina da exploração da atividade econômica?

Além disso, o Brasil sendo um país em pleno desenvolvimento, e tendo em sua Constituição Federal ditames que possibilitam o desenvolver das regras especiais do direito comercial, não rompeu com paradigmas instituídos para esse setor. Portanto, faltou para este desenvolvimento, foco maior de estudos e problematização das necessidades empresarias brasileiras. A situação desfavorável em que se encontram, hoje, por exemplo, as micro e pequenas empresas brasileiras não decorrem da ausência de princípio constitucional que as tutele. Este princípio encontra-se no art. 170, IX, da CF. Segue-se, então, outra pergunta: Decorreria este quadro da ausência de lei ordinária que instrumentalize e torne efetiva a garantia constitucional?

Para responder a estas perguntas, é necessário, em primeiro lugar, examinar, pelo menos em seus delineamentos básicos, a teoria dos princípios (Capítulo II). Em seguida, devem ser estudados os princípios da Constituição Federal relevantes à aplicação das normas de direito privado incidentes sobre a exploração de atividades econômicas, em especial as de direito comercial, demonstrando tal assertiva, através de vários princípios presentes na Constituição Federal 1988 (Capítulo III). Na sequência, aprofundar-se-á o estudo dos princípios enunciados no Projeto de

Código Comercial, distinguindo-se entre os gerais e os especiais (Capítulo IV). Por fim, reunir-se-ão as conclusões alcançadas (Capítulo V).

1. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1.1 Princípios e Regras

Tem ampla aceitação, na doutrina jurídica, nacional e estrangeira, a assertiva de que as normas jurídicas podem ser classificadas em duas categorias: *princípios* e *regras*. Já não se considera mais, como no passado, que os princípios tenham uma natureza diferente das normas de direito positivo. Para esta concepção, que vicejou até o início do século passado na doutrina brasileira, os princípios (então chamados de “princípios gerais de direito”) eram vistos como um conjunto de valores, não expressos diretamente sob a forma de normas, que serviriam à supressão das lacunas, na forma do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil).

Ilustra esta concepção o entendimento de Clóvis Bevilacqua. Comentando o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1917 (posteriormente substituído pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), afirma o grande jurista brasileiro que os princípios são elementos de fato que equilibra a organização jurídica e permite a “descoberta espontânea” das normas. São suas palavras:

Não se trata, como pretendem alguns, dos princípios geraes do direito nacional, mas, sim, dos elementos fundamentaes da cultura jurídica humana em nossos dias; das idéas e pincipios, sobre os quaes assenta a concepção jurídica dominante; das induções e generalizações da sciencia do direito e dos preceitos da technica. Estes princípios objectam, são vagos, indeterminados. Mas não é tanto assim. Certamente temos de penetrar fundo na philosophia do direito, na historia da civilização, e ter o espírito aparelhado por uma educação jurídica bem cuidada, para apprehendermos a investigação dos princípios geraes do direito. Mas esse mesmo preparo mental indica a rota a seguir, e habilita o jurista a reconhecer a *natureza positiva das coisas*, elemento objetivo, impreciso, mas fecundo da investigação jurídica, segundo GÉNY, fonte subsidiaria do direito, que tem por fundamento o postulado seguinte: ‘os elementos de facto de toda organização juridica trazem em si as condições de seu equilíbrio e, por assim dizer, descobrem, espontaneamente, a norma que os deve reger.’³

³ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931, p. 112.

Vicente Ráo, por sua vez, lista cinco concepções diferentes acerca da natureza dos princípios, nenhuma delas classificando-os como espécie de normas, mas, sim, como algo que transcende o direito positivo. São suas palavras:

Onde as dúvidas surgem, profundas, é no tocante à natureza desses princípios, matéria em relação à qual inúmeras doutrinas existem, tais as seguintes, havidas por principais:

- a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros);
- b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi, etc);
- c) são os que decorrem da natureza das cousas (Geny, Espínola, etc);
- d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni, Bevilaqua, etc).⁴

A concepção de que o princípio transcende o direito positivo ainda é apresentada em autores de meados do século passado, como, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, em obra cuja primeira edição é de 1961. São seus ensinamentos:

[O princípio] perquire o pensamento filosófico sobranceiro ao sistema, ou as ideias estruturais do regime, e impõe a regra em que dada espécie se contém implícita no organismo jurídico nacional. (...) Os princípios gerais de direito, no dizer de Cogliolo, são então aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que se constitui o substrato comum das diversas normas positivas.⁵

Mais recentemente, passou a sedimentar-se, na doutrina brasileira, a noção de que os princípios (ainda se fala em “princípios gerais de direito”) poderiam ter a natureza normativa, embora ainda de modo precário e impreciso. Para Maria Helena Diniz, por exemplo:

Os princípios gerais do direito, entendemos, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas.⁶

Atualmente, predomina na doutrina brasileira o entendimento de que os princípios são uma espécie de normas, juntamente com as regras. Prefere-se a expressão “princípios” à “princípios gerais de direito”, e a recorrência a eles não se

⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2ª edição. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, vol. 1º, tomo II, p. 236.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 78.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 423 e 424.

limita à hipótese de lacunas⁷. Ao contrário, aos princípios, enquanto uma espécie de norma diferente das regras (estas, não principiológicas), socorrem os cientistas do direito em variadas argumentações. Esta maior centralidade e importância dos princípios é o que Eros Grau denominou de “paradigma dos princípios”:

No futuro, quando o pesquisador da história do Direito Brasileiro se detiver sobre a Constituição de 1988 e, após, sobre as contribuições doutrinárias a partir dela desenvolvidas, por certo encontrará uma grande mudança de perspectiva – ou, como é moda dizer, uma grande mudança de paradigma. Passa a prevalecer entre nós na última década do século o paradigma dos princípios.⁸

Ainda segundo Eros Grau, em 1933, Ripert já considerava que “o princípio é uma regra geral e importante, que comanda outras regras”⁹. E conclui o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Tem a doutrina, de modo pacificado, reconhecido, nos princípios gerais do direito, caráter normativo e ‘positivação’. (...) Cumpre distinguirmos, de todo modo, os princípios positivados pelo *direito posto* (*direito positivo*) (= princípios explícitos) e aqueles que, embora nele não expressamente enunciados, existem, em estado de latência, sob o ordenamento positivo, no *direito pressuposto*. (...) O que dificulta a compreensão da circunstância de serem eles dotados de caráter normativo é a indevida superposição de *norma* e *regra* jurídica. Como, porém, salienta Alexy [1986: 72 e 77], são também normas os princípios: ambos – *princípios e regras* – afirmam o que *deve ser*; ambos são formulados a partir da deontologia da expressão básica da ordem (*Grundausdrücke des Gebots*). Por isso que a distinção entre *regras* e *princípios* se equaciona como distinção entre duas espécies de normas: ‘Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip’ – ‘cada norma é uma regra ou um princípio’. As normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras* [Canotilho 1991:171].¹⁰

Mas, se há, atualmente, grande consenso relativamente à classificação das normas em princípios ou regras, quando se trata de discutir o critério para esta classificação, o dissenso entre os doutrinadores é enorme. Há, inclusive, autores que consideram impossível encontrar-se qualquer critério distintivo, entre princípios

⁷ Carlos Maximiliano considerava os princípios apenas como um recurso de solução de lacunas, previsto no art. 4º da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil: “relativamente ao Direito escrito, como também aos usos, costumes e atos jurídicos, seguir-se-á a gradação clássica, formulada, em parte, pelo Código Civil: depois de apurar a inutilidade, para o caso vertente, dos métodos adotados para descobrir o sentido e alcance dos textos, e de verificar também que os caracteres da hipótese em apreço não comportam o emprego do processo analógico; terá pleno cabimento, *em último grau*, o recurso aos princípios gerais do direito” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pg. 302; a primeira edição é de 1924).

⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

⁹ “Já em 1933, escrevia Ripert [*apud* Poulantzas 1965:319]: ‘(le principe général) c’est une règle mais une règle générale et importante qui em commande d’autres (...). Les principes du droit sont des règles essentielles sur lesquelles sont greffées des règles secondaires d’application et de technique’” (Ibidem, p. 141).

¹⁰ Ibidem, p. 120.

e regras, que se sustente rigorosamente sob o ponto de vista lógico, como, por exemplo, Luis Prieto Sanchís:

No parece posible mantener una distinción lógica o cualitativa entre reglas y principios, sino tan sólo una distinción relativa y por lo demás insegura. Ciertamente, cabe construir idealmente escalas graduales cuyos extremos estuvieran representados por lo más accesorio frente a lo más fundamental, por lo más particular frente a lo más general, por lo más preciso frente a lo más vago, y así sucesivamente; y tal vez cabe aceptar también que los principios son un género de normas que tienden a situarse más cerca de los extremos citados en segundo lugar. Pero con ello tan sólo habremos contribuido a mostrar la variada tipología de los enunciados normativos y, si se quiere, también a describir el uso que hacen los juristas de la expresión 'principios'.¹¹

E, ao lado deles, há os que demonstram a impossibilidade de, *a priori*, classificar-se qualquer norma como princípio ou regra, à medida que resultam de um processo de reconstrução, no qual interferem valores externos à norma. É o caso de Humberto Ávila:

É justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas no texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, [porém], que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores.¹²

Não tem sido este, porém, o entendimento *predominante* na doutrina brasileira¹³. Ao contrário, tem largo prestígio entre nós a caracterização dos princípios como “mandamentos de otimização”, objeto da próxima seção desta monografia.

1.2. Os Princípios como Mandamentos de Otimização

Deve-se a Robert Alexy a formulação do conceito de princípio como “mandamentos de otimização”. Desenvolveu-a no contexto da reflexão sobre os

¹¹ SÍCHES, Luis Pietro. *Sobre principios y normas – problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 62 e 63.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p.37 e 38.

¹³ Como, aliás, reconhece o próprio Humberto Ávila (Ibidem. p. 30 e 31).

direitos fundamentais no ordenamento jurídico alemão ¹⁴. No Brasil – ignorando-se a advertência de Alexy, no sentido de que não se preocupava senão com o direito de seu país ¹⁵ –, a noção de princípio como “mandamento de otimização” tem sido recebida como universal, como se tivesse sido concebida para explicar qualquer ordem jurídica.

Para se compreender o conceito de princípios como mandamentos de otimização, uma alternativa é partir da contribuição de outro importante teórico do direito, Ronald Dworkin. Para este jurista norte-americano, *princípios* e *regras*, assim como as “políticas”, são espécies de padrões, de que se socorre a argumentação dos juristas, nos raciocínios e debates desenvolvidos a respeito de direitos e obrigações de natureza jurídica. Quando os juristas deparam-se com casos “particularmente difíceis”, tendem a se valer mais de determinados padrões do que de outros; quer dizer, precisam se referir, nestes casos mais difíceis, com maior frequência aos princípios e políticas do que às regras. Em seu “ataque generalizado”, Dworkin vê no positivismo um modelo limitado às regras enquanto “teste fundamental para os direitos”, ignorando os positivistas a importância dos demais padrões ¹⁶. Para Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [Não] é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. ¹⁷

Para demonstrar como os princípios não são aplicáveis segundo a lógica do tudo-ou-nada, Dworkin lembra o padrão, aceito no direito norte-americano, de que “ninguém pode se beneficiar dos atos ilícitos que pratica”. Pondera, contudo, que a usucapião é exatamente o contrário: alguém passa a titular a propriedade de um

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁵ “Aqui é necessário apenas salientar que essa teoria é uma teoria jurídica, a saber, uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Não se trata, portanto, nem de uma filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica. O que dela se pode esperar pode ser caracterizado, para usar uma terminologia clássica, como uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais” (Ibidem. p. 29).

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁷ Ibidem, p. 39 e 40.

bem, que não era dele e do qual, no passado, agindo ilicitamente, tomou a posse. Também pondera que o empregado, ao abandonar seu emprego para assumir outro melhor remunerado, fica obrigado, eventualmente, a indenizar o antigo empregador, mas não será privado do novo emprego. O fugitivo que, antes de ser recapturado, faz um investimento rentável, poderá beneficiar-se dos frutos desta sua ação, a despeito da ilicitude da fuga¹⁸. Conclui:

Um princípio como ‘*nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos*’ não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la¹⁹.

A primeira diferença entre princípios e regras apontada por Dworkin, assim, está relacionada com a forma de aplicação de cada um destes padrões. Regras aplicam-se do modo que se referiu por tudo-ou-nada. Quer dizer, se for regra válida, tem que ser aplicada; apenas não se aplica a regra quando demonstrada sua invalidade. Já os princípios são aplicáveis de modo diverso, ajustando-se às circunstâncias do caso: quem se beneficia *indiretamente* do próprio delito, não precisa ser necessariamente privado do benefício.

Desta primeira diferença, Dworkin extrai outra, relativa a certa “dimensão” encontrada nos princípios, mas ausente nas regras. Refere-se ao que denominou de “peso ou importância”. Esta segunda diferença é particularmente notável no caso de intercruzamento de princípios. Segundo Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.²⁰

Em suma, para Dworkin, se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. Isto não se verifica, contudo, quando dois princípios parecem conflitar. Neste

¹⁸ Ibidem, p. 40 e 41.

¹⁹ Ibidem, p. 40. Grifo acrescentado

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 42 e 43.

caso, o intérprete ou aplicador deve ponderar qual deles deve, por ter maior peso, ser prestigiado.

No direito brasileiro da atualidade, é particularmente visível esta forma de tratar o entrecruzamento de princípios, quando se leva em conta, por exemplo, de um lado, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e, de outro, a proteção jurídica do trabalhador hipossuficiente. Se a sociedade empresária empregadora faliu, o empregado terá que se habilitar na falência ou pode cobrar a dívida trabalhista diretamente dos sócios da falida? Segundo os ditames do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, este empregado não tem outra opção a não ser habilitar-se na massa falida, já que a sociedade empresária empregadora é sujeito autônomo em relação a seus sócios. De outro lado, pelos ditames do princípio da proteção do hipossuficiente, não podendo o empregado suportar diretamente os efeitos do risco empresarial, a cobrança dos sócios diretamente é a alternativa juridicamente cabível, nesta situação. Como proceder? O intérprete e aplicador do direito deve sopesar os dois princípios que apontam para soluções inconciliáveis. Aquele que tiver maior “peso ou importância” será observado, em detrimento do outro. Ora, no caso aqui exemplificado, não restam dúvidas de que o princípio de maior peso ou importância é o da proteção ao trabalhador hipossuficiente. Sendo assim, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e autoriza-se a cobrança da dívida trabalhista diretamente no patrimônio dos sócios da sociedade falida. Tem sido este, aliás, o entendimento mais que pacificado na Justiça do Trabalho.

Robert Alexy também aceita a mesma diferença, entre princípios e regras, espécies de normas ²¹, na construção de sua teoria. Não é uma diferença meramente de grau, mas de qualidade ²². A diferença qualitativa entre princípios e

²¹ “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87).

²² “São possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. (...) A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que veem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual,

regras consiste que os primeiros são mandamentos de otimização, isto é, normas que devem ser aplicadas em sua maior extensão, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Nas palavras de Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²³

Como se vê, Robert Alexy concorda com Ronald Dworkin relativamente à distinção entre regras e princípios. Mas enquanto o teórico norte-americano preocupou-se em identificar melhor a qualificação das regras (aplicação tudo-ou-nada; isto é, se válida, tem que ser aplicada²⁴), sem se deter na dos princípios, o alemão dedicou-se à qualificação destes com maior atenção (mandamento de otimização), incorporando, embora com outro referencial semântico, a concepção de Ronald Dworkin.

A distinção, por assim dizer *compartilhada* por estes dois teóricos, ganha realce na discussão atinente ao que Dworkin chamou de entrecruzamento de normas e Alexy chamará de colisão ou conflito. Para este último, princípios *colidem*, enquanto as regras entram em *conflito*. Trata-se de distinção de grande importância na teoria dos princípios alexyana. Quando se verificam conflitos normativos (regra vs. regra), a superação da tensão faz-se de modo substancialmente diverso da referida às situações de colisão normativa (princípio vs. princípio). Esclarece o autor:

mas uma diferença *qualitativa*. Essa tese é correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios” (Ibidem. p. 89 e 90).

²³ Ibidem. p. 90 e 91.

²⁴ Humberto Ávila critica a qualificação das regras como normas aplicáveis segundo o critério *tudo-ou-nada*: “importa ressaltar (...) que também não é coerente afirmar, como fazem Dworkin e Alexy, cada qual a seu modo, que, se a hipótese prevista por uma regra ocorrer no plano dos fatos, a consequência normativa deve ser diretamente implementada. De um lado, há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas. (...) E há casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas. (...) Isso significa, pois, que ora as condições de aplicabilidade da regra não são preenchidas, e a regra mesmo assim é aplicada; ora as condições de aplicabilidade da regra são preenchidas e a regra, ainda assim, não é aplicada. Rigorosamente, portanto, não é plausível sustentar que as regras são normas cuja aplicação é certa quando suas premissas são preenchidas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54 e 55).

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (...) Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.²⁵

Os exemplos de Robert Alexy são esclarecedores. Havendo conflito entre duas regras, a superação deve decorrer, em primeiro lugar, por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, representada pela outra. Os alunos em uma sala de aula estão sujeitos à regra de que não a podem abandonar antes do sinal de fim da atividade ali desenvolvida. Estão, no entanto, igualmente sujeitos à regra de que, em caso de acionamento do alarme de incêndio, devem abandonar imediatamente a sala de aula. O conflito entre estas duas regras resolve-se considerando que a segunda é uma exceção à primeira. Ou seja, na verdade, os alunos estão sujeitos a uma regra só, a de que não devem abandonar a sala de aula antes do sinal alusivo ao término da atividade, salvo em caso de acionamento do alarme de incêndio²⁶.

Se a superação do conflito não for possível por meio deste expediente da cláusula de exceção, deve-se verificar qual das regras conflitantes é inválida, de acordo com preceitos do ordenamento (por exemplo, a lei posterior revoga a anterior). O exemplo de Robert Alexy é, novamente, bem ilustrativo, e colhido da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. No âmbito do direito federal, vigoram leis de 1934 e 1938, fixando o horário de funcionamento do comércio, permitindo a abertura de lojas das 7 às 19 horas, nos dias úteis. No Estado de Baden, em 1951, editou-se norma proibindo o funcionamento das lojas às quartas-feiras, depois das 13 horas. As duas regras (de direito federal e estadual) não podem ser aplicadas simultaneamente, porque isto implicaria *permitir* e, ao

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 91 e 92.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92.

mesmo tempo, *proibir* o funcionamento das lojas no período da tarde das quartas-feiras. A superação deste conflito dá-se pela aplicação do art. 31 da Constituição alemã, que determina a prevalência do direito federal sobre o estadual. A norma do Estado de Baden é inválida²⁷.

Mas, e em relação à colisão de princípios? A solução da tensão, neste caso, é substancialmente diversa. Os princípios colidentes nem se tornam cláusula de exceção um do outro, tampouco perdem validade. Segundo Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.²⁸

Os exemplos indicados são, aqui também, elucidativos. São dois. O primeiro diz respeito à colisão entre o princípio do regular processo penal (que fundamenta a regra da obrigatoriedade da presença do acusado à audiência) e o da incolumidade física (que protege as pessoas de situações de risco à sua vida ou saúde), e tem em mira a questão de fato consistente no pedido de um réu, em processo criminal, no sentido de ser autorizado a ausentar-se da audiência, em vista de suas condições precárias de saúde, que poderiam lhe ocasionar, em decorrência da tensão do ato processual, enfarte ou derrame. O Tribunal Constitucional Federal concluiu pela prevalência do princípio da incolumidade física, naquelas específicas condições de fato²⁹.

O segundo exemplo trata da colisão entre o princípio da proteção da personalidade e o da liberdade de informação. Refere-se ao caso de um prisioneiro, que já estava prestes a deixar a prisão, após cumprir pena por participar de um difamante crime. Ele não queria a exibição de um documentário sobre o evento criminoso, que uma rede de televisão estava preparando e no qual seria nominado e

²⁷ Ibidem, p. 93

²⁸ Ibidem, p. 93 e 94.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94 a 96.

identificado por imagem. Alegava que isto seria altamente prejudicial à sua ressocialização, e que o interesse jornalístico no assunto já não existia, em razão do tempo decorrido. O Tribunal Constitucional Federal decidiu pela prevalência do princípio da proteção da personalidade³⁰.

Note-se que, nos dois casos, o princípio que deixou de ser observado não perdeu sua validade. Continuam válidos, no direito alemão, os princípios do devido processo legal e da liberdade de informação. Porém, nas condições de fato específicas destes dois casos, eles tiveram a aplicação afastada. O afastamento deve-se, segundo Robert Alexy, a um procedimento diverso da interpretação, chamado de “ponderação”, e que implica a prevalência do princípio de maior peso ou importância, na linguagem de Ronald Dworkin³¹.

Da mesma forma, retomando o exemplo do direito brasileiro acima indicado, de colisão entre os princípios de proteção ao trabalhador hipossuficiente, de um lado, e o da autonomia das pessoas jurídicas, de outro, pode-se afirmar que este último não perdeu sua pertinência em razão da larga prevalência do primeiro. Continua a ser um princípio do direito privado brasileiro, assim como o é o da proteção do hipossuficiente.

Mas – e aqui reside uma questão muito importante para a reflexão que se pretende desenvolver nesta monografia –, se determinado princípio reiteradamente acaba sendo preterido, isto não pode reduzir-lhe o peso de tal modo a ponto de se poder cogitar de sua alteração pelo princípio preferente? Uma alteração equivalente à da introdução de cláusula de exceção, na superação de conflitos entre regras. Quer dizer, o princípio da autonomia patrimonial, tantas vezes preterido em função do princípio da proteção do hipossuficiente, não estaria hoje formulado como: “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, exceto quando deve obrigação trabalhista”.

³⁰ Ibidem. p. 99 a 102.

³¹ Humberto Ávila também critica esta concepção dos dois teóricos, mostrando que também as regras conflitantes devem ser, por vezes, sopesadas. Ademais, para o teórico brasileiro: “a dimensão de peso não é algo que já esteja *incorporado* a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada *dimensão de peso* (*dimensiono f weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65).

Em outros termos, como esta sucessiva preterição de determinado princípio não decorre da ponderação de *condições de fato específicas*, mas ganha ares de inegável padrão geral, a colisão dos dois princípios, aqui, deixa de seguir a maneira pela qual esta tensão é e deve ser normalmente superada para observar a atinente aos conflitos entre regras.

Para que continuasse esta colisão a ostentar a qualificação de tensão entre princípios, na formulação de Dworkin e Alexy, seria necessário que o princípio da autonomia patrimonial fosse, aos poucos, ganhando maior peso. Para tanto, porém, seria necessário que a doutrina comercialista rompesse o isolamento referido por Fábio Ulhoa Coelho e aderisse, decisivamente, ao paradigma dos princípios. Esta monografia quer contribuir para tal rompimento, dando os primeiros passos nesta direção. E a forma como pretende contribuir é por meio do estudo dos princípios constitucionais relevantes ao direito privado, objeto do próximo capítulo.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA O DIREITO PRIVADO

2.1. Princípio da Liberdade de Iniciativa

O princípio da liberdade de iniciativa é o fundamental na organização da ordem econômica. Por meio deste princípio, a atividade econômica é primordialmente explorada pelos particulares. Ao Estado cabe apenas, na forma do art. 173 da CF, explorar diretamente atividade econômica quando for necessário aos “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A liberdade de iniciativa tem, portanto, dois ângulos ou lados. De uma perspectiva *positiva*, é uma garantia às pessoas sujeitas à ordem constitucional brasileira no sentido de poderem se estabelecer economicamente. Do lado da perspectiva *negativa*, impõe ao Estado limites que garantam aos particulares o pleno exercício desta liberdade.

No dizer de André Ramos Tavares:

O postulado da livre-iniciativa (...) tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa.³²

José Afonso da Silva noticia a origem do princípio da liberdade de iniciativa:

É certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida.³³

Este caráter originário do princípio da liberdade de iniciativa, fortemente vinculado ao individualismo, mudou ao longo do tempo. Hoje, este princípio não

³² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro: GEN-Método, 2011, p. 235.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 673.

pode ser aplicado isoladamente, mas deve ser considerado em articulação com outros princípios constantes da ordem econômica constitucional. Segundo, ainda, José Afonso da Silva:

A evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da 'harmonia natural dos interesses' do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto (...) do art. 170, parágrafo único, 'sujeito aos ditames da lei', há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem estar coletivo.³⁴

Não se pode, portanto, desvincular a liberdade de iniciativa de outros princípios constitucionalmente estabelecidos na disciplina da ordem econômica. Não tem guarida na ordem constitucional brasileira o reconhecimento de qualquer atitude egoísta por parte de quem exerce a liberdade de iniciativa e dá início a uma nova empresa. Para José Afonso da Silva, esta constrição tem tal alcance, que chega a considerar ilegítima a exploração de qualquer atividade sem atenção à justiça social. Com base nos ensinamentos de Vittorio Ottaviano, o mestre paulista sustenta:

Assim, à *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona o meio), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações impostas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.³⁵

Não concordamos, *data venia*, com a conclusão que o ilustre constitucionalista extrai do princípio da liberdade de iniciativa. Não há dúvidas de que o direito brasileiro não deve mais, desde a Constituição de 1988, prestigiar as normas que tenham por pressuposto a figura do empresário egoísta, totalmente isento de qualquer responsabilidade pelos custos sociais acarretados pela atividade empresarial (poluição, por exemplo). Mas, o lucro não se torna legítimo ou ilegítimo em função da relevância social da empresa. Tanto é legítimo o lucro auferido nas atividades ligadas à comercialização das cestas básicas, por exemplo, como o de automóveis ou artigos de luxo.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

³⁵ *Ibidem*.

2.2. Princípio da Livre Concorrência

Na definição de André Ramos Tavares, livre concorrência é:

A abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.³⁶

O princípio da livre concorrência (ou da “liberdade de concorrência”) é igualmente basilar da ordem econômica constitucional, e intrinsecamente ligado à liberdade de iniciativa. Um não se sustentaria sem o outro. Para ter liberdade de começar uma nova atividade econômica (iniciativa), é necessário que um saudável ambiente competitivo esteja devidamente assegurado pelo direito (concorrência). Caso contrário, os empresários já estabelecidos poderiam criar “barreiras de entrada” e isto dificultaria os potenciais interessados em dar início a atividade que competiria com os primeiros. Da mesma forma, assegurar liberdade de competição sem possibilitar, de modo amplo, o ingresso, no segmento de mercado, de novos empresários, seria o mesmo que limitar a concorrência, objetivo oposto ao pretendido pelo princípio ora sob comento.

No dizer de Miguel Reale:

*Livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.*³⁷

E prossegue Inocêncio Mártires Coelho:

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo de política econômica, *pelo tipo liberal de processo econômico*, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à

³⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro: GEN-Método, 2011, p. 256.

³⁷ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva-IDP, 2008, p. 1360.

formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário de lucros.³⁸

Eros Grau destaca que a liberdade de concorrência pressupõe o mercado funcionando com liberdade, em que não haja espaço para as restrições tipicamente buscadas pelo titular do poder econômico, fato que, por não ser observável, torna “instigante” seu enunciado na Constituição. Para ele:

A afirmação, principiológica, da *livre concorrência* no texto constitucional é instigante. De uma banca porque a concorrência livre – não *liberdade de concorrência*, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do *poder econômico*’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da *livre concorrência*.³⁹

O atendimento a este pressuposto, o de coibição dos atos restritivos provenientes do titular do poder econômico, como medida de assegurar a liberdade de concorrência, é objeto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulado na Lei nº 12.529/11. Da eficiência deste Sistema, tanto na repressão às infrações da ordem econômica, como na apreciação dos atos de concentração, depende as condições fáticas que correspondem ao pressuposto do princípio da livre concorrência.

Na verdade, não se pode interpretar o princípio da livre concorrência sem se fazer referência, também, à coibição do abuso do poder econômico. Para José Afonso da Silva:

A *livre concorrência* está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a *lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (art. 173, § 4º). Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva-IDP, 2008.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 208.

exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.⁴⁰

Neste delicado equilíbrio entre, de um lado, a afirmação da livre concorrência e, de outro, a necessidade de se coibirem práticas abusivas de quem tem o poder econômico, que compromete a liberdade de competição, deve se encontrar o parâmetro para interpretação do princípio constitucional. Todas as práticas competitivas dos empresários são lícitas (livre concorrência), desde que não ponham em risco a própria liberdade de concorrência (coibição aos abusos do poder econômico). O amplo “guarda-chuva” aberto pelo inciso IV do art. 170 da Constituição Federal, fecha-se ligeiramente em razão do § 4º do art. 173.

2.3. Princípio da Função Social da Propriedade

O princípio da função social da propriedade não representa, rigorosamente falando, uma limitação ao direito de propriedade. As limitações, impostas pela Constituição e pelas leis, à propriedade correspondem, na verdade, aos contornos do próprio direito. Se, por interesse público, podem-se expropriar bens de particulares, isto significa apenas que a propriedade privada cinge-se a um direito expropriável nas hipóteses constitucionalmente delineadas. Ao se mirarem as limitações, foca-se a definição da própria extensão do direito de propriedade.

O cumprimento da função social – que a Constituição exige nos arts. 5º, XXIII, e 170, II e III – consiste, assim, na modulação da “tensão” que surge inevitavelmente da aproximação do respectivo princípio com o direito da propriedade.

Elucida Inocêncio Mártires Coelho:

Sendo a função social da propriedade, como sabemos, um princípio jurídico e não uma regra de direito, a sua implementação insere-se no jogo concertado de complementações e restrições recíprocas em que consiste o processo de aplicação/concretização dessas pautas axiológicas – por natureza abertas, indeterminadas e plurissignificativas – enquanto mandatos de otimização.

Essa qualificação, por conseguinte, remete-nos à ideia de que a função social da propriedade é um tipo de norma que não se implementa em termos absolutos e excludentes de outras – antes opera gradualmente e dentro do possível –, a depender tanto de condições fáticas, que são impostas pela realidade extranormativa, quanto de condições jurídicas, a serem determinadas pelos princípios e regras contrapostos.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 674.

Posta a questão nesses termos, evidencia-se desde logo ou *prima facie* uma tensão, para não dizer um conflito – porque de conflito efetivamente não se trata – entre o núcleo essencial do *direito de propriedade* e a submissão do seu exercício ao *interesse social*, um e outro dotados de igual proteção constitucional, porque inseridos – no art. 5º, XXII e XXII, da Constituição de 1988 – entre os *direitos e garantias fundamentais*.⁴¹

Deste modo, sempre que as condições fáticas e jurídicas o permitirem, o exercício do direito de propriedade deve ser compatibilizado com o atendimento ao interesse social. Este é o significado, como visto no Capítulo anterior desta dissertação, da classificação dos princípios jurídicos como mandatos de otimização, na linha de Robert Alexy. O princípio da função social da propriedade, não é uma regra aplicável de acordo com a lógica tudo-ou-nada, mas uma norma cuja dimensão de peso deve ser levada em conta, sempre que o titular do direito de propriedade, ao exercitá-lo, mostrar-se desatento ao interesse social. A ponderação entre o princípio da função social da propriedade e o direito de propriedade deve ser feita, como qualquer outra, levando-se em conta as circunstâncias específicas do caso. E de eventual prevalência do princípio da função social da propriedade, na modulação da tensão com o direito de propriedade, não resulta que a regra fundamentante deste tenha sido invalidada. Ao contrário, continua vigente e válida.

2.4. Princípio do Tratamento favorecido da micro e pequena empresa

Numa abordagem inicial e simplista do princípio do tratamento favorecido da micro e pequena empresa, poderia parecer que se trataria de uma exceção aos princípios basilares da livre iniciativa e livre concorrência.

Quando se reserva a determinados empresários um regime favorecido, isto cria vantagens competitivas que poderiam ser vistas como distorção da igualdade de oportunidades, que se encontra nos alicerces da liberdade de iniciativa e competição. De fato, se este regime favorecido não tiver suficiente justificado, importará necessariamente tal distorção. Os empresários excluídos do regime favorecido teriam mais dificuldade de competir, no mercado, em relação aos alcançados pelo favorecimento. Imagine a isenção de impostos para os empresários que investem capital proveniente de determinados países, como medida de atração

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COLEHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva-IDP, 2008, p. 1359.

dos investidores lá sediados. Seria tal isenção uma afronta inegável aos princípios de liberdade de iniciativa e de livre concorrência. A vantagem competitiva dada a este grupo de empresários não tem justificção suficiente, e afronta também o princípio da igualdade.

Mas, por paradoxal que seja, o favorecimento dispensado pela ordem constitucional aos micro e pequenos empresários não pode ser visto como uma vantagem competitiva injustificável.

Sequer pode ser vista como uma vantagem competitiva.

Trata-se, na verdade, de mecanismo de neutralização de desvantagem competitiva. Os micros e pequenos empresários, para conseguirem competir com os empresários de maior porte, devem receber um tratamento favorecido. Caso contrário, as dificuldades decorrentes da reduzida dimensão empresarial poderiam até mesmo obstar o crescimento econômico deles.

Em outros termos, é exatamente para que haja liberdade de iniciativa e livre concorrência, que a ordem constitucional trata favorecidamente o micro e pequeno empresário.

Destaca André Ramos Tavares:

O inc. IX do art. 170 estabelece um princípio que se poderia considerar uma restrição à amplitude do regime da livre concorrência, já que criou tratamento diferenciado para a microempresa e empresas de pequeno porte. Poder-se-ia pensar, pois, tratar-se de regra contrária à livre concorrência, que demanda condições de igualdade na competição econômica.

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa). É uma medida tendente a assegurar a concorrência em condições justas entre micro e pequenos empresários, de uma parte, e de outra, os grandes empresários.

Esse princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte é ainda reforçado pelo art. 179, *caput*, que também reconhece a existência das microempresas e das empresas de pequeno porte como um fator de diferenciação no tratamento *legal* (em termos amplos) dos empresários. (...) Portanto, longe de erigir-se como obstáculo à livre iniciativa e concorrência ou à liberdade de mercado, o preceito constitucional ora analisado visa a proporcionar condições para que essas liberdades sejam efetivamente observadas, promovendo uma tutela adequada à liberdade econômica.⁴²

⁴² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª edição. Rio de Janeiro: GEN-Método, 2011, p. 212.

Na verdade, a totalidade de micro e pequenas empresas, apesar da reduzida dimensão empresarial quando consideradas isoladamente, responde, em conjunto, por parte substancial da economia brasileira, gerando milhões de empregos e atendendo a igual número de consumidores. Para garantir-lhes competitividade, a ordem jurídica deve neutralizar, na medida do possível, as consequências indesejadas da acentuada diferença econômica. É este o sentido do princípio constitucional do tratamento favorecido da micro e pequena empresa.

2.5. Princípio da Liberdade de associação

Pessoas com interesses comuns tendem a unir esforços com o objetivo de somar forças na realização destes interesses. É uma tendência natural do homem e da mulher. O direito, para melhor disciplinar esta conjugação de esforços, reconhece a figura da “associação”, aqui entendida em seu sentido mais largo, de união de pessoas em torno de finalidades comuns.

Largo é o espectro das associações. Há, de um lado, aquelas que aglutinam pessoas em torno de ideais políticos, caritativos ou sociais; e, de outro, as resultantes de interesse de cunho econômico. Estas últimas são chamadas, no direito privado, de sociedades, e podem ser simples ou empresárias.

No plano constitucional, encontram-se diversos aspectos desta liberdade.

Em primeiro lugar, a afirmação do direito de associar-se para fins lícitos, que deve ser amplo, encontrando limites apenas nas finalidades de caráter paramilitar. Está consagrado no inciso XVII do art. 5º da Constituição Federal.

Em segundo lugar, a liberdade de criação de associações independentemente de autorização do Estado, de que é decorrência a proibição de interferência estatal no funcionamento delas. Fixa-a o inciso XVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Em terceiro lugar, a necessidade de decisão judicial para dissolução compulsória da associação ou suspensão de suas atividades. No caso mais grave, de dissolução, a Constituição exige sentença judicial transitada em julgado. Trata deste aspecto da liberdade de associação o inciso XIX do art. 5º do texto constitucional.

Em quarto lugar, o aspecto que mais relevância pode ter para as relações privadas, em que se proclama o direito de não ser forçado a associar-se ou a

permanecer associado. O inciso XX do art. 5º da Carta Magna assenta esta liberdade.

Por derradeiro, reconhece-se a legitimidade para representação judicial ou extrajudicial de seus filiados às entidades associativas. Está no inciso XXI do referido dispositivo constitucional.

3. O PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL

3.1. Princípios constitucionais do direito comercial

Os princípios de direito comercial, segundo a hierarquia, classificam-se em duas categorias. De um lado, os princípios constitucionais, enunciados, explícita ou implicitamente, pela Constituição Federal. De outro lado, os princípios legais, enunciados, explícita ou implicitamente, por normas de lei ordinária.

Esta monografia se ocupa apenas dos princípios constitucionais, que são: (a) liberdade de iniciativa; (b) livre concorrência; (c) função social da empresa; (d) liberdade de associação; (e) tratamento favorecido da micro e pequena empresa.

E, ao tratar dos princípios constitucionais, considera, inicialmente, os gerais; e, em seguida, os especiais ⁴³. A liberdade de iniciativa, a livre concorrência e o tratamento favorecido do micro e pequeno empresário são princípios gerais do direito comercial enunciados na Constituição Federal, de modo expresso; a função social da empresa é também geral, porém implícito, por decorrer do princípio da função social da propriedade. Já a liberdade de associação é princípio constitucional, expresso e especial, por dizer respeito apenas ao direito societário.

3.2. Princípio da Liberdade de iniciativa

O princípio da liberdade de iniciativa, tal como consagrado na Constituição, não se restringe somente à atividade econômica explorada com organização empresarial. Quer dizer, o âmbito de incidência do princípio constitucional da liberdade de iniciativa ultrapassa o do direito comercial. Também atividades econômicas não disciplinadas pelo direito comercial submetem-se à liberdade de iniciativa, assim as cooperativas, as atividades econômicas civis e a chamada iniciativa autogestionária.

⁴³ Para Fábio Ulhoa Coelho: “De acordo com a abrangência, os princípios podem ser *gerais* ou *especiais*. Na primeira categoria, encontram-se os princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial, ao passo que a segunda categoria reúne os destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos da disciplina, como são os direitos societários, cambiário, falimentar etc.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26).

Para demonstrar que o princípio da liberdade de iniciativa não se resume à liberdade de empresa, Eros Grau inicia por contextualizá-lo:

A Constituição menciona *livre iniciativa*, tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170, *caput*. *Livre iniciativa* é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica* ou de *iniciativa econômica*. Dela – da *livre iniciativa* – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*.

Examinada, por outro lado, desde a perspectiva institucional, teremos que o traço constitutivo e diferencial da liberdade, modernamente – afirma-o Umberto Cerroni – é o seu caráter jurídico. Existem como tais, as liberdades, mundanizadas e laicizadas, enquanto objeto de reconhecimento jurídico e sistematização positiva. Vale dizer: o perfil da liberdade – ou os perfis das liberdades, que ela se decompõe em inúmeras espécies: liberdade política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação, etc – é o definido pela ordem jurídica.⁴⁴

E conclui o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Insisto que a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a *liberdade de empresa*. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas e – como averba Antonio Sousa Franco (ob. cit., p. 228) – ‘as empresas são apenas as formas de organização com característica substancial e formal (jurídica) de índole capitalista’. Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da *iniciativa privada*, a *iniciativa cooperativa* (art. 5º, XVIII e, também, art. 174, §§ 3º e 4º), a *iniciativa autogestionária* e a *iniciativa pública* (arts. 173, 177 e 192, II – resseguros).⁴⁵

No âmbito do objeto deste estudo, evidentemente, o interesse recai sobre o princípio da liberdade de iniciativa, no que interessa ao direito comercial, isto é, a liberdade de empresa.

No Projeto, a liberdade de iniciativa está disciplinada no art. 5º:

Art. 5º. Decorre do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento por este Código:

I – da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;

II – do lucro obtido com a exploração regular e lícita da empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

III – da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 201/202.

⁴⁵ Ibidem, p. 202/203.

produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico do país; e

IV – da empresa privada como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global.

Como se percebe, o Projeto pretende assentar, com esta especificação das decorrências, no direito privado, da liberdade de empresa, um conceito nuclear.

A empresa privada, imprescindível no sistema capitalista, aglutina interesses que ultrapassam os dos empreendedores e investidores. São interesses de trabalhadores, colaboradores, financiadores, consumidores, concorrentes, sócios e meio ambiente, consoante listados por Sérgio Botrel ⁴⁶, aos quais acrescentaria também os interesses do fisco. Estes interesses todos também podem ser comprometidos se o investimento em atividades empresariais não for devidamente protegido pelo direito.

Direta ou indiretamente, todas as regras do direito comercial enraízam-se no princípio da liberdade de iniciativa. Quando se assegura, por exemplo, maior efetividade aos contratos, limitando-se as hipóteses de revisão judicial (art. 305 ⁴⁷) ou excluindo-se a possibilidade de anulação do negócio por lesão fundada na inexperiência (art. 307 ⁴⁸), o Projeto está, em última instância, prestigiando a liberdade de iniciativa, no seu perfil de liberdade de empresa.

3.3. Princípio da livre concorrência

Enquanto a Constituição Federal enuncia o princípio de “livre concorrência”, o Projeto enuncia o da “liberdade de competição”. Adotou-se, no plano do direito projetado, expressão diversa para realçar a diferença nos âmbitos de incidência de cada norma principiológica.

⁴⁶ BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, pgs. 52 a 58.

⁴⁷ Art. 305. No contrato empresarial, o empresário deve decidir por sua livre vontade a oportunidade de celebrar o negócio jurídico e contratar obrigações ativas e passivas que atendam, em ponderação final, aos seus interesses.

§ 1º. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

§ 2º. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa.

⁴⁸ Art. 307. Em razão do profissionalismo com que exerce a atividade empresarial, o empresário não pode alegar inexperiência para pleitear a anulação do contrato empresarial por lesão.

O Código Comercial projetado não tratará da matéria hoje disciplinada no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O art. 652, V, do Projeto é claro ao delimitar que não há, nele, nenhuma restrição a obrigação legal do empresário, da sociedade empresária e do sócio ou acionista desta, relativamente às infrações contra a ordem econômica.

O Projeto se dedica unicamente à outra dimensão das práticas ilícitas no âmbito do direito da concorrência. Uma dimensão exclusiva de direito privado, referente à concorrência desleal ou parasitismo.

Não se podem confundir estas duas espécies de concorrência ilícita. Conforme acentuado por Fábio Ulhoa Coelho:

Há duas formas de concorrência que o direito repudia, para fins de prestigiar a livre-iniciativa: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas interesses particulares dos empresários concorrentes (...); a segunda, reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e são chamadas de infração da ordem econômica (...). São modalidades diferentes de repressão a práticas concorrenciais.

Essa separação em dois do regime repressivo da concorrência ilícita – de um lado, a desleal, que não compromete as estruturas da livre concorrência; de outro, a infração da ordem econômica, que as compromete – está claramente estabelecida no direito brasileiro, em consonância com a tradição europeia do tratamento da matéria. Na França, Itália, Espanha e Portugal, por exemplo, a mesma distinção se pode constatar de forma clara; ao passo que nos Estados Unidos, ela não é nitidamente estabelecida (...).

⁴⁹

A concorrência desleal consiste numa prática empresarial que, embora ilícita, não chega a por em risco a livre concorrência. Os exemplos mais comuns são a espionagem empresarial, a divulgação de informação falsa sobre concorrente, a publicidade comparativa subjetiva e outros. Não se confunde e não pode ser confundida com a prática empresarial mais grave que, além de prejudicar outro ou outros empresários, acaba prejudicando os consumidores. Um acordo de cartel para padronização de preços é exemplo de infração contra a ordem econômica.

O Projeto de Código Comercial não cuida, como dito, deste âmbito mais amplo da defesa da concorrência. Nele, esclarece o art. 6º, “a liberdade de iniciativa e de competição é protegida mediante a coibição da concorrência desleal e de condutas parasitárias”.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 252.

Por se tratar de um princípio, assim, de menor alcance, entendeu-se conveniente evitar a mesma expressão da Constituição; daí falar o projeto em princípio da liberdade de competição, e não em princípio da livre concorrência.

3.4. Princípio da função social da empresa.

Fábio Konder Comparato é, sem dúvida, o comercialista que lançou o conceito doutrinário de função social da empresa, ao discutir, alguns anos antes da Constituição de 1988, a função social dos bens de produção, em artigo seminal, no qual afirma:

Já vimos que a classificação dos bens em produtivos e bens de consumo não se funda em sua natureza ou consistência, mas na destinação que se lhes dê. Ora, fixar essa destinação ou função dos bens, no ciclo econômico, não é tarefa que deva ficar inteiramente submetida ao princípio da autonomia privada. A acumulação particular de terras agricultáveis para fins de especulação, ou a retenção de terras públicas do mesmo tipo sem utilização compatível com os interesses da coletividade representam manifesto abuso de propriedade. O mesmo se diga do entesouramento de metais preciosos. (...) Quando os bens de produção acham-se incorporados a uma exploração empresarial, como vimos, a discutida função social já não é um poder-dever do proprietário, mas do controlador. Malgrado o caráter elementar da distinção, importa reafirmar aqui que poder de controle não se confunde com propriedade. Não é um direito real, portanto, de caráter absoluto, incidindo sobre uma coisa, mas um poder de organização e de direção, envolvendo pessoas e coisas.⁵⁰

E arremata o jurista:

A chamada função social da propriedade representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, e inconfundível, como tal, com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios. A afirmação do princípio da função social da propriedade, sem maiores especificações e desdobramentos, tem-se revelado, pela experiência constitucional germânica, tecnicamente falha.

A destinação social dos bens de produção não deve estar submetida ao princípio da autonomia individual nem ao poder discricionário da Administração Pública. O abuso da não-utilização de bens produtivos, ou de sua má utilização, deveria ser sancionado mais adequadamente. Em se tratando de propriedade privada, pela expropriação não condicionada ao pagamento de indenização integral, ou até sem indenização. Cuidando-se de propriedade pública, por meio de remédio judicial de efeito mandamental, que imponha ao Poder Público o cumprimento dos deveres sociais inerentes ao domínio.⁵¹

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção.** Em Revista de Direito Mercantil vol. 63, julho-setembro de 1986, p. 71 a 79.

⁵¹ Ibidem.

É certo que a radical solução propugnada pelo comercialista, de expropriar com indenização parcial ou sem indenização os bens privados produtivos sem a devida utilização econômica e social, não encontra guarida na ordem constitucional brasileira. Mas, a despeito disto, é inconteste que não se podem excluir, da incidência do princípio da função social da propriedade, a que recai sobre bens de produção, isto é, sobre a empresa.

A função social da empresa está delineada, no Projeto de Código Comercial, em torno daqueles interesses transindividuais que gravitam em torno dela. Diz o art. 7º:

A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita observância às leis a que se encontra sujeita.

Com a delimitação do princípio da função social da empresa, ele deixa de ser, como é hoje, um princípio de amplos e imprecisos contornos. É necessário que a lei disponha, de modo bastante particular, quando a empresa cumpre a sua função social, para que aumente a segurança jurídica. Enquanto este princípio for mera decorrência doutrinária do princípio constitucional da função social da propriedade, soluções de diversos matizes podem surpreender os empresários, nas decisões judiciais que lhe dizem respeito. Ao delinear, com precisão, em que hipótese a empresa está cumprindo sua função social, o Projeto impede que se imponham, em juízo, obrigações não previstas diretamente em lei, aos empresários, a pretexto de exigir-lhes o cumprimento da função social dos bens de produção.

3.5. Princípio da proteção do micro e pequeno empresário

No Projeto de Código Comercial, a micro e pequena empresa recebe tratamento favorecido, em suas relações privadas com as empresas de maior porte.

Trata-se de aspecto inédito no direito positivo brasileiro.

Até a apresentação do Projeto, sempre que se cogitava de expressar, em lei ordinária, preceitos que dessem vida ao princípio do tratamento favorecido da micro e pequena empresa, deixava-se ao largo este importante aspecto, centrando-se o

legislador na questão tributária ou na simplificação de procedimentos contábeis ou administrativos.

Entre as normas, previstas no Código Comercial, destinadas a conferir ao micro e pequeno empresário tratamento mais favorecido, podem ser citadas:

a) *enunciação do princípio do tratamento favorecido* (art. 34) ⁵². Não se deve estranhar que o Projeto de Código Comercial proponha se reproduza, no plano da legislação ordinária, o enunciado constitucional do princípio. Outros Códigos também se valem da mesma técnica. O Código Penal, por exemplo, enuncia no seu art. 1º, o princípio da reserva legal, que está também presente no art. 5º, inciso XXXIX. Com esta repetição, a ordem jurídica apenas acentua a importância que o intérprete e o aplicador devem reservar para os princípios de maior envergadura.

b) *simplificação da escrituração* (art. 54) ⁵³. Uma das mais custosas e complexas obrigações que os empresários têm consiste na manutenção de escrituração minuciosa de seu movimento comercial. O Projeto de Código Comercial dispensa o micro e pequeno empresário de manter a mesma escrituração exigida dos empresários de maior porte, como medida de favorecimento de seu desenvolvimento econômico.

c) *simplificação das demonstrações contábeis* (art. 84) ⁵⁴. As demonstrações contábeis são instrumentos de síntese das informações analiticamente dispostas na escrituração. De acordo com o porte da empresa, exige-se maior gama de informações, nestes instrumentos. O micro empresário e o empresário de pequeno porte estão dispensados do levantamento de demonstrações contábeis pela lei tributária atual, e o Projeto mantém esta dispensa, ao submetê-lo à legislação específica.

d) *proteção em caso de ato praticado com excesso de poderes pelo administrador de uma sociedade empresária de maior porte* (art. 124, § 1º) ⁵⁵.

⁵² Art. 34. O microempresário e o empresário de pequeno porte gozam de tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de incentivar seu desenvolvimento, na forma da lei, consistente na simplificação, eliminação ou redução de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

⁵³ Art. 54. O microempresário e o empresário de pequeno porte devem manter a escrituração e levantar as demonstrações previstas na lei específica, submetendo-se às disposições deste Código no que não for nela regulado.

⁵⁴ Art. 84. O microempresário e o empresário de pequeno porte sujeitam-se ao disposto na lei específica.

⁵⁵ Art. 124. A sociedade empresária não se obriga perante outro empresário, por ato do seu administrador praticado com excesso de poderes ou contrariamente ao disposto no estatuto ou contrato social arquivado no Registro Público de Empresas.

Quando dois empresários de grande porte negociam um contrato, é evidente ser da responsabilidade de cada um deles conferir se está tratando com administradores devidamente investidos de poderes de representação. Se um banco negocia o financiamento da ampliação do parque industrial de grande siderúrgica, um e outro estão obrigados a fazer esta conferência, devendo, para segurança das relações jurídicas, suportar os efeitos de eventual desídia, isto é, a não vinculação do outro contratante ao contrato, em caso de não cumprir esta obrigação. O micro empresário e o empresário de pequeno porte, contudo, quando houver aparência de direito e boa fé, devem receber tratamento menos rigoroso, vinculando-se, neste caso, o empresário de maior porte, mesmo que este tenha sido representado com vício.

e) proteção em caso de redução do capital social de devedor (art. 150)

⁵⁶. Em caso de redução do capital social, os credores têm direito de se opor à operação, dentro de determinado prazo legal (60 dias), quando isto significar redução também de suas garantias. Mas cabe, via de regra, ao próprio credor se informar, mediante a leitura dos diários oficiais (o que, quando acontece, implica em novos custos para o credor). O Projeto prevê que o credor microempresário ou empresário de pequeno porte será avisado pelo devedor que reduzir seu capital social. Deste modo, poderá exercer o seu direito, sem arcar com os custos relativos à fiscalização do devedor.

f) proteção em caso de incorporação de devedor (art. 251, § 1º) ⁵⁷.

Regra similar protege o micro e pequeno empresário, no caso de incorporação de devedor por outra sociedade empresária. Ele não precisará arcar com os custos de fiscalização do devedor (que, por expressivos, normalmente não são expendidos por nenhum empresário, nem mesmo os de grande porte) porque a lei exige que este o avise, em caso de incorporação.

§ 1º Será, no entanto, responsável a sociedade empresária pelo ato praticado com excesso de poderes ou contrariamente ao estatuto ou contrato social, se o contratante ou pessoa com quem o administrador se relacionou era microempresário ou empresário de pequeno porte, de boa fé.

⁵⁶ Art. 150. Em caso de redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, se, entre os credores, houver microempresário ou empresário de pequeno porte, eles serão avisados por comunicação expedida pela sociedade anônima nos três dias seguintes à publicação da ata da assembleia geral.

⁵⁷ § 1º Se, entre os credores, houver microempresário ou empresário de pequeno porte, a incorporadora informará a incorporação a cada um deles, em comunicação expedida nos 3 (três) dias seguintes à publicação dos atos relativos à operação, contando-se o prazo do *caput* do recebimento da notificação.

g) proteção em caso de fusão de devedor (art. 257, § 1º) ⁵⁸. Também em caso de fusão, caberá ao devedor fusionado avisar o credor micro ou pequeno empresário, que fica, então, dispensado de gastar com os custos de fiscalização.

h) proteção em caso de cisão de devedor (art. 263, parágrafo único) ⁵⁹. Finalmente, assim como nos casos de redução do capital social, incorporação e fusão, igualmente no de cisão, encontra-se, no Projeto, norma protetiva do credor microempresário ou empresário de pequeno porte. Ele será avisado no caso de o devedor cindir-se, prejudicando as garantias de satisfação de seu crédito.

i) limitação da cláusula penal (art. 284, parágrafo único) ⁶⁰. Uma das inovações propostas pelo Projeto consiste na eliminação dos limites, hoje existentes, da cláusula penal, isto é, da multa pelo descumprimento do contrato. Esta ilimitação da cláusula, contudo, não prejudicará o credor microempresário ou empresário de pequeno porte. Para eles, a cláusula penal terá por limite máximo, 10% do valor da obrigação. Hoje, o limite aplicável a este caso é de 100% do valor da obrigação.

j) proteção na negociação com empresário de maior porte (art. 313) ⁶¹. Em norma de extrema importância para a neutralização de assimetrias, nas negociações entre os empresários, sempre que uma das partes for micro ou pequeno empresário, e a outra não, esta última ficará obrigada a emitir alertas esclarecedores, quando perceber que aquela, por deficiência de informações, pode não estar suficientemente atenta aos seus interesses.

Ao tempo em que se conclui esta monografia, registra-se a apresentação de emendas ao Projeto, ampliando ainda mais o leque de medidas protetivas do micro e pequeno empresário, no campo das relações microeconômicas, isto é, privadas. Assim, há emendas protegendo o micro e

⁵⁸ § 1º Se, entre os credores, houver microempresário ou empresário de pequeno porte, a sociedade informará a fusão a cada um deles, em comunicação expedida nos três dias seguintes à publicação dos atos relativos à operação, contando-se o prazo do *caput* do recebimento da notificação.

⁵⁹ Parágrafo único. Se, entre os credores, houver microempresário ou empresário de pequeno porte, a sociedade receptora responsável informará a cisão a cada um deles, em comunicação expedida nos três dias seguintes à publicação dos atos da operação, contando-se o prazo do *caput* do recebimento da notificação.

⁶⁰ Art. 284. A cláusula penal não está sujeita a limite, mas o juiz poderá reduzi-la se for excessiva em vista da extensão do inadimplemento.

Parágrafo único. Se o inadimplente for microempresário ou empresário de pequeno porte, a cláusula penal não poderá ser superior a 10% (dez por cento) do valor inadimplido.

⁶¹ Art. 313. Se uma das partes for microempresário ou empresário de pequeno porte, e a outra não, esta, se perceber que, no curso das negociações, a carência de informações está comprometendo a qualidade das decisões daquela, deverá fazer alertas esclarecedores que contribuam para a neutralização da assimetria.

pequeno empresário nos contratos de adesão, nas locações em *Shopping Center*, no comércio eletrônico e arbitragem.

3.6. Princípio da liberdade de associação empresarial

Quando aplicável o princípio constitucional de liberdade de associação, assegura-se o direito de desligamento desta, a qualquer tempo: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, XX).

Este princípio, contudo, quando incide sobre as relações de direito comercial, especificamente nas societárias, deve ser conjugado com o princípio da liberdade de iniciativa, do qual é decorrência a autonomia privada.

Em outros termos, se uma pessoa *contrata* com outra a formação de uma sociedade empresária, a depender do tipo societário ou do prazo da sociedade, não se lhe pode reconhecer pleno direito de desligar-se a qualquer tempo do ajuste.

A isto equivaleria prever um direito do contratante se liberar do contrato por mera declaração unilateral de vontade, o que contraria o princípio da liberdade de iniciativa.

Daí o Projeto de Código Comercial estabelecer, em seu art. 114:

Art. 114. A liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual contra a vontade, mas, uma vez ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas neste Código.

Se alguém contrata a subscrição ou aquisição de uma ação de sociedade anônima (que é *institucional*), ele não pode deixar esta sociedade senão nas hipóteses previstas em lei, que são as de exercício do direito de recesso ou alienação da participação societária. No primeiro caso, quando discorda de *determinadas* deliberações da assembleia geral; no segundo caso, a saída é facilitada nas companhias abertas, em razão da cotação das ações em bolsa de valores.

Permitir a esta pessoa que, a qualquer tempo, pudesse exigir da sociedade o reembolso do capital investido seria desrespeitar o princípio da livre iniciativa e instaurar, no seio do direito societário, uma absurda insegurança jurídica.

Também o herdeiro de uma ação de sociedade anônima não pode impor a esta o desinvestimento, a não ser nas hipóteses legalmente previstas de exercício do direito de recesso. Se não deseja ser acionista, deve alienar sua ação.

Quando se trata de uma sociedade limitada, interessa perquirir o prazo contratado.

Se a sociedade é por prazo determinado, cada sócio obrigou-se, perante os demais, a investir naquela sociedade o capital indicado em contrato, durante certo prazo. Não pode, por declaração unilateral de vontade, subtrair da empresa os recursos de que ela necessita para desenvolvimento de sua atividade empresarial.

Quando, por fim, a sociedade limitada é por prazo indeterminado (hipótese que corresponde, com segurança, à grande maioria dos casos, acima de 90%), o direito de se desligar da sociedade é exercitável independentemente de qualquer condição. Afinal, sendo indeterminado o prazo por que se obrigaram a investir na sociedade, todos os sócios sabem que os recursos correspondentes aos respectivos investimentos poderão ser reclamados por qualquer um deles, a qualquer tempo. Aqui o princípio da liberdade de associação é plenamente compatibilizado com o da livre iniciativa.

Como aduz Fábio Ulhoa Coelho:

A participação numa sociedade empresária não estabelece entre o integrante da pessoa jurídica e esta um vínculo de natureza exclusivamente pessoal (como é o caso, por exemplo, da participação num partido político ou num clube). O sócio necessariamente investe *recursos* na sociedade (dinheiro, bens ou créditos), de modo que sua permanência ou desligamento projeta efeitos que atingem os direitos e patrimônios de outros sujeitos, a começar pela própria pessoa jurídica resultante da associação. Em outros termos, o direito de se desligar de uma sociedade empresária, por geralmente afetar os interesses dos demais sócios ou mesmo importar desinvestimento, com dragagem dos recursos alocados na empresa, só pode ser exercido sob determinadas condições (...) estabelecidas pelo direito societário.⁶²

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

CONCLUSÃO

A Constituição reconhece a autonomia do direito comercial.

No art. 22, I, ao circunscrever a competência privativa da União para legislar, a Constituição refere-se ao “direito comercial” em separado do “direito civil”.

Não havendo expressões inúteis nas normas, principalmente nas de nível constitucional, a única conclusão a se extrair da referência, no dispositivo em foco, ao “direito comercial” como algo distinto do “direito civil” é o reconhecimento, pela Constituição, da autonomia deste ramo jurídico.

O mais consentâneo com a Constituição Federal, portanto, é a previsão de um diploma específico para abrigar a codificação do direito comercial, isto é, um “Código Comercial”.

Pode-se até mesmo dizer que a pretendida unificação legislativa, empreendida pelo Código Civil de 2002, senão resvala a inconstitucionalidade, mostra-se distanciada do reconhecimento constitucional da autonomia do direito comercial. Uma autonomia substancial, referente ao conteúdo das normas jurídicas de cada ramo do direito; e não, simplesmente didática.

Daí a importância de se dotar o direito positivo brasileiro de uma codificação plenamente compatível com a disposição da Constituição. Este é um dos objetivos do Projeto de Código Comercial.

Mas, note-se, não se justifica mais a edição de um Código Comercial oitocentista, isto é, pretensamente destinado a regular, de modo exaustivo e rigorosamente lógico, a matéria atinente às relações empresariais. Temos necessidade – e esta condição o Projeto de Código Comercial atende, de modo pleno – de um diploma contemporâneo, que mais *coordene* que propriamente *sistematize* a matéria regulada.

Neste sentido, de busca de um código coordenador, ganha especial destaque a centralidade nos princípios jurídicos. Os princípios do direito comercial devem encontrar, no direito positivo, enunciação e delimitação, para que possam servir de norte seguro à disciplina das relações empresariais.

Um Código principiológico, destaque-se, não é um código feito apenas de princípios. A Constituição Federal de 1988 é principiológica, e, não obstante, compõe-se de princípios e de regras. Um Código é principiológico se dá aos

princípios a destacada importância que, nos dias atuais, se verifica no direito brasileiro. Esta é a principal característica do Projeto em tramitação, que resultará em grande marco de reorganização da legislação incidente sobre a microeconomia nacional, com proveito inegável para todos os consumidores e trabalhadores brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

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

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

BEVILAQUA, Clóvis – **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931.

BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa – **Princípios do direito comercial com anotações ao Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Em Revista de Direito Mercantil vol. 63, julho-setembro de 1986, pgs. 71 a 79.

DINIZ, Maria Helena – **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRAU, Eros – **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros – **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos – **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira, COLEHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva-IDP, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RÃO, Vicente – **O direito e a vida dos direitos**. 2ª edição. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

SÍCHES, Luis Pietro – **Sobre principios y normas – problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionals, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos – **Direito Constitucional Econômico**. 3ª edição. São Paulo: GEN-Método, 2011.