

Ministra Margaret Thatcher, a difusão do ideário neoliberal produziu um forte impacto sobre o denominado Estado do bem-estar, com a proposição de um Estado mínimo.

Juan Carlos Cassagne³, reconhecendo o quebrantamento do Estado Social de Direito, rejeita abertamente a idéia de Estado mínimo ou débil, vislumbrando um novo modelo estatal, consistente no Estado subsidiário.

Parte do pressuposto de que em todas as atividades vinculadas ao campo econômico-social, em que os particulares ou a sociedade puderem desenvolvê-las a contento, não caberá a atuação direta do Estado. Propõe, assim, de forma gradual ou acelerada, o abandono, por parte do aparato estatal, dos setores conaturais à iniciativa privada, aumentando-se o nível de participação dos particulares na economia, com a abolição dos monopólios e a gradativa desregulação legal de atividades econômicas, as quais deverão submeter-se, de forma mais intensa, a disciplinas normativas setoriais.

Mas advirta-se que tal arquétipo, independente de sua nomenclatura, longe está de implicar na total superação das estruturas anteriores. Radica-se numa combinação dos Estados Liberal e Social, tanto que tocará ao Poder Público funções indelegáveis (justiça, segurança, seguridade, relações exteriores e legislação) como outras, exercidas para cumprir uma missão de suprimento da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). No que pertine à esfera econômica, observa Juan Carlos Cassagne, “uma maior ênfase ainda na legislação, com o propósito declarado de assegurar o funcionamento livre dos mercados, ao tempo em que se potencializa a potestade interventora para corrigir os abusos e as práticas monopolistas”⁴. Vê-se, portanto, que subsidiariedade, indo além do Estado mínimo, não é traduzida como ausência total de intervenção estatal na economia.

³ *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo I, p. 62-66 e 69-74.

⁴ “*un mayor énfasis aún en la legislación, con el propósito declarado de asegurar el funcionamiento libre de los mercados, al tiempo que se potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopolísticas*”. (*ibid.*, p. 64). Um pouco mais adiante (p. 69-73), enuncia o autor os traços mais relevantes da transformação rumo ao Estado subsidiário, quais sejam: a) manutenção dos princípios retores do tradicional Estado de Direito (separação de poderes, garantia das liberdades e direitos individuais e submissão da Administração à lei), embora com a adaptação exigida pelo sinal dos tempos; b) preservação, no plano político, da democracia pluralista; c) ser a suplência a tônica habilitante nas searas econômica e social; d) predomínio da economia de mercado, com base na liberdade de iniciativa (devendo o Estado abster-se de atuar como agente econômico) e de concorrência, sem esquecer da proteção dos consumidores e usuários, com o que se alcança um razoável equilíbrio entre a liberdade e o bem-comum; e) ausência de política social ilimitada.

Essa percepção também fora sentida em solo pátrio. Sem aludir à designação “Estado subsidiário”, Francisco Cavalcanti sobre ela observou: “Vem-se, constatando, entretanto, nas duas últimas décadas, tendências de reversão nesse processo de crescimento da intervenção estatal na atividade econômica. Prega-se, novamente, o afastamento do Estado do cerne da atividade econômica, defende-se dever deixar o ente público de ser ente produtivo, com sensível e, em algumas situações, até drástica redução do seu papel na ordem econômica. As idéias básicas de competitividade, liberdade de mercado (inclusive e sobretudo a nível internacional) com restrições a quaisquer mecanismos protecionistas, privatização e globalização são facetas dessa nova conjuntura, que se apresenta, sobretudo após o desmoronamento da URSS, o período Thatcher no Reino Unido, a consolidação das comunidades econômicas e a formação da OMC”⁵.

Nossa Lei Maior vigente, no art. 173, *caput*, de uma maneira bem mais contida do que no art. 170, *caput*, da Constituição de 1969, já acolhe a concepção da menor participação do Estado como agente da atividade econômica, dispondo que esta compete à iniciativa privada, somente cabendo a participação estatal quando necessária aos imperativos de segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, nos termos de definição legal. Sem embargo, pode-se dizer haver essa nova realidade ganhado um perfil mais aprimorado com as reformas constitucionais recentemente aprovadas em nosso país⁶.

2 A BASE CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA PARA A EMISSÃO DE NORMAS DE DIREÇÃO

A despeito das transformações ocorridas nos dois últimos decênios, pode-se dizer que, nos dias atuais, persiste intensa a influência do Estado sobre a economia e que, no desenrolar desta, nítida permanece a competência para a edição de normas diretivas, tendentes à imposição, na atividade reguladora em foco, de condutas de observância intransponível.

⁵ Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 68, 1997.

⁶ Destaque-se as mudanças imprimidas pelas Emendas Constitucionais 05/95, 06/95, 08/95 e 09/95, aos arts. 25, §2º, 170, IX, 176, §1º, 21, XI e XII, e 177, §1º, da redação inaugural da Lei Maior de 1988, abrindo a participação estatal na exploração de importantes setores da economia.

Necessário investigar, de conseguinte, qual o respaldo, mais precisamente de porte constitucional, que habilita a potestade estatal a emitir tais regras jurídicas.

Interessante, à guisa de ilustração, a referência, de passagem, a alguns ordenamentos estrangeiros. O primeiro deles é o italiano. A Constituição de 1947, logo após enunciar, no art. 41.1, ser a iniciativa econômica livre, afirma, nos itens seguintes do mesmo comando, não ser admissível o desenvolvimento desta contrariamente à utilidade social, ou de modo a provocar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana, tocando à lei determinar os programas e controles pelos quais a atividade econômica, pública ou privada, possa ser endereçada e coordenada a fins sociais. Vê-se, portanto, legitimação da competência para a intervenção diretiva no caráter limitado, não absoluto, ostentado pela livre iniciativa.

Paolo de Carli, ao depois de assentar que a enunciação ofertada pela letra constitucional qualifica a liberdade de iniciativa como um princípio cardinal das relações econômicas, comenta: “Tal artigo contém a afirmação e os limites de tal liberdade, antes de tudo nos confrontos do Estado-administração; toma em consideração, por isso, as relações entre cidadãos e Estado-administração pública, como é tarefa própria e tradicional de toda carta constitucional, no momento no qual define o status dos direitos e das faculdades dos cidadãos. Mas ainda o artigo contém a afirmação e os limites de tal liberdade econômica nos confrontos dos outros associados e, depois, ocupa-se das limitações recíprocas da esfera de liberdade econômica dos particulares”⁷.

Abordando a temática sob o ângulo da concorrência, Vincenzo Donativi⁸ constata que a mera garantia formal da liberdade de iniciativa econômica, na forma como posta no art. 41.1 da Constituição de 1947, não é suficiente para afastar os diversos obstáculos que, de fato, na atualidade, impedem o ingresso nos mercados, tais como a necessidade de elevados investi-

⁷ “Tale articolo contiene l’affermazione e i limiti di tale libertà innanzitutto nei confronti dello Stato-amministrazione; prende in considerazione quindi i rapporti tra cittadini e Stato-pubblica amministrazione, come è compito proprio e tradizionale di ogni carta costituzionale nel momento in cui definisce lo status dei diritti e delle facoltà dei cittadini. Ma ancora l’articolo contiene l’affermazione e i limiti di tale libertà economica nei confronti degli altri consociati e quindi si occupa delle limitazioni reciproche delle sfere di libertà economica dei privati”. (*Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell’Economia*. Pádua: CEDAM, 1995, p. 33).

⁸ Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. *Quaderni di Guirispudenza Commerciale*, Milão, n. 119, p. 52, 1990.

mentos, a eficiência tecnológica, a presença de oligopólios, etc., representando uma proibição para outras constituições de novas empresas. Rematando, afirma constituir, por esses fatores, a disciplina normativa *antitrust* um dos institutos típicos do moderno capitalismo, voltado a controlar os comportamentos da grande empresa sobre o mercado. Tem-se, assim, que a livre iniciativa exige, para a sua manutenção, a ação reguladora da economia.

O cenário não é diverso se focalizada a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949. Se, por um lado, assegura a apropriação privada dos meios de produção (art. 14.1) e a liberdade de empresa (art. 12.1), não se descarta, doutro modo, da cláusula do Estado Social, de adoção obrigatória pela República Federal da Alemanha (art. 20) e suas províncias (art. 28), sem olvidar a previsão, no seu art. 109.2, do encargo estatal de levar em consideração, na execução de sua política orçamentária, das exigências equilíbrio macroeconômicos.

Dessa conjuntura constitucional, emerge a visão conciliadora exposta por Juan Jorge Papier: “O Estado atende aos mencionados mandamentos constitucionais através de medidas de direção global e, neste sentido, tais recomendações constituem também diretrizes acerca da política econômica a realizar. Junto à direção global da economia, estão também instrumentos de uma gestão econômica constitucionalmente recomendada, e determinada em seus principais fundamentos, a outorga de subvenções públicas e o recurso aos impostos e contribuições para fins não fiscais (de direção). Tudo isso pressupõe a planificação econômica do Estado, é dizer, a direção estatal da economia sujeita a um plano”.

Na França, não há alusão ao princípio da liberdade de comércio ou indústria na Declaração de Direitos de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946 e na Constituição de 1958, sendo a sua fonte normativa a Lei de 2-17 de março de 1791, ao prescrever: “A contar do próximo dia 1 de Abril, qualquer pessoa será livre de fazer qualquer negócio ou exercer qualquer

⁹ “El Estado atiende a los mencionados mandatos constitucionales a través de medidas de dirección global, e en este sentido tales encomiendas constituyen también directrices acerca de la política económica a realizar. Junto a la dirección global de la economía, son también instrumentos de una gestión económica constitucionalmente encomendada y determinada en sus principales fundamentos la otorgación de subvenciones públicas y el recurso a los impuestos y contribuciones para fines no fiscales (de dirección). Todo ello presupone la planificación económica del Estado, es decir, la dirección estatal de la economía sujeta a un plan”. (*Ley Fundamental y Orden Económico. In: Manual de Derecho Constitucional*. Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 571).

profissão, arte ou ofício que lhe agradar, mas será obrigada a munir-se previamente de patente”.

Malgrado essa circunstância, noticia André de Laubadère¹⁰ haver a doutrina e jurisprudência, tomando como ponto de partida a sua condição de princípio geral do direito, outorgado à liberdade de comércio e indústria valor constitucional, o que, segundo o autor, não equivale a impedir possa o Estado impor-lhe limitações.

Outro exemplo está na Constituição Portuguesa de 1976, cujo texto, após sucessivas revisões, perfilha, no art. 80º, letra c, relativo aos princípios fundamentais da organização econômica, “a liberdade de iniciativa de organização empresarial no âmbito de uma economia mista”. No artigo seguinte (art. 81º), ao gizar as incumbências prioritárias do Estado no âmbito econômico e social, o Constituinte lusitano possibilitou o controle da atividade empresarial, nas alíneas a seguir, com vistas a: “a) Promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; e) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; h) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”.

Atento aos arts. 80 e 81 da Constituição da República de 1976, modelados com a feição que lhes conferiu a Revisão de 1997, Marcelo Rebelo de

¹⁰ *Direito Público Económico*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 234-237 e 239. O autor faz referência, em nota de rodapé, ao *arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils*, de 26 de junho de 1959, no qual o Conselho de Estado, conduzido pela pena do Comissário do Governo Fournier, ressaltara que “os princípios gerais do direito que, resultando especialmente do preâmbulo da Constituição, impõem-se integralmente à autoridade regulamentar, mesmo na ausência de disposições legislativas” (les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s’imposent à toute autorité réglementaire même en l’absence de dispositions législatives, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 561). Neste julgamento, o Conselho de Estado pôs em ênfase os princípios gerais do direito referidos em textos de estatura constitucional. Não obstante, é de se ressaltar que, legando prolongamento à teoria dos princípios gerais do direito, elaborada pelo Conselho de Estado, o Conselho Constitucional reconheceu valor constitucional, no intuito de servir de confronto ao legislador no quadro do contencioso de constitucionalidade, a princípios, independente de sua ligação a um texto normativo. Foi, assim, com o da separação de poderes (*décision* n° 79-104, de 23 de maio de 1979, Rec. 27) e com o da continuidade do serviço público (*décision* n° 79-105, de 25 de julho de 1979, Rec. 33).

Sousa & José de Melo Alexandrino¹¹ acentuam a viragem lusitana para a economia de mercado, ajustada aos princípios sociais, laborais ou não. Isto significa dizer que o capitalismo então perfilhado é de color atenuado, não desprezando, de conseguinte, a presença do comando estatal na seara econômica¹².

Por seu turno, não se passa diferente com a Constituição hispânica de 1978. São reconhecidos o direito à propriedade privada (art. 33º.1) e à liberdade empresarial no âmbito da economia de mercado (art. 38º, primeira parte). Quanto a esta, porém, logo proclama que os Poderes Públicos garantirão e protegerão o seu exercício e a defesa da produtividade, de harmonia com as exigências da economia geral e, se for o caso, de acordo com a necessária planificação (art. 38º, segunda parte). Um pouco mais à frente, dispõe caber aos órgãos estatais a promoção das condições favorecedoras do progresso social e econômico e uma distribuição regional e pessoal de rendimento mais eqüitativa, nos contornos de uma política de estabilidade econômica (art. 40º.1).

Desses comandos, infere-se a competência atribuída à interferência estatal para, no interesse da consecução dos valores superiores do Estado social e democrático de direito (art. 1º.1), proceder à disciplina da província econômica.

A rápida menção ao direito de outros países não poderia olvidar o destaque ao arquétipo contemporâneo da concepção clássica de constituição e dos tempos de fastígio da política do *laisser-faire*, qual seja o norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, embora a sua Lei Maior, promulgada em 17 de setembro de 1787, contivesse, na sua Seção VIII, competir ao Congresso regulamentar o comércio com as nações estrangeiras, os vários estados e as tribos indígenas, não se descortinou, a partir daí, um poder de

¹¹ Constituição da República Portuguesa Comentada. Lisboa: Lex, 2000, p. 194.

¹² Digna de nota a passagem do Acórdão nº 444, de 23 de julho de 1993, proferido à época da redação da Constituição da República Portuguesa posta pela Revisão de 1989, ao precisar: “O apontado princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático é um daqueles em que assenta a organização económico-social. O princípio em causa exige, antes de mais, que o poder económico do Estado se subordine à vontade popular. E requer, bem assim, que, na sua actuação, as organizações empresariais (públicas, privadas ou cooperativas) não posterguem nunca o interesse geral, como tal definido pelo poder político democrático”. (Disponível em <http://www.dgep.pt/225-95.html>. Acesso em 19-02-2001).

interferência estatal sobre o domínio econômico, mas tão-só norma a delimitar a competência legislativa da União.

O poder-dever de regulação da economia fora admitido através da invocação do devido processo legal, prevista nas Emendas V e XIV. A chancela da possibilidade da intervenção legislativa sobre a economia se deu com o julgado *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502), de 1934, no qual se discutia a legitimidade de lei estadual que fixava os preços máximo e mínimo do leite, havendo, como informa Christopher Wolfe¹³, a Suprema Corte defendido a admissibilidade do controle de preços pelo Estado, acentuando que, quando entrem em choque direitos públicos e privados, estes devem ceder perante aqueles¹⁴.

No caso brasileiro, a competência para a emissão de comandos diretivos, destinados a frear eventuais abusos do mercado, é de fácil extração constitucional. Assoma, de logo, do Título I da Lei Fundamental vigente (Dos Princípios Fundamentais), cujo art. 3º, I, menciona, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem perder de vista o art. 1º, III e IV, a elencar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, erigidos a suportes fundantes de nosso Estado Democrático de Direito.

Adiante, ao enunciar, no art. 170 da CF, os princípios gerais da atividade econômica, refere-se, inicialmente, que esta se encontra embasada tanto

¹³ *La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p. 224.

¹⁴ Como conseqüências desse pronunciamento, restou consignado pela Suprema Corte americana assertivas como as seguintes: “No que se refere ao requisito do devido processo, e à falta de outra restrição constitucional, um Estado é livre de adotar a política econômica que considere razoável em favor do bem-estar público, e de fazer cumprir esta política pela legislação adaptada a esta finalidade”. (En lo que se refiere al requisito del proceso debido, y en defecto de otra restricción constitucional, un Estado es libre de adoptar la política económica que considere razonable en favor del bienestar público, y de hacer cumplir esta política por la legislación adaptada a esta finalidad, 291 U.S. 537). “O controle de preços, como qualquer outra forma de legislação, é inconstitucional somente se é arbitrário, discriminatório, ou demonstravelmente irrelevante quanto à política que a legislatura pode adotar livremente”. (el control de precios, como cualquier otra forma de legislación, es anticonstitucional sólo si es arbitrario, discriminatorio o demonstrablemente irrelevante en cuanto a la política que la legislatura puede adotar libremente, 291 U.S. 546). (*Apud* Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p. 224). Essa doutrina retrocedera em pouco espaço de tempo, havendo a Suprema Corte, em 1936, no julgamento *Morehead v. New York ex re Tiplado* (298 U.S. 587), declarado nula lei do Estado de New York, que fixava salário mínimo para as trabalhadoras do sexo feminino. No entanto, a partir do *case West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397), de 1937, a Suprema Corte desferiu golpe fatal à tese do devido processo econômico, afirmando, de uma vez por todas, a possibilidade de o Estado interferir na liberdade de contratar desde que vise ao bem-estar público. Essa tomada de posição do Excelso Sodalício Americano teve origem em precedentes do último quartel do Século XIX, quais sejam os arestos *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113) e *Mugler v. Kansas* (94 U.S. 140) de 1877 e 1887, respectivamente, onde se assentou, embora tibiamente, a possibilidade da disciplina estatal dos negócios afetados por um interesse público.

na livre iniciativa quanto na valorização do trabalho humano, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, consoante os ditames da justiça social. No rol dos princípios basilares da ordem econômica e financeira, inseriu o Constituinte patrial a função social da propriedade (vedou, com isto, o uso individualista e ilimitado dos meios de produção), a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III, V e VII, CF).

Considerando-se o tom minudente que pautou a redação do documento promulgado em 1988, de vislumbrar ainda dispositivo específico sobre a matéria, calcado no art. 173, §4º, do seu texto, a proclamar peremptoriamente: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Tecendo comentários acerca do fundamento constitucional das restrições à livre iniciativa, Fábio Konder Comparato¹⁵, atento a que o objetivo primacial da ordenação prevista no Título VII do Diploma Básico vigente tem por alvo a realização da justiça social, aduz ser à luz desta que devem lograr compreensão, e serem concretizados, os demais princípios expressos no art. 170 daquele. Corroborando a competência para a edição de regras diretivas, o citado lente exara as seguintes palavras: “No cumprimento dessas diretrizes constitucionais, o legislador e o administrador público são obrigados a agir, na área específica de sua competência, editando normas gerais, expedindo decretos e provimentos administrativos, fiscalizando o cumprimento das normas editadas e sancionando as transgressões”¹⁶.

Os nossos tribunais respaldam essa opinião. Antes mesmo da promulgação da Lei Máxima vigente, já havia o reconhecimento de que a nossa ossatura constitucional consagrara modelo legitimador da interferência do Estado na vida econômica. Deslindando o HC 30.355¹⁷, impetrado por negociante condenado por vender carne verde além do preço constante da tabela, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob o império da Constituição

¹⁵ Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102-103.

¹⁶ *Ibidem*, p. 103.

¹⁷ Ac. un., rel. Min. Castro Nunes, RDA 21/134.

de 1946, denegou a ordem, rejeitando a arguição de que o Decreto-lei 9.125, de 04-04-46, responsável pela disciplina de controle de preços, tornara-se inconstitucional frente ao art. 36, §2º, da Lei Maior recém promulgada, que proibia a qualquer dos poderes estatais delegar atribuições. Na assentada, o Min. Orozimbo Nonato, reforçando as considerações tecidas pelo relator, agregou: “A Constituição vigente permite ampla intervenção estatal na ordem econômica. Há, nesse sentido, uma série de providências que marcam, inequivocamente, que ela não adotou – e nem podia adotar – o anacrônico *laissez faire, laissez passer* em face da ordem econômica”¹⁸.

Em plena operatividade da Constituição de 1988, dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal se afiguram bastantes elucidativos. Durante a apreciação da ADIN 319 – DF, assestada contra dispositivos da Lei 8.039/90, a dispor sobre critérios de reajustes incidentes sobre as mensalidades escolares, restou destacado em trecho da ementa: “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”¹⁹.

O tema foi novamente agitado, desta feita na ADIN 1.081 – 6 - DF²⁰, dirigida contra a MP 524/94, cujo conteúdo se projetou a estabelecer regras para a conversão dos valores das mensalidades escolares para a Unidade Real de Valor (URV), havendo o relator, Min. Francisco Rezek, com finalidade de providencial ironia, rechaçado o argumento da impugnante, no sentido da ocorrência de violação ao postulado da livre iniciativa²¹.

¹⁸ RDA 21/138.

¹⁹ Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 30-04-93, p. 7.563.

²⁰ Pleno, mv, DJU de 03-12-99.

²¹ Disse, na ocasião, S. Ex.^a: “A autora traz à consideração do plenário algumas teses que não me convenceram em absoluto. Primeiro, a inicial insiste na referência a um “princípio do liberalismo econômico” que não consigo encontrar na Constituição do Brasil. Algumas propostas da petição inicial parecem insinuar que o Estado não tem a prerrogativa de legislar a respeito; que o Estado não pode estabelecer normas num domínio a ser regido unicamente pela livre vontade das partes, quando se põem a contratar em caráter privado. Sucede que este plenário já desautorizou semelhante tese”.

Assentado, em bases incontestes, ser lícito ao Estado expedir normas de direção, restringindo ou condicionando, em caráter obrigatório, a conduta dos agentes econômicos, indaga-se: tal competência pode ser manifestada de forma imoderada, sem sujeição a quaisquer limites jurídicos? A resposta será detalhada no próximo tópico.

3 A ATUAÇÃO POR DIREÇÃO E O RESPEITO À LUCRATIVIDADE: A PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA RESTRITIVA

Com o propósito de legar solução ao questionamento esboçado, necessário reavivar que, dentre os chamados princípios fundamentais, previstos no Título I da Constituição, faz-se presente o da livre iniciativa (art. 1º, IV, segunda parte), cuja consagração é ratificada, como já anotado, no art. 170, *caput*, do mesmo diploma.

Levando-se a efeito a dissecação do seu conteúdo, deflui-se da livre iniciativa, num primeiro aspecto, a garantia da liberdade de criação de empresas, ou seja, de livre ingresso no mercado, bem como a sua continuidade neste. Doutra pórtico, assoma à baila a liberdade, conferida em favor dos particulares, de livremente exercerem atividades econômicas, com a limitação da competência administrativa incidente sobre estas.

Da assertiva pode parecer, ao primeiro passar de olhos, a inviabilidade da emissão válida de normas de contenção dos abusos do mercado, de sorte a praticamente infirmar a conclusão obtida no decorrer do tópico anterior. Isto porque a consagração da livre iniciativa, regra geral, eliminaria toda e qualquer atividade regulativa do Estado **sobre** a economia.

Esse inconveniente não ocorre visto que as Constituições hodiernas, promulgadas a partir da metade do Século XX, optaram, na sua grande maioria, pela adoção de modelos que combinam os arquétipos dos Estados Liberal e Social, de forma ser a interpretação insulada de seus dispositivos imprópria para a obtenção de resultados mais satisfatórios. A mais aconselhada maneira de interpretar-se uma norma jurídica, sobretudo quando de porte constitucional, é através da sua consideração como parte de um sistema, representado pela unidade ordenada dos princípios, institutos e regras jurídicas vigorantes em uma dada comunidade.

Constitui fenômeno de presença marcante no constitucionalismo da atualidade o da aparente contradição de princípios postos em um mesmo diploma constitucional. O labor do intérprete, tendente à eliminação de

maltrato à coerência do sistema, recairá na harmonização, quando da composição dos casos concretos, das possíveis antinomias.

Diferentemente das regras, os princípios, ao invés de se notabilizarem pela descrição de uma hipótese e de sua correspondente consequência (dualismo hipótese *versus* sanção), abrigam um valor, possuindo uma dimensão ausente nas primeiras, qual seja a do peso ou da importância. Portanto, ocorrendo uma colisão entre dois princípios, a escolha de qual deles haverá de lograr primazia atenderá ao peso a se conferir a cada uma das diretrizes conflitantes, sem que chegue a excluir qualquer delas do universo sistêmico.

Tornando-se ao objeto deste trabalho, insonegável um aparente confronto entre a livre iniciativa e a justiça social. Enquanto a liberdade de iniciativa poderá conduzir à idéia da impossibilidade de o Estado dispor qualquer restrição à atuação empresarial, a justiça social indica a permissibilidade da disciplina, pelo Poder Público, da atividade econômica, com o intento de tutelar-se o interesse coletivo.

A saída para o embate se reflete na via do balanceamento dos interesses (*bilanciamento degli interessi*), a qual, no dizer de Roberto Bin, configura técnica de “composição de **princípios** que, no caso concreto, encontram-se em contraste (por ex., no aborto, o direito à vida do feto e o direito à saúde da mãe). O balanceamento dos interesses é amplamente empregado por todas as Cortes constitucionais, compreendida a italiana: é baseado sobre critérios de razoabilidade”²².

Tocará, portanto, ao aplicador do direito, administrador ou juiz, proceder a um exame de proporcionalidade ou razoabilidade²³ da norma restritiva da liberdade de iniciativa.

²² “composizione di **principi** che nel caso concreto si torvano in contrasto (per es., nell’ aborto, il diritto alla salute della madre). Il bilanciamento degli interessi è ampiamente impiegato da tutte le Corti costituzionali, compresa quella italiana: è basato su criteri di ragionevolezza”. (*Capire la Costituzione* . 1ª ed. Roma: Editori Laterza, 1998, p. 187-188).

²³ Mesmo não constituindo o objeto central desta pesquisa, gostaria de aduzir que a doutrina, dedicada à investigação do controle dos atos estatais, ora se pronuncia pela identidade conceitual entre razoabilidade e proporcionalidade (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição* . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219-220), ora insiste em gizar sua distinção (Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 280-287). O Supremo Tribunal Federal, no exercício da fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade dos atos dos organismos públicos, tem, com frequência, utilizado ambos termos como equivalentes (Pleno, ADIN 855 – PR, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01-10-93, p. 20.212; Pleno, ADIMC 1.813 – DF, ac. un., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 05-06-98, p. 00002; 1ª T., HC 76.060 – SC, ac. un., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15-05-98, p. 00044). Doravante, para evitar qualquer confusão, utilizaremos apenas o vocábulo proporcionalidade.

Embora se admita que uma liberdade ilimitada é capaz de afetar outros interesses, quer de terceiros, quer da sociedade, ensejando, assim, a sua delimitação, não menos correto é o remate de que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade empresarial, haverá também de movimentar-se mediante lindes precisos, demarcados pela sua proporcionalidade.

Cioso dessa exigência, Hesse²⁴ mostra-nos que a limitação obrigatoriamente terá de satisfazer os seguintes requisitos: a) ser adequada à obtenção do objetivo de interesse público visado; b) resultar necessária, ou seja, quando não se possa, a fim de se alcançar o fim colimado, escolher outro meio igualmente eficaz, mas que prejudique em medida sensivelmente menor o direito fundamental a ser contido; c) ser razoavelmente exigível, cotejada a dimensão da intervenção ante os seus motivos justificadores.

Essa concepção doutrinária, cujo respaldo se origina do texto do art. 19.3 da Constituição Alemã em vigor, ao proclamar que, em nenhuma hipótese, a restrição estatal poderá lesar o conteúdo essencial do direito fundamental, encontra larga possibilidade para a sua transplantação para o nosso ordenamento, em face do art. 5º, LV, e seu §1º, da Constituição de 1988.

Atentas ao problema, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras tigram em zelar pelo respeito à imposição de conjugar as restrições à liberdade de comércio ou indústria com o princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, mostram sem amparo jurídico aquelas limitações desmedidas e desproporcionais, capazes de inviabilizar a continuidade do negócio afetado com a medida restrigente.

Por isso, é que a Corte Constitucional italiana, como indicam Crisafulli & Paladin²⁵, tem predicado: a) não caberem aos programas e controles suprimir a iniciativa privada, mas somente tender a orientá-la e condicioná-la (*Sentenza* 78/1970); b) não deverem os limites que podem ser prescritos chegarem a tal ponto, de sorte a tornar impossível, ou extremamente difícil, a liberdade de iniciativa econômica, sendo suficiente que as restrições precisadas para orientação e coordenação desta encontrem fundamento em regras e critérios razoáveis (*Sentenza* 301/1983).

²⁴ *Significado de los derechos fundamentales. In: Manual de Derecho Constitucional.* Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 110.

²⁵ *Commentario Breve alla Costituzione.* Pádua: CEDAM, 1990, p. 293.

Ainda quanto à aferição dos limites a serem impostos à iniciativa econômica privada, Giovanni Bognetti acentua, com propriedade, que aqueles devem ser predispostos à obtenção dos fins visados pelo constituinte e, de outra parte, à capacidade daquela em constituir a coluna principal do sistema econômico. Sob este último perfil, “trata-se de assegurar ao elemento «privado» da economia não só uma presença no sistema, prevaemente equilibrada nos confrontos com o elemento «público», mas a possibilidade de operar, no seu conjunto, segundo as exigências da produtividade e do lucro”²⁶. Isto demonstra, sem dúvida, que o direito ao lucro não poderá ser eliminado, ou reduzido drasticamente, pela providência voltada a limitar o espaço de ação no mercado.

Alinhada às posições referenciadas, Juan Jorge Papier²⁷, enfocando o tema sob as vestes do *ordo juris* tedesco, deixa claro que, ao afetar as liberdades econômicas da Lei Fundamental, o legislador haverá de respeitar, em todos os instantes de sua tarefa, os lindes demarcados pelo princípio da proporcionalidade ou da interdição de tratamento imoderado.

Tais lições alcançaram sentidas repercussões no solo patrial. Cotejando o direito fundamental da livre iniciativa ante a possibilidade de intervenção diretiva do Estado sobre a economia, Fernando Facury Scaff²⁸ encontra ponto de equilíbrio naquilo que denomina princípio da lucratividade²⁹. Este

²⁶ “si tratta di assicurare all’ elemento «privato» dell’ economia non solo una presenza nel sistema prevalente o almeno bilanciata nei confronti dell’ elemento «público», ma la possibilità di operare, nel suo insieme, secondo le esigenze della produttività e del profitto”. (*Costituzione Economica e Corte Costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 267).

²⁷ *Ley Fundamental y Orden Económico. In: Manual de Derecho Constitucional*. Tradução Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 597

²⁸ Responsabilidade do Estado Intervencionista. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93-94 e 115-116.

²⁹ Essa posição já fora defendida em comentário de Miguel Reale (Responsabilidade Civil do Estado, RDP 87/25), escrito à época da ordem constitucional pretérita, mas que permanece com inegável atualidade, onde é sustentada a responsabilização da União Federal e do extinto IAA, em virtude de prejuízos que a política dirigista destes, levadas a cabo com base no Decreto-lei 3.855/41 e na Lei 4.870/65, acarretaram a terceiros, cuja atividade se voltava à produção de açúcar e álcool. Embora o parecer, quando de sua publicação, não contenha um minucioso relato fático, percebe-se que os fatos se passaram da seguinte forma: considerada a existência de prejuízos, sofridos por cooperativa produtora de açúcar e álcool, em virtude do não satisfatório preço de tais produtos, cuja fixação competia ao Poder Público, fora a autora induzida a, na forma da Res. 63 do BACÊN, tomar empréstimo em dólar, a fim de que pudesse sanear as suas finanças. Não obstante a ocorrência de maxidesvalorização da moeda nacional, o que sobremodo contribuiu para o agravamento das finanças da requerente, bem como de outras empresas na mesma situação, o Poder Público, de forma insensível, absteve-se de permitir a elevação dos preços dos seus produtos, causando-lhe enormes danos. Enfatiza o mestre que, ao exercer sua competência de controle da economia nacional, surge para o Estado, em contrapartida, o dever de propiciar às entidades privadas controladas os meios indispensáveis ao seu sucesso econômico, tais como o justo preço das mercadorias vendidas, empenhando à responsabilidade daquele a conduta, comissiva ou omissiva, que importar em desequilíbrio econômico para os agentes que se encontravam sob o alvo da sua política cogente.

seria o diapasão, cujo respeito, proporciona a preservação da liberdade de iniciativa. Muito embora entenda ser possível a limitação do lucro que, ao invés de dano, constitui medida de ordem econômica, ditada no interesse da manutenção da ordem econômica capitalista, entende que esta condicionante não poderá conduzir os agentes econômicos a saldos negativos de balanço, inviabilizadores da continuidade de sua atuação.

Daí se pode rematar que a observância à proporcionalidade, pela legislação restritiva das liberdades econômicas, estaria em deixar intangível a possibilidade de o empresário prosseguir obtendo lucro com a sua atividade, condição indispensável para a manutenção do seu negócio. Forçar o agente econômico à consecução de prejuízos é o mesmo que violar o conteúdo essencial do direito à liberdade de empresa, enveredando a norma limitativa pela senda do excesso.

Esgrimindo ponto de vista idêntico, Fábio Konder Comparato³⁰ assevera que, a despeito de nosso sistema constitucional não se mostrar infenso à competência estatal de regulação dos mercados, tal atributo é de ser exercido com apreço pelas balizas modeladoras do Estado Democrático de Direito, entre as quais está presente a proporcionalidade³¹.

A veneração à proporcionalidade, aqui posta em realce – é importante uma vez mais frisar –, centra-se no respeito a uma margem mínima de lucro, capaz de garantir a sobrevivência da atividade desenvolvida pelos destinatários da regulação estatal.

Embora de forma paulatina, o Poder Judiciário vem propendendo à verificação de eventuais excessos, em detrimentos de direitos individuais, na edição de normas de política econômica. Num primeiro momento, coevo do conhecido plano cruzado, a 3ª Turma do então Tribunal Federal de Recursos, durante o desate do AI 52.907 – DF³², não obstante manter o despacho atacado, que concluía pelo indeferimento de liminar, chegou a assentar, de forma tímida, possuir relevância o argumento de não ser possível

³⁰ Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115.

³¹ Também Eros Grau, em recente estudo (Comercialização de cigarros. Inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades – interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 160-167, 1999), susteve a tese de que as condicionantes, impostas à livre iniciativa, não se podem dissociar do princípio da proporcionalidade.

³² Ac. un., rel. Min. Assis Toledo, RTFR 162/31.

impor-se à iniciativa privada a venda de produtos abaixo do preço de produção.

Noutra ocasião, retratada no MS 1.043 – 0 – DF³³, impetrado pela Confederação Nacional da Agricultura e outros, no propósito de sanar omissão imputável aos Ministros de Estado da Economia e da Agricultura, tendente à fixação, com base no art. 2º da Lei 8.174/91, de tributação compensatória, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça chegou a esboçar uma tendência em prol da proteção à lucratividade. Cuidava-se da autorização para a importação de 700.000 toneladas de trigo dos Estados Unidos da América, cujo preço de ingresso no território nacional era inferior ao de custo dos produtores brasileiros. Os votos dos Ministros Garcia Vieira, Peçanha Martins e Gomes de Barros, a despeito de minoritários, enfatizaram que a omissão quanto à fixação do tributo adicional poria grave risco à livre concorrência, consagrada no art. 170, IV, da CF, ocasionando sérios prejuízos aos agricultores nacionais. Prevaleceu o entendimento de que, colimando a medida proteger o interesse nacional, evitando a escassez do referido produto, bem como contendo eventual reajuste do seu preço, tal ato estaria imune ao exame jurisdicional.

Os louváveis pronunciamentos vencidos, por seu turno, serviram para respaldar o remate embrionário de ser lícito aos agentes econômicos, na hipótese representados por setores da agricultura, impugnar a intervenção estatal, comissiva ou omissa, na economia quando seja hábil a conduzi-los a resultados ruinosos em sua atividade.

Passado um lustro, o Superior Tribunal de Justiça, em notável evoluir de sua jurisprudência, assentou, sem deixar pendente qualquer dúvida, ser indevido ao Estado, na execução de sua política econômica, impingir ao particular condutas que importem em prejuízos. Cuidava-se do MS 6.166 – DF, impetrado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Pará contra ato dos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia, no intento de evitar os efeitos da Portaria Interministerial 324/98 que, liberando os preços de venda em varejo de combustíveis em todo o Brasil, fixara, no que concerne aos Estados sítos à Região Amazônica, preços máximos, os quais reduziram as margens de lucros dos comerciantes a valores impraticáveis. Assim, decidiu-se: “ *II – A Portaria 324/98,*

³³ Mv, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 21-03-94, p. 5.425.

em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95”³⁴.

4 PALAVRAS FINAIS

Ultimando nossa análise, segue a mensagem de que a intervenção diretiva do Poder Público sobre a economia, manifestada no propósito de resguardar o interesse da coletividade, embora premissa irrefutável, mesmo sob a aura do denominado Estado mínimo, não assoma à ribalta irrestrita. Diversamente, haverá de pautar-se pela trilha do princípio da proporcionalidade (e suas elementares necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), não podendo privar o empresário da obtenção de uma margem mínima de lucro, indispensável à subsistência de sua atividade. Com essa não suprimível cautela, resguarda-se a contento o substrato essencial do direito ou liberdade fundamental atingida.

³⁴ 1ª Seção, ac. un., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 06-10-99. Do voto do relator, acolhendo parecer ministerial, consta a seguinte passagem: “Na hipótese, as próprias informações reconhecem que o tabelamento reduziu os lucros dos retalhistas a limites incompatíveis com a atividade econômica. Admitem mais, que em algumas situações, os preços de revenda superam os custos da mercadoria. Ora, o comércio, como atividade econômica, tem como escopo o lucro. Forçar o comerciante a vender com lucro insuficiente é condená-lo à insolvência; compeli-lo a vender abaixo do valor de custo é proibi-lo de comerciar. A Lei 8.175 outorga competência ao Ministro da Fazenda, para baixar normas reguladoras dos preços. Como bem assinala o Senhor Ministro da Fazenda, “O ato de fixar limites máximos de preços de combustíveis insere-se no poder que tem o Estado de atuar na ordem econômica, que apesar de fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, deve assegurar também os interesses do consumidor quanto aos preços que regula a concorrência em questão de acordo com cada combustível específico e seus derivados, além de outros bens e serviços.” (fls. 66). Forçar a venda de mercadorias, mediante preços inferiores aos respectivos custos não é – *data venia* – assegurar os interesses do consumidor. Pelo contrário, é impossibilitar-lhe o abastecimento, pela falência dos comerciantes que o ministram. Não tenho dúvida em afirmar que, em fixando preços inferiores aos custos, os Senhores Ministros impetrados ultrapassaram os limites de suas atribuições. Por outro lado, a Portaria 324/98, quando estabeleceu preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95”.

A Relação Jurídica Pré-processual

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Juiz Federal (Substituto) da 10ª Vara da SJ/PE

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à análise da relação jurídica pré-processual, entendida como a relação existente entre o Estado e o particular, antes da instauração do processo, mas decorrente do direito de acesso aos Tribunais (um dos aspectos do direito de acesso à justiça).

Com efeito, a doutrina reconhece que o processo surge com a apresentação da demanda, aperfeiçoando-se com a citação válida, que lhe atribui a angularidade (ou triangularidade, dependendo da teoria adotada) que lhe é característica. Representa, portanto, a relação decorrente do exercício da pretensão à tutela jurisdicional.

O direito de ação, contudo, é conferido em um momento anterior, cujo termo inicial ainda é alvo de polêmicas. Para alguns, é direito de personalidade, surgindo concomitantemente com cada pessoa física ou jurídica; para outros, depende do preenchimento de certas condições (as condições da ação: via de regra, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido), não se confundindo com o direito de acesso aos Tribunais, este sim incondicionado e atribuído a todos indistintamente.

De qualquer modo, entre o surgimento da ação e o seu exercício há um período de latência, no qual existe uma relação jurídica (vez que preenchidos os requisitos da hipótese de incidência da norma jurídica atributiva de ação) que não se confunde com o processo. Em função de sua anterioridade, utiliza-se a terminologia “relação pré-processual”.

Se há relação jurídica e direito subjetivo (de ação ou de acesso aos Tribunais, conforme o caso), há igualmente dever jurídico, embora a doutrina processual não retire todas as consequências possíveis desta assertiva.

O presente ensaio, portanto, tem o fito de analisar a relação jurídica pré-processual do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, utilizando as ferramentas desta disciplina geral para estabelecer a estrutura daquela relação, isolando seu polo passivo e analisando o conteúdo do dever jurídico por ela estabelecido.

1 A RELAÇÃO JURÍDICA

1.1 A PERSPECTIVA DA TEORIA GERAL DO DIREITO

“A Teoria Geral do Direito é uma parcialização metódica do conhecimento jurídico”, é “um nível de gênero supremo, mas ainda no interior do conhecimento jurídico da Ciência do Direito”, como afirma o professor Lourival Vilanova.¹

A Teoria Geral do Direito analisa as categorias jurídicas fundamentais, abstraindo os elementos específicos que lhe atribuem pertinência a determinado ramo jurídico. Não indaga, portanto, pela relação de tributação, de compra e venda, de busca e apreensão, de desapropriação, pois não invade a matéria específica do Direito Tributário, Civil, Processual, Administrativo ou qualquer outro. Atém-se aos conceitos gerais (aplicáveis a todos os ramos), ainda inclusos no universo jurídico.

Não se busca, na Teoria Geral do Direito, explicações sociológicas do fenômeno jurídico, como o faz Carnelutti.

Como cediço, parte o mestre italiano da noção de conflitos de interesses, da qual deriva o conceito de lide, fundamental para a análise de sua concepção do processo.

“Um objeto jurídico é, pois, uma porção de realidade em que se descobre um comando destinado à composição de um conflito intersubjetivo de interesses”, diz o professor de Milão.²

A realidade jurídica se decomporia em três elementos: o físico, consistente em uma pluralidade de pessoas e uma ou mais coisas; o econômico, que se traduz no conflito de interesses; e o psicológico, que corresponde a um poder ou dever das pessoas.

¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : LEJUS, 1999, p. 225.