

A Evolução da Atuação Reguladora do Estado na Ordem Econômica, Segundo as Linhas de Decisão do Supremo Tribunal Federal

Rodrigo Augusto de Carvalho Campos¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Problemática. 3 Método. 4 Discussão. 4.1 Intervenção estatal sobre preços. 4.1.1 Critérios para reajustes de mensalidades escolares (ADI n. 319-4). 4.1.2 Fixação de preços em valor abaixo do custo de produção (RE n. 422.941). 4.1.3 Cogência dos atos de fiscalização (AgR AI n. 268.857-0/RJ e decisão monocrática do AI n. 268.857/RJ). 4.1.4 Descontos compulsórios para idosos em farmácias (ADI n. 2.453-3/RJ). 4.1.5 Meia-entrada para estudantes (ADI n. 1.950-3). 4.1.6 Meia-entrada para doadores de sangue (ADI n. 3.512-6). 4.1.7 Meia-entrada para jovens de até 21 anos (ADI n. 2.163-0/RJ). 4.1.8 Tipologia dos atos de abuso do poder econômico (ADI n. 1.094-8/DF). 4.2. Intervenção estatal sobre o horário de funcionamento do comércio. 4.3. Intervenção estatal para definição de distância mínima entre estabelecimentos comerciais. 5. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal, no título dedicado à ordem econômica e financeira, estabelece como princípio que a ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, bem como ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que relaciona nos incisos do próprio artigo 170.

1 Procurador do Estado. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Mestrando em Direito do Estado, área de concentração Direito Administrativo, na PUC-SP.

Já a partir dos termos desse dispositivo, constata-se que a Constituição consagra a chamada economia de mercado, própria do sistema de base capitalista, dado que a livre iniciativa é princípio básico desse sistema econômico.

Porém, também dessa disposição constitucional são identificados elementos que podem ser tomados como condicionantes para exercício da liberdade em questão, uma vez que também está a ordem econômica voltada a viabilizar a fruição de bens de ordem social que repercutam na existência digna a todos, valores que, que por não serem decorrência natural do modo de produção capitalista, autorizariam e orientariam a intervenção reguladora do Estado na economia.

Além dos princípios enumerados nos incisos do artigo 170 e da previsão do seu parágrafo único, a Constituição Federal traz outras disposições que marcam hipóteses e formas pelas quais o Estado pode legitimamente atuar como regulador da atividade econômica privada, destacando-se, dentro dos limites do presente trabalho, o parágrafo 4º do artigo 173 e o artigo 174, sendo que, no primeiro, resta indicado que o Estado deverá combater o abuso do poder econômico, enquanto no segundo prevista está a atuação normativa e reguladora do Estado, tudo com o fim de evitar o que se poderia chamar de exercício antissocial do poder econômico.

Do que já foi lançado nestas breves considerações introdutórias, é possível inferir a existência de tensão entre dois vetores presentes na ordem econômica plasmada na Constituição Federal, quais sejam, a livre iniciativa, infensa a limitações que não advenham do mercado, e a atuação reguladora do Estado, destinada a garantir o exercício dessa liberdade com atenção a fins sociais.

A doutrina nacional dedicou atenção à referida tensão e, em que pese a variação do grau de prevalência conferido pelos autores a cada um dos vetores afetos ao tema, conferiu à Administração Pública lineamentos teóricos para sua atuação interventiva de regulação.

No entanto, completadas duas décadas da promulgação da Constituição de 1988, é sensível a carência de estudos voltados à análise crítica de como os tribunais pátrios, notadamente o Supremo Tribunal Federal, compõem esse conflito, de como evoluíram nesse mister, de como elegem os pontos fundamentais aptos a influir na constatação de ser ou não uma intervenção estatal adequada aos limites constitucionais de atuação reguladora da Administração, sendo certo que esse labor deve ultrapassar a simples verificação dos resultados dos julgamentos e o mero arrolamento de ementas.

Cabe ainda anotar que a questão ora tratada ganhou maior e renovada importância com o advento, na década de 90, da chamada Reforma do Estado

brasileiro, ainda em implementação, por meio da qual se procedeu à transferência para a iniciativa privada de misteres da seara econômica até então exercidos por empresas estatais e, em contrapartida, foram criados mecanismos de intervenção reguladora da Administração.

É certo que a intervenção reguladora não se adstringe à exercida por agências adjetivadas como “reguladoras”, mas também pode ser identificada a partir da edição de leis que limitem a atuação dos atores econômicos ou que criem para eles encargos, assim como também em atos administrativos voltados a impor o atendimento das exigências atinentes à salubridade, à segurança, à higidez do meio ambiente, dentre outras.

Postas essas premissas, cumpre firmar que este trabalho não está voltado a recuperar, discutir ou inovar os termos dos conceitos jurídicos operados quando do tratamento do conflito acima referido, mas apenas procura oferecer, a partir de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, análise da forma como essa disputa foi abordada nos casos concretos submetidos ao Tribunal, sob égide da Constituição Federal de 1988, e apontar quais razões presidiram a opção pela prevalência de um ou de outro vetor, para, com isso, oferecer instrumento (tão prático quanto possível) ao administrador para o desempenho do seu mister de regulação ou de encaminhamento de proposta legislativa que repercuta em intervenção desse jaez.

2 Problemática

Firmada a preocupação de estudar como o Supremo Tribunal Federal resolveu, desde o advento da Constituição Federal de 1988, questões nas quais se fez presente a disputa entre a livre iniciativa e a função reguladora do Estado, curial é o estabelecimento das questões fundamentais que, de regra, permeiam o debate, quais sejam:

- a) como avaliar uma conduta como abuso de poder econômico? O Supremo Tribunal Federal possui *standards* para qualificar condutas como aptas a configurar abuso do poder econômico?
- b) o princípio da livre iniciativa econômica pode ser restringido? Tais restrições seriam excepcionais ou próprias da ordem econômica, não podendo ser qualificadas como excepcionais?
- c) é possível obstar a ação normativa e reguladora do Estado com base no princípio da livre iniciativa?
- d) como avaliar uma disposição estatal de regulação como violadora do princípio da livre iniciativa?

e) como deve ser a atuação do Estado regulador? Pode ser preventiva ou apenas coativa, quando configurada hipótese de abuso do poder econômico?

3 Método

A busca das respostas para as questões formuladas foi feita a partir de pesquisa feita no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet, com a utilização de termos-chave próprios do conflito objeto deste trabalho, sendo que a composição desses termos se deu da seguinte forma:

- livre e iniciativa e regul\$²
- livre e iniciativa e planejamento
- estado e planejamento e privado

O trabalho se adstringiu à análise de decisões proferidas após o advento da Constituição Federal de 1988 e que efetivamente decidiram o mérito da causa.

Colhidas e lidas as decisões, o trabalho passou a ser organizado de acordo com o objeto dos casos levados ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, sendo que primeiro foram tratadas as que se referem à ação do Estado sobre o preço de bens e serviços postos no mercado (controle, fixação, tabelamento, descontos compulsórios) e, após, foram analisadas as decisões que recaíam sobre a questão da definição de horário de funcionamento de estabelecimentos, bem como as que versaram sobre as restrições quanto à sua localização.

A adoção de distintos grupos de casos se justificou pela intenção de isolar e comparar as razões de decidir tomadas em consideração quando da composição do conflito tratado neste estudo, isso na tentativa de identificar a existência ou inexistência de um padrão na fundamentação do Tribunal.³

Pela leitura dos julgados obtidos na pesquisa realizada com a utilização de termos-chave, foi possível identificar, em razão das referências feitas no curso das fundamentações, outras decisões que tratam do conflito sob análise, motivo pelo qual também foram incorporadas ao trabalho, quando constatado que acrescentavam informação ao debate.

2 Segundo o sítio na internet do Supremo Tribunal Federal, o operador \$ substitui qualquer parte da palavra desejada, prefixo, radical ou sufixo. Exs.: \$constitucional\$ / militar\$ / octavio adj2 gallo\$

3 A pesquisa realizada retornou outros casos que, envolvendo a discussão tratada neste trabalho, tinham outros objetos (v.g. imposição aos planos de saúde de atendimento integral, regras para comercialização de derivados de petróleo, dentre outros), mas que não foram tratados em razão dos limites espaciais deste trabalho.

4 Discussão

4.1 Intervenção estatal sobre preços

4.1.1 Critérios para reajustes de mensalidades escolares (ADI n. 319-44)

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (COFENEM), sustentando violação à liberdade do exercício do ensino, infringência aos princípios da livre concorrência e impossibilidade de intervenção anterior à eventual materialização de abuso do poder econômico, propôs ação direta buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 8.039/98, que dispôs sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares, segundo a qual, deveriam passar a ser calculadas de acordo com o percentual de reajuste mínimo mensal dos salários em geral.

O relator Ministro Moreira Alves desde logo afirmou que, sob o ângulo da atividade econômica, ao mister das instituições de ensino particulares se aplicam os princípios constitucionais gerais da atividade econômica, motivo pelo qual sob esse prisma deve ser analisada a arguição de inconstitucionalidade. Asseverou que a liberdade de gestão da atividade empresa, que abarca a liberdade de determinação dos preços pelo empresário, não é absoluta, eis que, devido à aparente incompatibilidade aos diversos vetores contidos o artigo 170 da Constituição Federal, deve ser conferido sentido relativo. Apontou que, em que pese a atual Constituição ter dado maior ênfase à livre iniciativa, não é menos certo que também enfatizou suas limitações em favor da justiça social. Destacou, por ser função expressamente atribuída pelo artigo 174 da Constituição Federal, que a intervenção indireta (reguladora) do Estado na ordem econômica não se realiza apenas *a posteriori*, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas. Por fim, pontuou que a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio considerou que a lei questionada não é constitucional porque no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fator indispensável à preservação da livre iniciativa. Tal liberdade somente poderia ser excepcionada quando configurado abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, quando, então, a repressão se impõe.

4 Tratando de caso análogo, a pesquisa por termos retornou o acórdão do AgR AI n. 214.756/SP, no qual se arguiu a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 8.170/91, que impediu o repasse para os alunos dos índices integrais dos reajustes dos docentes e da atualização monetária; não se procederá à sua análise no corpo do trabalho porque o voto do relator Min. Moreira Alves se adstringiu a referir-se ao acórdão da ADI n. 319-4, no que foi acompanhado unanimemente.

Entendeu que os critérios de reajuste estabelecidos pela lei são impróprios porque são lineares (percentual mínimo mensal dos salários em geral) e não observam a forma de atuação de tal ou qual escola, o que gera prejuízo ao próprio ensino.

O Ministro Celso de Mello, entendendo constitucional a lei combatida, afirmou que todas as atividades econômicas, nas quais inclui o ensino, estão sujeitas à ação fiscalizadora do Poder Público, sendo que o ordenamento constitucional outorgou ao Estado o poder de intervir no domínio econômico para proceder como agente normativo e regulador (art. 174), não se revestindo a liberdade econômica de caráter absoluto, pois seu exercício deve observar os condicionamentos impostos pela própria constituição. O controle de preços, desde que fundado em lei, inclui-se na esfera de abrangência constitucional do poder de intervenção regulatória do Estado, qualquer que seja a modalidade adotada ou o momento (*a priori* ou *a posteriori*) em que esse sistema opere.

O Ministro Sepúlveda Pertence, também julgando a ação improcedente e pontuando a necessidade de composição dos vetores axiológicos contidos na Constituição para a conformação ordem econômica, destacou que a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica não se reduz ao papel repressivo.

O Ministro Paulo Brossard, não obstante entender que não se aplicam ao ensino regras específicas da regulação da atividade econômica, não considerou ser a lei inconstitucional, especialmente porque não a tinha como arbitrária e não havia conflito com os artigos invocados.

Votou também pela improcedência da ação o Ministro Octávio Gallotti, distinguindo liberdade de ensino e liberdade econômica, pontuando que os imperativos e restrições estabelecidos pela Constituição para a liberdade de atividade econômica aplicam-se aos estabelecimentos em geral, sejam eles ou não de ensino.

Ao procedermos à análise do acórdão em questão, observamos, em que pese a dissensão do Ministro Marco Aurélio, clara disposição do Supremo Tribunal Federal em ponderar os valores da livre iniciativa e da atividade reguladora do Estado, sendo de destacar, dentre os votos na mesma linha, que o Ministro Moreira Alves considerou que a legitimidade da intervenção reguladora do Estado se justifica quando presentes razões em favor da justiça social, assim como também firmou a legitimidade da atuação reguladora preventiva, entendendo prescindível a verificação prévia da materialidade de abuso do poder econômico.

A contraposição do Ministro Marco Aurélio se fundamentou na prevalência do princípio da livre iniciativa e na consideração de que a intervenção somente poderia ocorrer quando materializado abuso do poder econômico, afastando as limitações *a priori*, que prognosticam abuso do poder econômico.

Da fundamentação do Ministro Celso de Mello, que seguiu o voto do Ministro Moreira Alves, importa destacar o posicionamento que não afasta qualquer atividade econômica dos regramentos constitucionais limitadores da atuação nesse campo, bem como a afirmação de que a atribuição reguladora (preventiva ou repressiva) do Estado que não pode ser contrastada à luz do princípio da livre iniciativa, aspecto esse também realçado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

4.1.2 Fixação de preços em valor abaixo do custo de produção (RE n. 422.941)

A Destilaria Alto Alegre S.A. interpôs recurso extraordinário, fundado no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, buscando ser indenizada pela União pelo fato de o Instituto do Açúcar e do Alcool, em oposição ao que dispunha a Lei n. 4.870/65, ter fixado os preços dos produtos sucroalcooleiros em valor abaixo dos custos de produção aferidos pela Fundação Getúlio Vargas, o que não se enquadraria no exercício legítimo da atividade estatal de intervenção no domínio econômico.

O relator Ministro Carlos Velloso, considerando demonstrado o prejuízo pela fixação do preço abaixo dos custos de produção (piso legal), afirmou que o texto da Constituição Federal de 1988 é claro ao autorizar a intervenção estatal na economia, por meio da regulamentação e da regulação de setores econômicos, mas que devem ser observados os princípios e fundamentos da ordem econômica, não sendo autorizada a violação ao princípio da livre iniciativa.

Nesse caso, o ministro relator considerou violado o princípio da livre iniciativa porque a fixação de valor abaixo da realidade (dos custos), e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor, configurou sério empecilho ao livre exercício da atividade econômica. Apontou a necessidade de regras bem definidas para a intervenção estatal na economia e a sua estrita observância, não havendo que se falar em discricionariedade nesse campo (como decidiu o acórdão recorrido do Superior Tribunal de Justiça).

O Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto-vista do qual se destaca sua afirmação no sentido de que o controle de preços é forma de intervenção do Estado na economia e somente pode ser considerado lícito se praticado em caráter de excepcionalidade, dada a limitação pelos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência. Destaca-se ainda a afirmação de que o Estado não pode suprimir as referidas liberdades sem que haja razoabilidade na medida. No que é fundamental para este estudo, acompanhou o relator.

Do estudo do julgado ora tratado, infere-se que a recorrente partiu do raciocínio de que o Estado pode intervir na economia fixando preços, seguindo com o fundamento de que a violação ao princípio da livre iniciativa decorreu, no caso, da inobservância dos termos da lei e da falta de atenção quanto à realidade dos custos de produção, o que a condenaria à insolvência.

Relevante para este estudo o fato de que o ministro relator, para aferição de violação do princípio da livre iniciativa pelo ato regulatório, tomou como elemento fundamental a desconsideração dos custos de produção e a sua desconformidade frente à lei de regência. Na decisão são avaliadas as circunstâncias do caso concreto. Apesar disso, afirma que a intervenção estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa, assertiva que permite deduzir que o ministro confere certa prevalência a esse princípio, dando à intervenção caráter excepcional.

Do voto do Ministro Joaquim Barbosa, destaca-se a afirmação no sentido de que a medida estatal restritiva deve ser razoável, o que, em nosso sentir, também remete à estreita análise das circunstâncias do caso concreto.

4.1.3 Cogência dos atos de fiscalização (AgR AI n. 268.857-0/RJ e decisão monocrática do AI n. 268.857/RJ)

A recorrente (Makro Atacadista S.A.) propôs ação visando desconstituir autos de infração lavrados pela SUNAB, sendo que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por via de agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso extraordinário. Argumentou que os atos decorrentes da fiscalização infringiram o disposto nos artigos 37, 170, 173 e 174 da Constituição Federal e que a Lei Delegada n. 4 não foi recepcionada pela atual Constituição, que não admite a intervenção do Estado na economia. Sustentou ainda que o Estado não tem legitimidade para estabelecer planos econômicos para o setor privado, tampouco o ministro da Fazenda detém poder para dispor sobre preços de mercadorias.

O Ministro Marco Aurélio, na decisão do agravo, ao qual se reporta quando relata o agravo regimental, afirmou que os poderes de fiscalização conferidos pela Lei Delegada n. 4 estão em consonância com as disposições constitucionais que prevêem a intervenção do Estado contra o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º) e a condição do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Quando do relato do agravo regimental, o ministro aduziu que o caráter indicativo da atuação normativa e reguladora diz respeito apenas ao planejamento e que a ordem natural das coisas impede que a fiscalização tenha caráter simplesmente indicativo.

Do caso em exame, em uma das poucas decisões encontradas (duas) nas quais o Ministro Marco Aurélio julga em favor da viabilidade do controle de preços (entendendo, no caso, adequado ao que dispõem os arts. 173, § 4º, e 174 da CF), cabe destacar a referência a maior cogência dos atos próprios de fiscalização (que não podem ser qualificados como “indicativos”). Nesta decisão, resta afastada a argumentação de que a Constituição em vigor não admite a intervenção reguladora do Estado na economia, o que permite concluir que, neste caso, o

Ministro não conferiu caráter absoluto ao princípio da livre iniciativa, ao contrário do que, s.m.j., parece ter feito na maior parte de suas decisões.

4.1.4 Descontos compulsórios para idosos em farmácias (ADI n. 2.453-3/RJ5)

A Confederação Nacional do Comércio propôs ação direta pedindo a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual fluminense n. 3.542, de 16 de março de 2001, que impôs às farmácias e drogarias a concessão de descontos obrigatórios, escalonados em razão da idade, na aquisição de medicamentos por idosos.

A requerente sustentou que tal obrigação configuraria afronta aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170, *caput* e inc. IV, da CF), consistindo em indevida intervenção do Estado na ordem econômica, especialmente porque não enquadrada na sua atuação como agente normativo e regulador (art. 174 da CF).

A relatora Ministra Ellen Gracie indeferiu a liminar e relegou ao exame de mérito a apreciação da adequação da intervenção estatal no domínio econômico, nos termos em que ocorrido no caso em debate. Anotando, porém, o precedente da ADI n. 319/DF que, como visto acima, reconheceu a legitimidade constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico para salvaguardar valores relacionados com a garantia de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

Por sua vez, divergiu do voto da relatora o Ministro Marco Aurélio, sob o argumento de que faltava proporcionalidade e razoabilidade na norma questionada. Questionou se o Estado poderia transferir, por via de lei, a obrigação de fornecer medicamentos ao particular. Levantou a falta de proporcionalidade porque não há na norma relação entre a aptidão financeira e o desconto imposto. Entendeu que essa forma de intervenção discrepa principalmente do artigo 174 da Constituição Federal. Por tal razão, deferiu a liminar.

Neste caso, da leitura dos votos é possível concluir que a Ministra Ellen Gracie considerou a questão social sobremaneira relevante, enquanto que para o Ministro Marco Aurélio, o critério legal foi desproporcional e a forma de intervenção não se enquadra na previsão constitucional de atuação normativa e reguladora do Estado.

5 Localizada a partir de referência feita pela decisão da Presidência na SS n. 2.133/RJ, decisão que não é trazida para o corpo da discussão porque trata apenas de considerações processuais sobre o cabimento da suspensão de segurança e porque a matéria de fundo, relevante para o trabalho, foi abordada no acórdão discutido.

4.1.5 Meia-entrada para estudantes (ADI n. 1.950-3)

A Confederação Nacional do Comércio propôs ação direta pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual paulista n. 7.844/92, que prevê a garantia do pagamento de meia-entrada para o ingresso de estudantes em casas de espetáculos, áreas de esporte, cultura e lazer no Estado, argumentando que a disposição colide com os artigos 170 e 174 da Constituição Federal, porque institui indevida a intervenção do domínio econômico.

Após fazer referência à competência concorrente dos entes da federação para intervir na economia, o relator Ministro Eros Grau asseverou que, em que pese a Constituição Federal de 1988 definir a opção pelo sistema capitalista, no qual se confere papel primordial à livre iniciativa, essa circunstância não legitima a afirmação de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais, ocorrendo, na verdade, o contrário. A Constituição Federal é diretiva, pretende modificar o mundo do ser, postula um plano de ação global normativo para Estado e a sociedade informado pelos preceitos veiculados nos artigos 1º, 3º e 170. A intervenção do Estado no domínio econômico como fator redutor de riscos é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. O princípio da livre iniciativa não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico, uma afirmação simples do capitalismo. Para o ministro relator, os preceitos constitucionais da ordem econômica devem ser interpretados à luz da íntegra do texto constitucional. Por essas razões, considerando ainda ser medida voltada ao efetivo exercício do direito à educação, cultura e desporto, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio considerou que a norma, além de não ser razoável por não distinguir aquele que tem recursos do que não tem, conflita com fundamento da República que é a livre iniciativa, dado que nela interfere sem oferecer contrapartida, contrastando ainda com o preceito contido no artigo 174 da Constituição.

O Ministro Carlos Britto ponderou que bens e valores culturais são dignos de proteção estatal e, mesmo que economicamente explorados, têm de cumprir a função social.

O Ministro Cezar Peluso não deduziu raciocínio acerca dos preceitos tratados no estudo, dado que fundamenta o seu julgamento no fato de que a lei estaria interferindo em contratos, matéria de direito civil (art. 22, I, da CF), matéria inserida na competência privativa da União, sendo que os demais ministros acompanharam o relator.

Do que pode se depreender dos votos lançados, importante destacar que o Ministro Eros Grau entende que a intervenção não é excepcional, o que permite concluir pela maior viabilidade e maior campo de incidência da regulação

estatal sobre a atividade econômica. Ao afirmar a indispensabilidade da intervenção reguladora em favor da preservação do sistema, entendemos que o ministro considera que os atos regulatórios não são excrescências a serem evitadas e cuja admissão exigiria extensivas e incontrastáveis razões, bastando, em verdade, que se demonstre estarem voltados a atender aos fins sociais previstos na própria Constituição. Contribui para essa inferência a ponderação de que a interpretação do princípio da livre iniciativa deve ser ampla, vista de acordo com a totalidade do texto constitucional.

Entendemos ainda que, neste caso, a linha de raciocínio expendida pelo Ministro Eros Grau foi complementada pelo voto do Ministro Carlos Britto, que destacou a relevância do valor social para justificar a intervenção.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, apesar de fazer considerações sobre a irrazoabilidade do desconto linear, reprovava de forma absoluta a imposição desse desconto compulsório sem contrapartida estatal, o que, segundo pensamos, não abre ensanchas à ponderação entre os valores em conflito.

4.1.6 Meia-entrada para doadores de sangue (ADI n. 3.512-6)

O governador do Estado do Espírito Santo propôs ação direta pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual capixaba n. 7.735/2004, que institui a meia-entrada para doadores regulares de sangue em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pela Administração direta e indireta do Estado do Espírito Santo.

O relator Ministro Eros Grau apresentou a mesma fundamentação deduzida no caso acima comentado, mas aduziu, por ser disposição legal que visa a estimular a população a doar sangue, ponderações que distinguem as formas de intervenção estatal.

O ministro apontou que a intervenção pode se dar no domínio econômico por meio de três modalidades diferentes, quais sejam: por participação (ou absorção), na qual o atua como agente econômico; por direção, hipótese em que estabelece mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica; e por indução, quando as normas editadas, embora dotadas de menor carga de cogência, estão voltadas a fazer com que o agente econômico opte por uma ação de interesse coletivo e social, sendo que essa última hipótese se fez presente no caso julgado.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio reeditou os fundamentos lançados no acórdão acima comentado, e apenas buscando emprestar interpretação conforme à Constituição, excluiu as pessoas jurídicas de direito privado da referência feita na lei contrastada à Administração indireta.

Neste caso, em que pese a norma se dirigir a impor um ônus a entes da Administração direta e indireta do Estado, da fundamentação do ministro

relator depreende-se que a intenção de induzir à prática de uma conduta socialmente interessante pode justificar a incidência de uma norma restritiva ao agente econômico.

4.1.7 Meia-entrada para jovens de até 21 anos (ADI n. 2163-0/RJ6)

A Confederação Nacional do Comércio propôs ação direta requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 3.364/2000, que assegura o pagamento por jovens de até 21 anos de meia-entrada em casas de diversões, praças desportivas e similares, sustentando que se trata de indevida intervenção do Estado no domínio econômico porque a norma estabeleceria planejamento vinculante e efetiva fixação de preços privados, em agressão ao disposto nos artigos 170 e 174, ultrapassando os limites do artigo 173, parágrafo 4º, além do que a intervenção do Poder Público é exceção que vem delimitada no artigo 174, todos da Constituição Federal.

O Ministro Nelson Jobim, quando da análise do pedido de liminar, apontou que há, de um lado, o alegado prejuízo financeiro das empresas e, de outro, a proteção a um bem jurídico imensurável, a cultura. Fez considerações acerca da reversibilidade dos efeitos da liminar, ponderando que o dano, na verdade, seria irreparável para os beneficiários da norma, que não teriam como reaver o valor pago integralmente. Por isso, negou a liminar.

O Ministro Marco Aurélio questionou a circunstância de a norma conter desconto linear apenas em razão da idade, manifestando-se que concederia a liminar para que a meia-entrada fosse garantida apenas aos jovens de até 21 anos que fossem estudantes (excluindo a expressão “ou não” do texto da norma). Retirou o destaque após ser alertado de que a norma não continha tal expressão, para, ao final, acompanhar o relator.

Neste caso, apesar de tratar-se apenas da decisão acerca da liminar pretendida (e, pois, dos seus pressupostos autorizadores), verifica-se no voto do relator a ponderação entre o princípio da livre iniciativa e a legitimidade da intervenção do Estado para garantir a proteção de um bem cultural, mesmo com a imposição de ônus ao particular, o que indica não considerar absoluto o princípio da livre iniciativa.

Quanto ao voto do Ministro Marco Aurélio, cabe destacar que o seu aceno para julgamento de parcial inconstitucionalidade contraria, s.m.j., a posição que adotou na ADI n. 1.950-3 (meia-entrada para estudantes) e na ADI n. 3.512-6 (meia-entrada para doadores de sangue).

6 Localizada a partir de referência feita na ADI n. 2.435/RJ.

4.1.8 Tipologia dos atos de abuso do poder econômico (ADI n. 1.094-8/DF7)

A Confederação Nacional da Indústria impugna dispositivos da Lei n. 8.884/94 que transforma o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Dentre as questões suscitadas, destaca-se, por relevante ao tema objeto deste trabalho, a arguição de que somente se poderia configurar como abuso do poder econômico o ato que objetive dominar mercados e eliminar a concorrência, afastando o enquadramento como tal das condutas culposas (art. 20). Impugnou também o autor a cominação de pena em tipo aberto (art. 21), que caracteriza como infração da ordem econômica a imposição de preço excessivo ou o seu aumento sem justa causa.

O Ministro Carlos Velloso asseverou que a ordem econômica prevista na Constituição brasileira funda-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, o que se alcançaria mediante a observância dos incisos do I a IX do artigo 170 da Constituição Federal. Apontou a livre concorrência como viga mestra do sistema econômico, por isso é que o parágrafo 4º do artigo 173 reprime o abuso ao poder econômico que vise à dominação dos mercados. Por tal razão a previsão de condutas na modalidade culposa como infrações a ordem econômica não se afigura inconstitucional quando produzem os efeitos lançados nos incisos do artigo 20 da Lei n. 8.884/94. Segundo o Ministro, o artigo 21 da referida lei não configura tipo aberto, uma vez que este se reporta ao artigo 20, configurando infração quando presente hipótese deste dispositivo.

O Ministro Sepúlveda Pertence, de início, pontuou que nem nos tempos da mais exacerbada “mercadolatria” se negou ao Estado a possibilidade de reprimir o abuso do poder econômico e, particularmente, os atos atentatórios à livre iniciativa, não verificando qualquer inconstitucionalidade na Lei n. 8.884/94.

Nesta ação, na qual todos os ministros votaram pela constitucionalidade da lei nos aspectos ora comentados, podemos inferir do voto do Ministro Carlos Velloso que a Lei n. 8.884/94, em seus artigos 20 e 21, contém adequado parâmetro para configuração de uma conduta como de abuso do poder econômico, autorizando a intervenção estatal caso violada.

Também neste caso, a partir da afirmação inicial do Ministro Sepúlveda Pertence, pode-se concluir que a intervenção no domínio econômico não é considerada por ele como exceção, mas regra.

7 Localizada a partir de referência feita pela decisão monocrática proferida no AI n. 397.160/MT.

4.2 Intervenção estatal sobre o horário de funcionamento do comércio

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter editado em sua súmula o verbete 419, que diz “os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas” e o verbete 645, que diz “é competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”, o estudo dos recentes pronunciamentos do Tribunal sobre essa discussão mostra-se relevante, na medida que se busca identificar nas decisões as razões que apontaram, em cada caso, o exercício regular dessa competência municipal, ou seja, que bens compuseram o confronto entre o princípio da livre iniciativa e a atuação do Estado regulador.

Nas decisões que fazem parte deste grupo, estabelecimentos comerciais (farmácias) buscaram obter do Judiciário o afastamento da aplicação de disposições normativas que impediam o seu funcionamento diuturno, notadamente que estabelecem escala de plantão de funcionamento.

No acórdão do RE n. 174.645-9 – interposto pelo Município de São Paulo contra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia considerado que às farmácias não poderiam ser impostas limitações quanto ao horário, por exercerem atividades de nítida utilidade pública – o relator Ministro Maurício Corrêa conferiu provimento ao recurso argumentando, na linha dos verbetes sumulares já vistos, que a fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita mediante lei local, por se tratar de matéria de interesse do Município. Ultrapassada a questão da competência, apresenta justificativa material à restrição, afirmando que ela se funda na necessária atuação disciplinar do Município para evitar a dominação do mercado por oligopólio.⁸

Dessa decisão pode-se destacar a consideração de que legítima a atuação reguladora do Estado que prognostica possibilidade de abuso do poder econômico, no caso, a partir da formação potencial de oligopólios.

No acórdão do RE n. 189.170-0 – interposto pela empresa contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo segundo o qual, apesar da Constituição Federal de 1988 ter consagrado o princípio da livre iniciativa, mantida foi a competência reguladora municipal que busca afastar dano à coletividade –, o relator Ministro Marco Aurélio considerou que a limitação imposta pela lei municipal não atende aos anseios populares, conflita com a liberdade de atuação assegurada constitucionalmente e implica em reserva de mercado para aquelas escaladas para atuar

8 Cabe explicar, apesar de não constar expresso no acórdão desse caso, que a prevenção contra a conformação de oligopólio se justificaria pela circunstância de que as grandes redes de farmácias, caso atuem fora da sua vez na escala de plantão, poderiam tornar inviável a abertura dos pequenos estabelecimentos nessas ocasiões.

no plantão, o que prejudica o consumidor. Entendeu que o Município poderia impor o funcionamento de farmácias, já que o objetivo do plantão é garantir atendimento à população, mas jamais proibir que algumas abrissem em certos dias. Afirmou que a limitação ora tratada conflitaria com as funções do Estado regulador prevista no artigo 174 da Constituição Federal, opondo-se, pois, à preservação da livre iniciativa e da livre concorrência.

O Ministro Maurício Corrêa, em voto-vista, reiterou os argumentos em favor da competência municipal e asseverou, citando Hely Lopes Meirelles, que a fixação de horário do comércio em geral está inserida no poder de ordenação da vida urbana, nas suas exigências de segurança, higiene e bem-estar. Volta citar o saudoso administrativista em trecho que ele afirma que a fixação de horário do comércio não constitui regulamentação da atividade econômica, não configurando, pois, intervenção no domínio econômico.

Neste acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto-vista e considerou razoável a restrição imposta às farmácias quanto ao regime de plantão. Também o fez o Ministro Néri da Silveira, mas apenas se referindo à competência municipal para o trato da matéria.

Neste caso o Ministro Marco Aurélio considerou injustificada e irrazoável a restrição. Na manifestação do Ministro Maurício Corrêa, identifica-se a preocupação em justificar a competência municipal que, estabelecida, justificaria a intervenção. Porém, salvo por citação do acórdão anteriormente tratado neste trabalho (necessidade de intervenção para evitar formação de oligopólio), não há maior consideração sobre as razões de fundo para a intervenção. Ademais, nota-se certa contradição desse ministro, ao dizer que a limitação de horário não implica em intervenção no domínio econômico, ao mesmo tempo que afirma que a atuação do Município está voltada a impedir a configuração de oligopólio, uma vez que essa é a hipótese do artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Além dos acórdãos acima tratados, a pesquisa apontou uma plêiade de decisões monocráticas sobre o mesmo tema, nas quais os relatores, exercendo a competência de diretamente julgar o feito em razão da existência de precedentes na Corte, consideram legítima a limitação do horário de funcionamento de farmácias, sendo que somente foi encontrada posição divergente do Ministro Marco Aurélio, pelas razões já referidas, mas que, diga-se, passou a decidir em consonância com a maioria, a partir do RE n. 267.161-4, ressaltando o entendimento pessoal.

4.3 Intervenção estatal para definição de distância mínima entre estabelecimentos comerciais

Nas decisões tratadas nesta seção do trabalho, questionou-se a possibilidade de intervenção estatal atinente à fixação de distâncias mínimas entre estabelecimentos comerciais.

Por via do RE n. 199.517-3⁹, o Município de Campinas insurgiu-se contra acórdão que julgou procedente a ação proposta por estabelecimento comercial (farmácia) contra ato do prefeito que determinou, com base em lei municipal, o encerramento de suas atividades no local em que se estabeleceu, uma vez que se localizava a menos de 500 metros de estabelecimento congêneres.

O relator Ministro Carlos Velloso deu provimento ao recurso, com base em fundamentos semelhantes aos que orientaram a jurisprudência na questão do impedimento de funcionamento de farmácias fora do horário de plantão, entendendo que o Município atuou dentro do âmbito de sua competência para regular questões de interesse local e que a medida também se justificaria como forma de suscitar condições para que todas camadas da população sejam atendidas, o que repercutiria na dispersão dos estabelecimentos.

Remetido o caso para julgamento pelo Plenário, o Ministro Carlos Velloso restou vencido pelos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio, sendo que o primeiro sustentou que, a partir do que dispõe o artigo 170 e parágrafo único da Constituição Federal, a única restrição possível ao livre exercício de qualquer atividade econômica estaria centrada na hipótese da necessidade de autorização ou permissão do Poder Público para o exercício de determinado tipo de atividade econômica, regulando a liberdade de contratar e de fixar preços. Acrescentou ainda que, especificamente quando ao caso em exame, a limitação geográfica somente conduz à concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida, dificultando o acesso do consumidor a melhores condições de preço.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio declarou a inconstitucionalidade, sob o argumento de que o artigo 174 da Constituição Federal não permite intervenção desse jaez, sendo ampla a liberdade no comércio

Da leitura dos votos proferidos nesse acórdão, importa destacar que destacar que o Ministro Carlos Velloso vê o atendimento do interesse social na disposição legal, na medida que auxilia a pulverização dos estabelecimentos pela área do município, enquanto que o Ministro Maurício Corrêa enxerga que a lei garante ao comerciante uma reserva de mercado, o que prejudica o consumidor do local com maior aptidão de atrair mais empreendedores do ramo. Em suma, desses votos, identifica-se haver divergência quanto à eleição de elemento justificador da intervenção. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio vislumbra violação à Constituição porque a intervenção não seria permitida nos termos pretendidos.

9 Acórdão localizado a partir da referência feita nas decisões monocráticas dos RE ns. 200.572/SP, 207.506/SP e 217.029/SC.

Na ADI n. 2.327-6, o governador do Estado de São Paulo, sob o argumento de violação ao princípio da livre concorrência, da defesa do consumidor e da competência municipal para o trato da matéria, buscou a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual paulista n. 10.307/99, que disciplinou a instalação de novos estabelecimentos de comércio de fármacos e correlatos em cidades com mais de trinta mil habitantes, sendo que nessas cidades, os novos empreendimentos deveriam observar distância mínima em um raio de 200m com relação aos congêneres já instalados.

O relator Ministro Gilmar Mendes considerou presente o vício formal, dado que a matéria é atinente a interesse local, logo da competência legislativa dos Municípios, bem como o vício material, uma vez que a limitação imposta implica em irrazoável cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, inclusive prejudicando os interesses dos consumidores. Aponta que o prognóstico do legislador – de possível multiplicação de estabelecimentos em um determinado local – não é proporcional, não se justifica, frente à limitação imposta ao livre exercício da atividade profissional.

O Ministro Sepúlveda Pertence considerou suficiente para a procedência da ação direta de inconstitucionalidade apenas o vício formal apontado pelo ministro relator, deixando de manifestar-se quanto à alegada inconstitucionalidade material.

O Ministro Marco Aurélio, na linha do que decidia nos casos de limitação de horário de funcionamento das farmácias, entendeu presente o vício formal e, também declarando o vício material, asseverou que a atuação normativa e reguladora do Estado na atividade econômica é de simples planejamento, não havendo vinculação absoluta para o setor privado.

No caso em comento, além da questão atinente ao vício formal, pode ser identificada no voto do Ministro Gilmar Mendes a preocupação com a aferição da razoabilidade da medida estatal lançada, considerando os seus efeitos concretos, especialmente quando consignou a possibilidade de prejuízo ao consumidor do local onde os estabelecimentos se concentrariam, caso inexistente disposição legal impeditiva.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto coerente com o que manifestou nos casos referentes ao horário de funcionamento das farmácias, e neste julgado praticamente eliminou o caráter cogente da atuação normativa e reguladora do Estado, quando a considerou apenas indicativa, o que, como entendemos, retira a efetividade dessa atuação.

Por fim, não se pode deixar de notar que, em que pese ter estado sempre presente a preocupação com a razoável composição dos interesses privados e dos deveres estatais de regulação, manifesta a oposição entre os resultados dos julgamentos em que se discutiu a constitucionalidade das limitações atinentes

a horário de funcionamento e as relativas à localização do estabelecimento, em que pese não se poder identificar elemento material distintivo relevante entre essas situações.

5 Conclusões

1. A partir do grupo de decisões analisadas, colhidas desde o advento da Constituição Federal de 1988, de forma a aferir a evolução e a indicar as tendências sobre este tema caro à Administração, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, em linhas gerais, confere caráter relativo ao princípio da livre iniciativa privada no campo econômico, quando confrontado com a atuação reguladora do Estado nessa seara, sendo sobremaneira relevante a utilização do postulado jurídico da ponderação para a aferição da adequação da atuação estatal.

2. Posta a relevância do postulado da ponderação, que deve levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto de intervenção, infere-se dos julgados que o princípio da livre iniciativa e as possibilidades de intervenção estatal recebem diferentes valorações dos ministros, quando da escolha do vetor prevalente.

3. Em que pese a falta de uniformidade ou *standards* acerca de quais circunstâncias que devem preponderar em cada caso, certo é que o administrador deverá, para justificar sua atuação interventiva, apontar os fins de interesse social e público que busca atingir.

4. Por fim, possível é deduzir das decisões tratadas que a intervenção do Estado regulador no domínio econômico não pode ser bloqueada pelo argumento da prevalência do princípio da livre iniciativa, podendo ser lançada a partir de prognóstico de lesão à ordem econômica, ou repressiva, após a configuração do dano.