

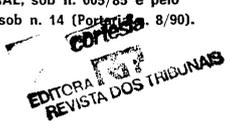


RD
PI

Revista de Direito Público

ISSN 0034-8015

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob n. 005/85 e pelo
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob n. 14 (Portaria n. 8/90).



Nº 97 — JANEIRO-MARÇO DE 1991 — ANO 24

do, como um ser supra empírico, racionalmente incognoscível, distinto da soma de seus membros, mas ao contrário identifica no Estado apenas a ordenação ideal da conduta recíproca dos indivíduos. O Estado está constituído por homens, não vive senão neles e por eles, e não é mais do que uma ordem específica da conduta humana. A teoria política deste tipo (democracia) poderia resumir-se nesta fase — o Estado somos nós. E conclui magistralmente: "Na tendência antiideológica, cuja finalidade é um conhecimento objetivo e isento de posições axiológicas, em que se realce a relatividade de todos as antíteses aparentemente absolutas, a Teoria Jurídica, Política e Social do tipo democrático se revela em seu verdadeiro caráter como teoria social científica por excelência; ... Só o tipo democrático é capaz de julgar objetivamente a forma estatal que lhe está ordenada e, o que é mais importante, apenas ele tem inclinação a fazê-lo. ... que se sente interiormente inclinado à democracia, encontra-se mais capaz de elaborar uma concepção puramente científica do Direito, do Estado e da Sociedade, do que aquele cujo caráter pende para o sentido da autocracia e, portanto, para uma atitude tipicamente ideológica". (In *Essência de Valor da Democracia*, México, Ed. Nacional, p. 153.)

E, no que diz respeito ao próprio estudo dos valores (lembramos mais uma vez que Hans Kelsen jamais negou a possibilidade dos estudos axiológicos, embora fora do âmbito da Ciência do Direito), encontramos lúcidas reflexões, como estas: "A questão decisiva consiste em se crer em um valor e, conseqüentemente, em uma verdade e em uma realidade absolutas, ou se pensamos que o conhecimento humano não é acessível senão a valores, verdades e realidades relativas. ... Mas se decla-

ramos que a verdade e os valores absolutos são inacessíveis ao conhecimento humano, há de considerar-se ser possível não só a própria opinião, mas também a alheia e ainda a opinião contrária. Por isso a concepção filosófica que pressupõe a democracia é o relativismo. ... Por isso também, o poder majoritário da democracia não se realiza sem uma minoria opositora que deve ser necessariamente protegida". (Idem, p. 156-157). E arremata: "A relatividade do valor de qualquer fé política, a impossibilidade de que nenhum programa ou ideal político pretenda validade absoluta (apesar da desinteressada dedicação subjetiva e a firme convicção pessoal de quem professa esse valor), induzem imperiosamente a renunciar ao absolutismo em política: seja o absolutismo de um monarca, de uma casta sacerdotal, aristocrática ou guerreira, de uma classe ou de qualquer grupo privilegiado". (Idem, p. 157.)

Eis, portanto, a concepção democrática do Estado dentro do pensamento kelseniano. Assim podemos compreender, com segurança e clareza, a razão do esforço que faz Kelsen para purificar o Direito de qualquer elemento de cunho ideológico. O direito torna-se dessa maneira passível de estudos rigorosamente científicos. A organização estatal confundindo-se com a própria organização jurídica, é também passível de observações científicas. Mas o conhecimento científico é relativo, pois a posição do cientista é sempre crítica. Os seus valores são naturalmente relativos. Ao estudar a organização do poder, a sua visão parte de uma concepção relativista dos valores. E o regime democrático constitui a única forma que possibilita as garantias de uma ciência cujo único compromisso é com a verdade, de uma ciência liberta de qualquer traço ideológico.

João Pessoa, 5 de março de 1990.

REGIME CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE PREÇOS NO MERCADO

FABIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
— Doutor em Direito da Universidade de Paris

1. O fundamento constitucional das restrições à liberdade de empresa: 1.1 A liberdade de empresa como princípio constitucional; 1.2 A constitucionalidade das restrições à liberdade de empresa; 1.3 A lição do Direito Constitucional Comparado. 2. Os limites constitucionais ao controle público de preços no mercado: 2.1 A legalidade; 2.2 A igualdade; 2.3 A proporcionalidade.

Eis uma questão que pertence, indubitavelmente, ao **novo Direito Constitucional**, entendida essa novidade não só em termos de matéria jurídica, como ainda de metodologia interpretativa. A questão do controle de preços ou, de modo geral, da chamada intervenção do Estado no domínio econômico é, como ninguém ignora, totalmente estranha à **matéria constitucional** do Estado liberal, onde as Constituições reduzem-se à organização dos Poderes Públicos e à declaração dos direitos individuais. Por isso mesmo, as teorias hermenêuticas clássicas, vigentes no direito constitucional do liberalismo, tendiam, todas, ao estabelecimento de critérios neutros ou abstratos de compreensão das normas e julgamento dos litígios.

No Direito Constitucional norte-americano, p. ex., cuja influência tem sido determinante em todo o Ocidente e mesmo no Japão, predominam, ainda, apenas duas teorias em matéria interpretativa: a histórica e a neutralista.

De acordo com a primeira delas, o objetivo último do intérprete deve ser o de excogitar, do modo mais claro possível, os verdadeiros intuídos dos Pais

Fundadores, quando redigiram o texto constitucional. O julgador deveria, portanto, se aproximar da Carta Magna com o mesmo religioso respeito com que um fiel lê a Bíblia. A sacralidade de ambos os textos coloca-os sempre fora e acima das vicissitudes da história humana.

Segundo a teoria da neutralidade interpretativa, o julgador há de pautar o seu raciocínio decisório por princípios "neutros" e gerais, entendendo-se essa neutralidade como o maior distanciamento possível das correntes de opinião — política, econômica ou religiosa — prevalentes no momento histórico em que ocorre o julgamento.¹

É óbvio que essa metodologia hermenêutica abstrata passou a ser duramente contestada pela realidade dos fatos, no curso deste século, e que ela é francamente inepta para servir como instrumento de compreensão e aplicação do sistema constitucional do pós-liberalismo.

Com o advento das Constituições sócio-economicamente definidas, a partir da Primeira Guerra Mundial — as chamadas "Constituições dirigentes", co-

mo as denominou um autor² — o intérprete já não pode limitar a sua tarefa intelectual ao trabalho de pôr em foco o pensamento do constituinte (sobretudo quando este viveu em época anterior à Revolução Industrial, como é o caso dos Pais Fundadores da União norte-americana). Ademais, não faz sentido afetar uma posição de prudente neutralidade diante de textos que apontam agora, claramente, para objetivos a serem obrigatoriamente alcançados, seja qual for a opinião política ou a ideologia dominante no momento.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo na linha inaugurada em 1934, aparta-se, nitidamente, do modelo liberal clássico. O legislador ordinário já não é soberano em matéria de política econômica ou social, mas deve pautar suas decisões legislativas pelos princípios e diretrizes constantes do texto constitucional. Tais princípios e diretrizes não são apenas de caráter negativo, fixando limites intransponíveis à ação legislativa. Eles impõem, também, tanto ao administrador público quanto ao próprio legislador, um comportamento positivo, dirigido à consecução de objetivos determinados e ao desenvolvimento de programas de ação no campo social e econômico.

Neste sentido, já não cabe tratar a regulação estatal das atividades empresariais como mera intervenção — excepcional e temporária — do Estado no campo econômico privado, mas como o desempenho ordinário de um dever constitucional. É óbvio, porém, que a legitimidade dessa ação estatal reguladora da vida econômica privada dependerá sempre do criterioso respeito aos objetivos e princípios fundamentais fixados na Constituição.

Desenvolvamos, pois, sucessivamente, ambas essas afirmações, a fim de melhor definirmos o regime constitucional em matéria de controle público de preços no mercado.

1. O Fundamento Constitucional das Restrições à Liberdade de Empresa

1.1 A liberdade de empresa como princípio constitucional

O valor social da livre iniciativa (CF, art. 1.º, IV), um dos fundamentos da ordem econômica nacional (art. 170), é um princípio constitucional positivo. Como tal, ele exerce duas importantes funções em nosso sistema constitucional: a integradora e a genética. De um lado, todas as normas constantes do sistema de legislação ordinária, no campo econômico, devem ser interpretadas e harmonizadas à luz desse princípio. De outro lado, no exercício de sua competência própria, o legislador tem o dever de explicitar o princípio constitucional em normas adequadas, que lhe dêem substância e efetividade.

Mas a expressão "liberdade de iniciativa" comporta um duplo sentido e exige uma precisão conceitual preliminar.

Estamos, aí, diante de uma liberdade propriamente dita e não de um direito subjetivo público.³ A distinção não tem, apenas, um cunho teórico, mas é de óbvia importância prática no meio empresarial brasileiro, tradicionalmente inclinado à obtenção de privilégios, estímulos e subvenções. Especificamente, no caso da liberdade de iniciativa, o que o seu titular pode exigir de outrem é uma geral abstenção: abstenção do Estado e também dos particulares, sejam eles empresas concorrentes ou não.

Essa situação de autodeterminação, característica da liberdade, não diz respeito aqui à atividade econômica em geral, mas especificamente à atividade empresarial, isto é, à organização autônoma dos meios de produção para o mercado.

Ela se manifesta, ademais, como foi dito acima, sob um duplo aspecto.⁴ Garante-se, de um lado, a livre criação ou

fundação de empresas, ou seja, a liberdade de acesso ao mercado (art. 170, parágrafo único). Neste sentido, no regime da Constituição de 1988, os monopólios públicos existem tão-só quando especificamente declarados no texto constitucional, não mais se admitindo a criação de monopólios estatais por meio de lei, como sucedia na vigência das Cartas Constitucionais anteriores. Mas protege-se também, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado. Corolário desta outra manifestação da liberdade empresarial é não só a interdição dos trusts e cartéis que importem na eliminação de concorrentes (art. 173, § 4.º), mas também a vedação de uma interferência estatal abusiva, que implique, senão como objetivo, pelo menos como resultado, a impossibilidade prática de continuidade da atuação de certas empresas no mercado.

1.2 A constitucionalidade das restrições à liberdade de empresa

A supressão da liberdade empresarial, porém, não se confunde, de modo algum, com as restrições de natureza pública ao exercício dessa liberdade, as quais visem à realização dos valores ou finalidades superiores, igualmente expressos como mandamentos constitucionais.

A Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deve assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, caput).

É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170,

a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

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. Os princípios constitucionais têm, todos, uma eficácia direta e imediata, quando mais não seja, como se declara na Constituição espanhola de 1978 (art. 53, 3), pelo fato de enforcarem e conformarem a legislação ordinária, o julgamento dos tribunais ou a atividade administrativa pública.

É nesse contexto normativo que deve ser entendida e analisada a competência estatal para o controle de preços no mercado, controle esse que pode se manifestar, de modo geral, quer pelo estabelecimento de valores mínimos, quer pela fixação de quantias máximas. Na primeira hipótese, objetiva-se a proteção do produtor; na segunda, a do consumidor. A política de preços mínimos é geralmente aplicada para estimular a atividade econômica, em épocas recessivas; a de preços máximos, ao contrário, constitui instrumento clássico de luta contra surtos inflacionários. Não há dúvida que a disposição constante do art. 187, II, da Constituição, relativa à política agrícola, refere-se à fixação de preços mínimos para o produtor rural. Por outro lado, dentre as medidas que, classicamente, melhor protegem o consumidor final (art. 170, V) ressalta, indubitavelmente, a estabilização forçada de preços de mercadorias e serviços.

Pode ainda suceder que essa intervenção estatal no mercado em matéria de preços faça-se pelo modo mais brando da mera fiscalização e acompanhamento, sem que haja imposição administrativa. Daí o recorrente questionamento deste último método de intervenção estatal na economia, à luz dos dispositivos constitucionais.

Observe-se, de início, que a tese da inconstitucionalidade absoluta do controle de preços pelo Estado limita-se à política de estabilização, ou fixação de preços máximos. Nenhum dos propugnadores dessa tese jamais ousou sustentar que a política de preços mínimos, digamos, para os produtores rurais, violaria a Constituição. Ora, para que o argumento seja coerente, é óbvio que a interpretação do texto constitucional deve estender-se, nessa matéria, a todo e qualquer controle de preços, pois sob qualquer manifestação que este apareça há uma inegável restrição à liberdade empresarial. Aliás, como se verá logo abaixo, foi em torno de uma política de preços mínimos para produtos rurais que se feriram, nos Estados Unidos, as grandes batalhas judiciais sobre a constitucionalidade do controle de preços.

A Constituição vigente não legitima a tese condenadora de toda política de fixação de preços no mercado. O art. 174, freqüentemente citado como esteio dessa interpretação, na verdade não a conforta. A norma constitucional aí contida principia pela redobrada declaração de que o Estado é "agente normativo e regulador da atividade econômica". Não se limita, pois, às tarefas de fiscalização e incentivo, logo adiante enunciadas. Seria, de resto, incompreensível que a atividade de fiscalização se fizesse no vácuo, isto é, sem referência a normas ou regramentos anteriormente editados. Por outro lado, o que é meramente indicativo para o setor privado é o planejamento, não, ob-

viamente, a atividade normativa e reguladora do Estado. De outro modo, estaríamos diante de uma autêntica *contradictio in adiecto*, com a edição de normas que não seriam normas, mas meros conselhos ou advertências.

Planejamento não se confunde com a regulação, em geral, da atividade econômica. Pode haver planificação sem imposição normativa — é o caso do planejamento praticado na França, a partir de 1945 — e regulação da atividade econômica sem planejamento, isto é, sem o estabelecimento de programa global de atividades, com a fixação de objetivos e a escolha dos meios ou instrumentos apropriados.

1.3 A lição do Direito Constitucional Comparado

Uma visão comparativa do Direito Constitucional, no mundo de hoje, confirma plenamente a interpretação de que o controle de preços não é um instituto aberrante no sistema da Constituição brasileira em vigor.

Tomemos, p. ex., o modelo de Constituição clássica, elaborada mais de um século antes da criação do chamado dirigismo estatal: a norte-americana. Ne-la não se encontra nenhuma norma que, claramente, atribua competência ao Estado para restringir a liberdade empresarial, a não ser a vaga disposição da Section 8, dando poderes ao Congresso "to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes". Obviamente, cuidou-se aí de fixar a competência legislativa da União Federal, em matérias que transcendem o interesse e o território de cada Estado federado, individualmente considerado. Nada autorizaria o Judiciário a identificar daí um poder de intervenção estatal na economia, sobretudo no âmbito meramente estadual.

No entanto, no *leading case* *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502, 54 S.Ct. 505, 78 L.Ed. 940, 1934), a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou a impugnação de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York, a qual fixou preços mínimos para o leite, com o objetivo de assegurar um "rendimento razoável" (*reasonable return*) aos produtores e comerciantes.

Em *Munn v. Illinois*, decidido em 1877, a Suprema Corte já se havia pronunciado favoravelmente à constitucionalidade de leis limitadoras da atividade de empresas de interesse público (*public utilities*). Sustentou-se, então, em *Nebbia v. New York*, que tal precedente era inaplicável à espécie, uma vez que a indústria do leite não podia ser considerada de interesse público.

Respondendo a esse argumento, declarou o Supremo Tribunal: "There is no closed class or category of businesses affected with a public interest, and the function of courts in the application of the Fifth and Fourteenth Amendments is to determine in each case whether circumstances vindicate the challenged regulation as a reasonable exertion of governmental authority or condemn it as arbitrary or discriminatory. The phrase 'affected with a public interest' can, in the nature of things, mean no more than that an industry, for adequate reason, is subject to control for the public good. (There) can be no doubt that upon proper occasion and by appropriate measures the state may regulate a business in any of its aspects, including the prices to be charged for the products or commodities it sells."⁶

A seguir, formulando a sua interpretação geral da Constituição, no tocante ao problema da regulação estatal da atividade econômica, declarou o Tribunal que "o uso de bens e a celebração de contratos, embora protegidos da intervenção governamental, estão sujeitos à

regulação no interesse comum". "No que concerne às matérias incluídas em sua jurisdição", prosseguiu, "os Estados Unidos, assim como os Estados federados, têm um poder implícito (*inherent power*) para promover o bem-estar geral. A quinta e a décima-quarta emendas não proíbem a regulação governamental para a promoção do bem-estar geral, mas apenas requerem que os métodos sejam coerentes com o devido processo jurídico (*due process of law*)".

Especificamente quanto a esse ponto, declarou o relator em seu voto: "So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy, or when it is declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied. (If) the legislative policy be to curb unrestrained and harmful competition by measures which are not arbitrary or discriminatory it does not lie with the courts to determine that the rule is unwise. With the wisdom of the policy adopted, with the adequacy or practicability of the law enacted to forward it, the courts are both incompetent and unauthorized to deal".

Como se vê, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com as reservas que serão analisadas e desenvolvidas a seguir, rejeitou a tese extremada de que o controle de preços fosse uma medida inconstitucional em si mesma.

A mesma conclusão chegaram os tribunais de vários Países da Europa Ocidental, cujas Constituições seguem o modelo liberal.

Na França, p. ex., a Constituição de 1958, tirante a incorporação dos direitos fundamentais de natureza social, explicitados na Carta Política de 1946, limita-se, segundo a tradição liberal, a regular a organização e o funcionamento dos Poderes Públicos, sem conter uma só disposição sobre a ordem econômica ou social. No entanto, o Conselho Constitucional, em acórdão de 1982 (n. 82/145), julgou conforme à Constituição uma lei de 30 de julho do mesmo ano, a qual estendeu o campo de incidência do bloqueio de preços, cuja possibilidade de decretação pelo Ministro das Finanças havia sido estabelecida por uma ordenação de 1945. A única *quaestio iuris* que suscitou maiores discussões, no tribunal, foi a via seguida para esse bloqueio de preços — lei, ao invés de regulamento — tendo em vista a nítida separação de matérias que podem ser objeto de um ou de outro desses diplomas normativos, no texto constitucional de 1958. O tribunal considerou que “la Constitution n’a pas entendu frapper d’inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi”.

Da mesma forma, na Alemanha Federal, o Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE, 8, 328 ss.) considerou conforme à Constituição de 1949 a lei de preços (*Preisgesetz*) do ano anterior, a qual atribuía ao Governo Federal uma ampla competência para fixar preços em quaisquer setores. Entendeu o tribunal que essa atribuição de competência normativa ao Poder Executivo não violava a norma do art. 80, primeira alínea da *Grundgesetz*, que exige, em tais leis autorizadas, uma precisa determinação do conteúdo, da finalidade e do alcance dos poderes normativos atribuídos à Administração Pública. Estabeleceu-se assim, de certa forma, controvérsia análoga à que veio a ser suscitada na França, alguns anos depois: a questão da competência ra-

tionne *materiae* suplantou a de se saber se o controle de preços é, em si mesmo, contrário à Constituição.

Ainda na Alemanha, o Tribunal Administrativo Federal julgou constitucional as disposições da *Währungsgesetz*, as quais exigiam a autorização do Banco Central para a validade de todos os contratos que contivessem cláusulas de indexação de preços. Entendeu o tribunal que tal poder era necessário ao Governo para a defesa da estabilidade da moeda.⁷

Na Itália, a Constituição de 1948 dá amparo mais explícito às políticas de restrição da atividade empresarial, notadamente em matéria de fixação de preços, na medida em que o art. 41, alínea 3 declara que “la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”. A Corte Constitucional sempre considerou admissível o controle de preços, desde que observados os limites e exigências necessários para evitar o abuso de poder. No entanto, vale assinalar que as últimas decisões jurisprudenciais na matéria preferem fundar-se não no dispositivo citado, mas na alínea 2 do mesmo art. 41 da Constituição, contendo a proibição de que a atividade econômica privada se desenvolva “in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.⁸ Vê-se, portanto, que, mesmo desenvolvendo uma argumentação de natureza francamente liberal ou antiintervencionista, os tribunais italianos reconhecem que os Poderes Públicos são constitucionalmente autorizados a fixar preços no mercado.

Não resta dúvida, por conseguinte, que o controle público de preços no mercado não pode ser considerado, em tese, como uma medida violadora da ordem constitucional econômica.

Tal não significa, porém, como é óbvio, que todo e qualquer tipo de controle de preços seja conforme à Constituição. Não se pode esquecer que a liberdade empresarial é, entre nós, um princípio constitucional positivo. Ora, as restrições às liberdades fundamentais são consideradas legítimas, unicamente quando preenchem, de modo estrito, requisitos formais e substanciais bem definidos.

E o que se passa a expor.

2. Os Limites Constitucionais ao Controle Público de Preços no Mercado

A liberdade de empresa — já foi salientado — é princípio que exerce uma dupla função — integradora e genética — no sistema constitucional.

Mas há várias espécies de princípios constitucionais, cuja classificação pode fazer-se de acordo com o critério hierárquico, ou segundo os efeitos específicos de cada um deles.

Nem todos os princípios constitucionais, com efeito, situam-se no mesmo nível positivo. Alguns sobrelevam a outros, pela sua importância ou abrangência. Na generalidade das Constituições contemporâneas, p. ex., os princípios da ordem econômica e social, ainda quando explicitados no texto normativo, consideram-se subordinados, todos eles, aos princípios fundamentais da soberania popular e do respeito aos direitos humanos.

Quando se trata de princípios constitucionais colocados no mesmo nível hierárquico, o postulado da harmonia geral do sistema impõe sempre uma interpretação que os compatibilize entre si, não se podendo admitir leituras exclusivistas do texto constitucional. Assim, p. ex., para nos atermos ao art. 170 da Constituição brasileira de 1988, é evidente que a liberdade de iniciativa

ou de concorrência empresarial não pode ser erigida em absoluto, a ponto de levar a prejudicar, em seu exercício, os interesses do consumidor, a busca do pleno emprego, ou a defesa do meio ambiente. Cuidando-se de princípios situados no mesmo nível de importância, na escala hierárquica constitucional, o raio de eficácia de cada um é forçosamente limitado pelo dos demais.

Por outro lado, mesmo no campo limitado da ordem econômica, é preciso não esquecer que a enumeração de princípios, constante do citado artigo de nossa Constituição, assim como a declaração dos valores fundamentais da livre iniciativa e do trabalho humano, acham-se subordinadas aos ditames da justiça social, sendo esta, indubitavelmente, o critério supremo nessa matéria.

Tudo isso justifica, fundamentalmente, a admissibilidade de restrições — interpretativas ou legislativas — à aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica, ao mesmo tempo em que dá a medida da legitimidade dessas restrições. A liberdade empresarial, como se disse, não pode ser tomada em sentido absoluto, o que equivaleria a desvincular a ordem econômica, como um todo, da diretriz superior da justiça social. Mas as restrições necessárias ao exercício dessa liberdade não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-la em concreto.

No que tange, especificamente, à restrição à liberdade empresarial, substanciada no controle público de preços no mercado, já se formou um razoável consenso, na doutrina e na jurisprudência, quanto aos limites dentro nos quais essa restrição é considerada legítima. Eles são de três ordens: a legalidade, a igualdade e a proporcionalidade.

Examinemo-los, um a um.

2.1 A legalidade

A exigência de que todo processo de controle de preços se desenvolva de acordo com a lei não deriva, unicamente, do princípio geral inscrito no art. 5.º, II da Constituição, mas também, especificamente, da regra constante do art. 174. O Estado, com efeito, somente poderá exercer o seu poder normativo de polícia, no quadro geral para tanto fixado em lei.

Entendamos, precisamente, o alcance dessa exigência.

Quando se fala em "quadro de legalidade", não se está fazendo referência à lei em sentido formal, isto é, a toda e qualquer norma votada pelo órgão legislativo existente, na circunstância. O controle da legalidade dos atos administrativos toma o princípio da separação de Poderes em seu aspecto substancial de divisão de funções políticas e pressupõe, por isso mesmo, uma noção substancial de leis, como norma geral e abstrata, votada pelo legislador legítimo, que é o representante do povo. A lei é, nesse preciso sentido, uma expressão da soberania popular, inconfundível com os atos de governo.

O conceito clássico de Estado de Direito funda-se, exatamente, nessa distinção funcional entre o legislador e o administrador público, ou o juiz; entre o criador da regra de direito — geral e abstrata, perante a qual todos são iguais — e o seu aplicador com poder de império sobre pessoas determinadas, ou seja, o magistrado, no sentido romano do termo.

Nos regimes constitucionais que adotaram a separação de Poderes como princípio fundamental — é o caso brasileiro (CF, arts. 2.º e 5.º, II) — o controle público de preços não pode ser instituído por regulamentos administrativos autônomos, decretos-leis, medidas provisórias, ou simples leis de circunstância. Para que essa restrição à liber-

dade empresarial seja admitida como legítima, é mister que ela se desenvolva nos limites previamente definidos — de forma geral e permanente — pela lei: no caso, naturalmente, uma lei complementar.

Essa conclusão interpretativa é singularmente reforçada, entre nós, pela norma específica do art. 174 da Constituição, a qual enfatiza que o poder estatal de polícia e de política econômica no sentido amplo⁹ — seja ele de caráter normativo, fiscal ou repressivo — há de exercitar-se "na forma da lei".

O art. 174 da Constituição brasileira cuida tanto do poder de polícia administrativo, quanto da política ou programação econômica estatal, esteja esta incluída ou não no quadro do planejamento; ou seja, em termos práticos, trate-se de política de conjuntura ou de estrutura.

Se o quadro legal, delimitador das restrições constitucionalmente admissíveis à liberdade empresarial, não foi fixado em lei complementar, qualquer intervenção pontual do Estado na atividade econômica privada, ainda que votada pelo Congresso Nacional, carece de legitimidade constitucional.

Seja como for, essa lei geral há de fixar limites ou confins para a ação administrativa no campo da formação de preços no mercado. Uma lei que se reduziu à atribuição de poderes ilimitados ao Governo para reduzir a liberdade de empresa pecaria duas vezes contra o sistema constitucional. De um lado, esse **bill** de plenos poderes não seria mera restrição à livre iniciativa, ou livre permanência no mercado, mas sim supressão dessa liberdade. De outro lado, o legislador teria cometido, com uma tal lei, uma evidente delegação de poderes, proibida pela Constituição.

É inadmissível, por conseguinte, que o Congresso vote lei atribuidora de amplos poderes ao Executivo para fixar ou bloquear quaisquer preços como bem

entender, ou para fazê-lo sem limitação de tempo. Isto não é, a todas as luzes, compatível com o regime constitucional de separação de Poderes e de garantia à liberdade de empresa.

É de suma importância assentar que, no regime da Constituição brasileira de 1988, não há direitos fundamentais desprovidos de garantia, máxime em se tratando de liberdades.

As garantias próprias das liberdades fundamentais não se confundem com estas, mas formam um instituto constitucional distinto. Como bem explicou o Prof. Jorge Miranda, "as liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa; as liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias, modos de organização ou de atuação do Estado; as liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado". Em suma, os direitos fundamentais **declaram-se**, as garantias **estabelecem-se**.¹⁰

Há outras espécies de garantias constitucionais dos direitos e liberdades, além das judiciárias. A existência de lei anterior é uma delas, e isto não apenas no campo penal ou tributário. Em matéria de regulação estatal das atividades econômicas, a qual importe restrição à liberdade empresarial, a prévia edição de lei delimitadora dessas restrições é uma garantia constitucional de preservação da livre empresa. E tal lei, pela própria natureza de seu objeto — a regulação de uma liberdade fundamental — só pode ser complementar. É indispensável que o órgão legislativo ordinário, ao desenvolver e desdobrar um mandamento constitucional desse tipo, atue de forma a exprimir uma vontade claramente majoritária (CF, art. 69).

Por tudo isso, percebe-se a suprema incongruência de se regularem preços no mercado por meio de regulamentos

administrativos, ou medidas provisórias, sem apoio em uma lei geral delimitadora da ação governamental no setor.

Vale a pena salientar que no Direito Constitucional italiano — de onde importamos o instituto das medidas provisórias com força de lei — já se salientou que o Governo não pode, por via de tais decretos, criar situações economicamente irreversíveis, caso o Parlamento desaprove as normas editadas pelo Executivo;¹¹ pois isto significaria uma usurpação da função legislativa pelo Governo. A hipótese apontada na doutrina italiana é, justamente, a de fixação de preços no mercado. Como voltar atrás e repor as partes em miríades de contratos, do mais variado tipo, na exata situação anterior a um bloqueio de preços? É óbvio que uma medida dessa ordem, provocando vasta repercussão em toda a economia nacional, representa da parte do Governo uma pressão abusiva sobre o Legislativo, que facilmente abre mão do seu poder-dever constitucional de rever as normas assim editadas, a fim de não abalar ainda mais o conturbado mercado.

2.2 A igualdade

Corolário do princípio da legalidade, tal como acima explicado, é a igualdade de todos perante a lei. A lei em sentido substancial, isto é, a norma geral e abstrata, põe todos os sujeitos por ela abrangidos em posição de igualdade. O próprio da lei é regular situações objetivas, ou categorias de indivíduos, não casos particulares e pessoas nomeadas.

No terreno das restrições às liberdades constitucionais, porém, essa exigência de igualdade não deve ser apenas tomada no sentido formal que acaba de ser lembrado. Ela implica, também, a necessária **equanimidade** dos efeitos legais; vale dizer, o tratamento dos su-

jeitos de direito de acordo com as reais condições de situação econômica de suas respectivas categorias.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão é muito esclarecedora nesse particular.¹² Julgando o caso de uma regulação concernente à indústria do leite, em que a repartição dos custos econômicos conseqüentes à aplicação das medidas estatais foi muito desigual entre os produtores e distribuidores do produto, julgou o tribunal que o princípio constitucional da igualdade somente seria respeitado se o Estado compensasse as desvantagens sofridas por alguns, relativamente a outros, por meio de indenizações adequadas. Análoga solução foi encontrada pelo tribunal, quando julgou a constitucionalidade de uma lei que impunha o estabelecimento de estoques de garantia de petróleo, pelos importadores.

Convém notar que no regime de ordenação da atividade econômica, próprio da Constituição brasileira de 1988, o princípio da igualdade é sempre relativo, tendo em vista as preferências nela declaradas. Assim é que o Estado tem o dever de atuar de forma diferenciada entre as regiões geoeconômicas e as classes sociais, a fim de cumprir o princípio de redução das desigualdades existentes (art. 170, VII). De modo análogo, uma medida econômica que estabeleça rigorosa igualdade entre todos os agentes econômicos, deixando de dar tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170, IX) pode ser impugnada constitucionalmente.

2.3 A proporcionalidade

Trata-se de exigência correspondente a um princípio geral do direito administrativo:¹³ as imposições de polícia, sendo sempre restritivas das liberdades, não de ser substancialmente apropria-

das, isto é, proporcionais aos fins visados.

No acórdão retrocitado da Suprema Corte dos Estados Unidos, julgando o caso *Nebbia v. New York*, o Juiz Roberts, como relator, salientou que a garantia constitucional do **due process of law** exige que a lei questionada não seja desarrazoada, arbitrária ou caprichosa e que, em particular, "the means selected shall have a real and substantial relation to the object sought to be attained". E acrescentou: "A regulation valid for one sort of business, or in given circumstances, may be invalid for another sort, or for the same business under other circumstances, because the reasonableness of each regulation depends upon the relevant facts".

Na doutrina administrativa alemã,¹⁴ foram explicitados três critérios cumulativos para o reconhecimento da exigência de proporcionalidade no exercício do poder de polícia:

a) "A medida somente é **apropriada**, quando ela pode, em regra, alcançar o resultado visado";

b) "A medida apropriada somente é **necessária**, quando não existe outro meio adequado à disposição, o qual seja menos prejudicial aos atingidos e à coletividade em geral";

c) "A medida necessária somente é **proporcional**, quando não tenha nenhuma outra relação com o resultado visado".

Como salientou o Tribunal Constitucional alemão, essa exigência de proporcionalidade nas medidas de restrição de liberdades fundamentais é mero corolário do princípio do Estado de Direito. Ela vale, por isso mesmo, não apenas para o administrador público, mas também para o legislador (B. VerfGe 30, 292, 315 ss.). Este último, em particular, tem o dever específico de considerar apropriadamente todas as cir-

NOTAS

constâncias que envolvem as medidas restritivas que adota (**Abwagungsgebot**), o que significa prevenir corretamente, por ocasião da edição da lei, as conseqüências dela resultantes.¹⁵

Especificamente no que tange ao controle de preços, o Tribunal Constitucional italiano teve ocasião de julgar que ele se torna excessivo e, por conseguinte, ilegítimo, quando penaliza os lucros empresariais, importando na imposição de preços não remunerativos ou tecnicamente desproporcionados aos custos de produção. A jurisprudência italiana ressaltou, por igual, a ilegitimidade de um sistema permanente de controle de preços, dada a natureza essencialmente conjuntural dessa medida de polícia.¹⁶

Já é tempo de se colocar a delicada questão do controle público de preços no mercado em seu devido lugar, isto é, não no terreno político-ideológico, onde ela vem sendo calorosamente debatida, mas precisamente no campo técnico-jurídico.

Creio haver demonstrado que o sistema constitucional brasileiro, analogamente a todos os demais sistemas contemporâneos, ainda que de tradição, não retira ao Estado o poder de regulação dos mercados, especialmente por meio do controle de preços.

Mas, para que essa restrição ao princípio da liberdade empresarial possa legitimar-se em nome da justiça social, é indispensável que sejam observadas as exigências inerentes ao sistema de um Estado de direito democrático, vale dizer, a legalidade, a igualdade e a proporcionalidade.

O que se exige dos juizes, diante desse "novo direito constitucional", é que tenham suficiente sensibilidade jurídica e bastante compreensão econômica para fazerem aplicar a Constituição no sentido da efetiva realização dos fins sociais a que ela se destina, no respeito às liberdades fundamentais.

1. Na verdade, historicismo e neutralismo interpretativo são duas variantes do mesmo método hermenêutico, pois presume-se que os princípios neutros, que devem constituir os critérios supremos de compreensão da Constituição, já haviam, de algum modo, guiado os constituintes da Filadélfia. A melhor exposição do neutralismo interpretativo foi feita pelo Prof. H. Weschsler, em seu artigo "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harvard Law Review* 1 (1959). Na Alemanha, a idéia de uma *wirtschaftspolitische Neutralität* da Corte Constitucional tem sido afirmada pela Corte Constitucional em sucessivos autos. No de 1.º. 3. 79, ao legitimar a cegestão empresarial (*Mitbestimmung*), declarou ela que a ordem econômica é deixada pela Lei Fundamental à regulação do legislador "que, sobre ela, dentro dos limites fixados pela Constituição, tem liberdade de decisão, sem precisar para isso mais do que a sua integral legitimação democrática".

2. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* — Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982.

3. O *discrimine* foi bem estabelecido pela doutrina francesa de Direito Público. Cf. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, v. 1, Paris, 1973, pp. 14/15, e Claude-Albert Colliard *Libertés Publiques*, 4.ª ed., Paris, 1972, n. 17.

4. "Die Berufsfreiheit", como reconheceu a Corte Constitucional alemã, "umschliesst auch die 'Unternehmerfreiheit', also das Recht der freien Gründung und Führung von Unternehmen" (Hans-Jürgen Papier, in Ernst Benda-Werner Maihofer-Hans Jochen Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin e Nova York, 1983, p. 626).

5. Trata-se das emendas que estabeleceram a proibição de que alguém possa ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem a ocorrência do devido processo legal.

6. É preciso dizer que essa diluição do conceito de *public utility company* não foi seguida na jurisprudência ulterior. Ao contrário, os tribunais norte-americanos reforçaram o caráter especial dessas empresas, como autênticas concessionárias de serviço público, e passaram a julgar a constitucionalidade de um *rate control* em moldes semelhantes aos admitidos, na Europa continental e na América Latina, para a fixação governamental de tarifas de serviços públicos concedidos. O julgado-padrão, nessa matéria é o proferido pela Suprema Corte norte-ame-

ricana em Federal Power Commission et al. v. Hope Natural Gas Co. (320 U.S. 591, 1934).

7. Cf. Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, trad. espanhola de Antoni Font, Barcelona, 1985, pp. 104 e 105.

8. Cf. Carlo Ferrari, *Il Governo Pubblico dei Prezzi*, Turim, 1984, pp. 152 e ss.

9. *Polícia e política* são palavras de mesmo radical. No século XVIII elas eram empregadas, praticamente, como sinônimas. Delamarre escreveu, entre 1705 e 1722 um *Traité de la Police*, em 4 volumes, onde cuidou da regulação estatal da economia. Francisco Coelho de Sousa e Sampaio, em suas *Preleções do Direito Pátrio, Público e Particular*, Lisboa, 1794, pôde escrever: "Por Direito da Polícia entendemos a auctoridade, que os Príncipes tem para estabelecerem e proverem os meios, e subsidios, que facilitem, e promovão a observancia das suas Leis. Os meios são principalmente a cultura das Disciplinas, o augmento da População, a saúde dos Povos, o Comercio, a Agricultura,

as Manufacturas" (título sexto, capítulo I da Parte Segunda).

10. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV — Direitos Fundamentais, Coimbra, 1988, p. 89.

11. Cf. Temistocle Martínez, *Diritto Costituzionale*, 4.ª ed., Milão, 1986, p. 448.

12. Cf. Norbert Reich, ob. cit., pp. 103/104.

13. Cf. no Direito francês, Georges Vedel e Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, 11.ª ed., v. 2, 1990, p. 317. No Direito alemão, onde a questão foi mais amplamente tratada, cf. Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., Munique, 1973, pp. 70 e ss., e Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., Munique, 1986, p. 192.

14. Hartmut Maurer, ob. cit., p. 192.

15. Benda Maihofer e Vogel, ob. cit., p. 641.

16. Cf. Bruno Cavallo e Giampiero Di Plinio, *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milão, 1983, p. 531.

SOCIEDADES MISTAS, EMPRESAS PÚBLICAS E O REGIME DE DIREITO PÚBLICO

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Sociedades de economia mista, tanto como empresas públicas ou outras formas personalizadas que o Estado concebe, são meros instrumentos de sua ação. Para realizar atividades que lhe dizem respeito, o Poder Público engendra, no plano legislativo, distintos modelos operacionais, ou seja, fórmulas subjetivadas diversas, para implementar objetivos que assumiu no interesse da coletividade. Assim, ora optará pela instituição de pessoas de direito público, como as autarquias (por vezes criadas segundo o esquema de fundação pública), ora optará pela instituição de pessoas jurídicas de direito privado,

como ocorre no caso de empresas públicas e sociedades de economia mista. Em quaisquer destas hipóteses, contudo, é evidente que as entidades a que deu vida não passam de sujeitos *auxiliares seus*. As finalidades em cujo nome foram instituídas as diretrizes a que devem se ajustar e os controles para aferir seu procedimento são, evidentemente, públicos. Nem poderia ser de outra forma. Por isto, todas elas são categorizadas, quer doutrinária, quer normativamente, como entidades da "Administração indireta" (art. 4.º do Dec.-lei federal 200, de 25.2.67, modificado pelo Dec.-lei 900, de 29.9.69, com alterações posteriores); ou seja: "administração pública indireta", como é óbvio

— e não administração privada indireta.

2. As criaturas em apreço são, pois, figuras pelas quais se realiza *administração pública*, vale dizer, administração de interesses que pertencem a toda a Sociedade e que, de conseguinte, têm que ser conhecidos e controlados por todos os membros do corpo social, através dos mecanismos que a sociedade, constitucional e ou legalmente, instituiu como pertinentes à fiscalização e correção dos negócios públicos. Ainda que sociedades mistas se submetam a controles internos ou efetuados meramente a nível de acionistas ou cotistas — evento que se processa na intimidade de tais sujeitos e que serve também e sobretudo à defesa de interesses privados de acionistas minoritários — não podem se lavar dos controles externos, que são, aliás, de distintos tipos. Valham, como referência, os efetuados pela própria Administração Central, os que podem resultar de ação popular e os que se efetuam pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas pertinente (arts., 5.º, LXXIII; 49, IX; 70 e 71 da CF).

Aliás, a existência de tais controles serve para demonstrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto modeladas sobre figurino tomado de empréstimo, em geral, ao direito mercantil, são visceralmente dis-