



Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP

Escola de Formação 2006

**STF: decisões político-ideológicas nos
casos de Intervenção do Estado no
domínio econômico**

PEDRO LANE

Orientação: Maria Paula Bertran

-SÃO PAULO-

2006

Índice.

1 - Apresentação.....	3
2 - Introdução.....	4
2.1 - Ordem Econômica na Constituição de 1988.....	7
3 - Metodologia.....	8
3.1 - Sobre o Método.....	8
3.1.1 - Tipo juiz-liberal.....	9
3.1.2 - Tipo juiz-intervencionista.....	12
3.1.3 - Tabela.....	13
3.2 - Análise da Jurisprudência.....	15
3.2.1 - Escolha da Jurisprudência.....	15
3.2.2 - Análise qualitativa por voto.....	16
4 - Análise da Jurisprudência.....	18
4.1 - ADPF 46/DF.....	18
4.1.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio.....	19
4.1.2 - Voto do Ministro Eros Grau.....	25
4.2 - ADI 1950-3/SP.....	28
4.2.1 - Voto do Ministro Eros Grau.....	29
4.2.2 - Voto do Ministro Marco Aurélio.....	31
4.2.3 - Voto do Ministro Cezar Peluso.....	33
4.3 - ADI 319-4/DF.....	34
4.3.1 - Voto do Ministro Moreira Alves.....	35
4.3.2 - Voto do Ministro Marco Aurélio.....	37
4.3.3 - Voto do Ministro Celso de Mello.....	39
4.4 - ADI 1918-1/ES.....	43
4.4.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio.....	43
4.5 - ADI 3273-9/DF.....	44
4.5.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio.....	45
5 - Conclusão.....	49
6 - Bibliografia.....	53
7 - Julgados.....	54

1 – Apresentação

A presente monografia constitui exigência parcial para a conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. Tendo em vista o mote geral proposto pela SBDP, qual seja “Direito e Economia”, e também que o presente trabalho deve ser desenvolvido através do estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se por analisar a possível interferência das concepções político-ideológicas de Estado, ou modelos econômicos de Estado, por parte dos Ministros do STF nas decisões relativas à Intervenção do Estado na Economia, bem como nos casos de liberalização econômica.

2 – Introdução

Esta monografia tem por premissa central que os Tribunais Constitucionais são constantemente influenciados pelas concepções político-ideológicas de seus membros. Assim, embora pareça trivial que tais concepções influam no processo decisório, o que se objetiva neste estudo é conferir grau de cientificidade para analisar como e de que maneiras tais concepções político-ideológicas estão presentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Para isso, delimitou-se o campo de pesquisa a envolver somente os casos de Intervenção do Estado no domínio econômico, ou seja, decidiu-se analisar de que maneira as concepções político-ideológicas acerca do Estado, ou modelo econômico de Estado, influem nas decisões do STF na delimitação do papel, grau de interferência e participação do Estado na Economia.

Muito se discute acerca da interpretação constitucional, seus métodos, exigências e problemáticas no que se refere à discricionariedade do juiz, o poder dos Tribunais Constitucionais e a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis.

No que interessa ao presente trabalho, cabe delimitar o amplo tema da interpretação constitucional no contexto do controle de constitucionalidade, aceitando-se a premissa de que o controle de constitucionalidade é também um controle político e não somente jurídico¹.

Os Tribunais Constitucionais de boa parte do mundo ocidental² passaram a ter um papel de extrema relevância no jogo político-democrático³, atuando de forma definitiva nas decisões políticas, vez que alçados ao papel de guardiões da Constituição, ou seja, a quem caberia a

¹ Sobre a questão política do controle de constitucionalidade, ver CAPELLETTI, Mauro, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993; CAPELLETTI, Mauro, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

² Cf. Arend Lipjhart, *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

³ Sobre Judicialização da Política, ver VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999; SIEDER, Rachel et al (Org.). *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005; ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e Política no Brasil*, São Paulo: Sumaré/Educ, 1997.

última palavra acerca da validade e legitimidade (constitucionalidade/inconstitucionalidade) de determinada decisão política tomada pelo Executivo ou Legislativo. Nesse sentido, os Tribunais Constitucionais tornaram-se *Superlegislaturas*⁴⁵ ou uma variante do poder legislativo devido ao caráter aberto e indeterminados das Constituições modernas.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 2)

Quando se afirma que o sentido dessas Constituições, conquanto se deva presumir objetivo, em verdade é aquele fixado pelos seus intérpretes mais autorizados - no caso, pelas cortes que exercem a jurisdição constitucional - o que se está a dizer é que nesses sistemas jurídicos, porque (a) trabalham com fórmulas lapidares ou enunciados abertos e indeterminados, quais os que definem direitos fundamentais nas Constituições modernas; (b) estão situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; e (c) desfrutam de singular autoridade, esses intérpretes finais da Constituição acabam positivando a sua concepção de justiça - rigorosamente a sua ideologia - que não é outra senão aquela da classe social, hegemônica, que eles integram e representam".(grifos meus)

Partindo, portanto, da premissa de que os Tribunais Constitucionais utilizam métodos políticos e jurídicos para definir e determinar o sentido das Constituições e, supondo que os juízes sejam guiados por suas pré-compreensões políticas e ideológicas, e que estas tendem a influir no conteúdo de suas decisões, pode-se inferir ser relevante a proposta desta

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires, *Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?*, In: Revista Diálogo Jurídico, número 12, Salvador, março de 2002.

⁵ Utiliza-se o termo *Superlegislaturas* ao referir-se ao papel dos Tribunais Constitucionais na determinação do sentido das Constituições, bem como na modelagem constitucional empregada nas políticas públicas que sofrem controle de constitucionalidade.

monografia que visa justamente a identificar em que medida e em que casos tais pré-noções político-ideológicas influenciam as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, neste trabalho, o que se chama de concepções político-ideológicas de Estado, ou modelos econômicos de Estado, deve ser entendido como a forma que o Estado deve assumir e desempenhar seu papel na Economia, uma vez aceita a premissa de que a Constituição é um sistema composto de mandamentos, regras e princípios indefinidos e indeterminados que assumem formas concretas através dos mecanismos de interpretação constitucional. Nesse sentido, o capítulo da Ordem Econômica e Financeira da CF de 1988 é um desses sistemas indefinidos e indeterminados que se prestam à interpretação constitucional para que se determine e delimite a forma e o papel que o Estado Brasileiro deve assumir na Economia. Conseqüência disto, e tendo que o intérprete da Constituição, ou seja, os Ministros do STF são influenciados por suas concepções político-ideológicas, pretende-se traçar uma relação entre o papel do Estado na Economia e o modelo econômico de Estado que os Ministros do STF entendam deva desempenhar o Estado Brasileiro na Economia. Assim, como hipótese deste trabalho tem-se que há Ministros mais alinhados à teoria econômica liberal e Ministros mais alinhados à teoria econômica intervencionista.

Para tanto, pretende-se identificar na jurisprudência do STF relativa à Intervenção do Estado na Ordem Econômica e à liberalização econômica, se as razões de decidir (*"ratio decidendi"*⁶) constituem opções políticas e ideológicas relacionadas às concepções de Estado por parte dos Ministros do STF.

Enfim, este trabalho buscará demonstrar que nos casos de Intervenção do Estado na Economia e de liberalização econômica, os

⁶ *"Ratio Decidendi"* consiste nos fundamentos definitivos de uma determinada decisão judicial, ou ainda, nas razões fundamentais que comportam alto teor moral, político e ideológico com que o intérprete constitucional concatena e imprime sua decisão. Este conceito de *"ratio decidendi"*, neste estudo, estará intimamente ligado com o núcleo argumentativo dos tipos ideais aqui desenvolvidos.

Ministros do STF assumem posições político-ideológicas e através de delas constroem suas decisões.

Posto isso, o trabalho será organizado da seguinte maneira: além da Introdução, haverá um capítulo sobre a metodologia empregada neste trabalho; um capítulo destinado à análise da jurisprudência e à aplicação do método; e, por fim, um capítulo de conclusão que tem como objetivo organizar o resultado obtido através da análise, e apontar as possíveis concepções político-ideológicas dos Ministros do STF, bem como as eventuais incoerências dos mesmos.

2.1 – A ordem econômica na Constituição de 1988.

O capítulo da ordem econômica na Constituição de 1988 prevê uma ordem dual de participação na economia. Nesse sentido, lado a lado estão a livre iniciativa e o Estado no desempenho de atividades econômicas. Saber qual é o papel e o limite que cada um desses agentes econômicos deve desempenhar na economia é função do intérprete da Constituição, que deve conciliar o regime capitalista de produção econômica com os princípios⁷ perseguidos pelo Estado brasileiro.

Conciliar e delimitar essa ordem dual consiste, portanto, no papel do intérprete, que a moldará, segundo a hipótese deste trabalho, a sua concepção político-ideológica, uma vez que a Constituição não extrema, de forma taxativa, tais atividades⁸.

⁷ A Constituição Federal consagra a busca do pleno emprego, a diminuição das desigualdades sociais e o fortalecimento da sociedade e do Estado como princípios a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

3 – Metodologia

3.1 – Sobre o Método

A metodologia a ser empregada no presente estudo consiste na criação e utilização de tipos ideais com fins comparativos. A técnica de tipos ideais foi largamente utilizada por Max Weber em suas análises, pois a consistência lógica de um tipo ideal permite ao pesquisador identificar, de forma coerente, uma tendência numa determinada realidade, já que dificilmente é possível identificar, nesta determinada realidade, a ocorrência do tipo ideal de forma pura, ou seja, sem que haja qualquer desvio do que se chamou ideal. Nesse sentido, os tipos ideais não podem nem devem ser encarados como um dever-ser, mas como um traço de pluralidades regulares de uma determinada realidade⁹¹⁰.

Portanto, tendo em vista que esta monografia pretende identificar as razões de decidir dos Ministros do STF através da utilização de excertos de votos dos Ministros, teve-se a preocupação de se elaborar um método de análise comparativa (tipos ideais), com o intuito de evitar que tais excertos, extraídos do contexto dos votos, pudessem corroborar de forma enviesada a hipótese deste trabalho.

Assim, decidiu-se criar dois tipos ideais de concepção econômica de Estado que têm por base a dicotomia liberal/intervencionista, o que resultou

⁹ Sobre tipos ideais, ver: Max Weber, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2005; *Os três tipos puros de dominação legítima*, In: Weber - Coleção Grandes Cientistas Sociais, Gabriel Cohn (Org.), São Paulo: Editora Ática, 2004. Weber diz que os tipos ideais são juízos de imputação histórica que permitem, através de sua significação causal em virtude de sua influência sobre outros processos históricos, a compreensão de uma determinada realidade.

¹⁰ Interessante também é a definição e conceituação de Cláudio Napoleoni relativa aos tipos ideais. Diz o economista: "Por outro lado, para proceder à ilustração das várias formas ilustrativas do sistema econômico, é oportuno proceder à exposição de alguns tipos fundamentais de organização econômica, os quais, precisamente porque são tipos, não se encontram, na sua pureza, na realidade. São todavia essenciais, como veremos, para compreender quais são as características fundamentais da realidade econômica efetiva. Nossos tipos são, portanto, *abstrações*, mas reflita o leitor sobre o fato de que proceder por abstrações, é próprio de todas as ciências, as quais, de outra maneira, seriam submersas num acúmulo de fatos particulares, que não se conseguiria de modo algum dominar e compreender." (Napoleoni, Cláudio, *Curso de Economia Política*, Rio de Janeiro: Editora Graal, 5^o ed., 1997.)

nos tipos que, neste trabalho, chamou-se de tipo juiz-liberal, tendo como pressuposto as concepções do Estado Liberal, e o tipo juiz-intervencionista, tendo como pressuposto as concepções do Estado Social ou Intervencionista. Para a construção destes tipos ideais¹¹, elegeu-se um teórico representante do Estado Liberal, o qual seja Milton Friedman¹², expoente máximo do neoliberalismo, para quem o Estado deve abster-se completamente de qualquer desempenho de atividades econômicas; e dois teóricos representantes do Estado Social/Intervencionista, os quais sejam John Maynard Keynes¹³, John Kenneth Galbraith¹⁴ para quem o Estado deve intervir e desempenhar atividades na economia.

Ainda em relação aos tipos ideais aqui criados, vale ressaltar que a intenção do autor deste trabalho não é caracterizar ou afiliar um determinado Ministro do STF como sendo um eventual *Keynesiano* ou *Friedmaniano*, mas sim, criar elementos sólidos para que se possa dizer que este determinado Ministro do STF assume uma concepção político-ideológica liberal ou intervencionista em suas decisões. Por isto, insiste-se que os tipos ideais desenvolvidos servem como elemento unicamente comparativo. A opção de tais teóricos serviu somente de suporte normativo para a criação dos tipos ideais.

3.1.1 – Tipo juiz-liberal

Para a economia liberal, a regra da economia deve ser o capitalismo competitivo, organizado através da competição de empresas privadas e livres, que operem e concorram em livre mercado, a fim de se garantir o regime de pleno emprego e crescimento econômico. Caberia ao Estado o papel de garantir a liberdade de mercado, a fim de que o mercado organizasse as atividades econômicas, segundo os princípios básicos da

¹¹ Os tipos ideais desenvolvidos tiveram como base a principal obra de cada teórico, não sendo esgotada, portanto, toda a literatura dos teóricos utilizados.

¹² FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago: Chicago Press, 2002

¹³ KEYNES, John Maynard, *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, São Paulo: Editora Atlas, 1992.

¹⁴ GALBRAITH, John Kenneth, *A Economia e o Objetivo Público*, São Paulo: Martins, 1975.

economia clássica, ou seja, oferta e demanda e o princípio da auto-regulação do mercado, o *laissez-faire*.

Segundo a doutrina econômica liberal, o papel do Estado deve ser limitado. Para os liberais, as mais importantes funções do Estado seriam proteger a liberdade da sociedade e do Estado contra os Estados inimigos e contra seus próprios concidadãos, através da preservação das leis, da garantia e manutenção dos direitos de propriedade e da garantia dos contratos, assegurando a seus cidadãos as liberdades civis, políticas e econômicas, promovendo a competição em igualdade de oportunidades em livre mercado, com o intuito de aumentar e promover a participação de particulares nas atividades econômicas, a quem, via de regra, caberia o seu desempenho. Também caberia ao Estado a fixação e a imposição das “regras do jogo” econômico¹⁵, ou seja, ao Estado caberia a interpretação, aplicação e imposição das leis e regras que regulamentassem a justa e livre competição em livre mercado, pois só assim, o mercado poderia se auto-determinar e se auto-regulamentar. Ainda, caberia ao Estado a manutenção do sistema monetário, a fim de garantir o valor, a produção e as trocas de moeda, por meio da qual são possíveis as relações em livre mercado.

Afora estas que seriam as funções precípua do Estado, caberia a este promover algumas funções que os cidadãos e o mercado não conseguissem levar a cabo, seja porque seriam muito difíceis tecnicamente para os particulares implantarem-nas, seja porque seria muito custosa a implantação destas. Portanto, a intervenção do Estado na economia (regulando e coordenando as ações privadas) só se justificaria quando o mercado não conseguisse, por si mesmo, implantar algo necessário. Tais situações verificar-se-ia nos casos que envolvessem monopólio ou imperfeições de mercado, assimetria de informações e externalidade e nos casos de “neighborhood effect”(falhas de mercado)¹⁶. Exceto estes casos, ao Estado seria vedada a participação direta na economia através da produção e prestação de bens e serviços, que estariam a cargo,

¹⁵ Para a economia liberal, o mercado é uma construção jurídica, do Direito, pois cabe ao Direito a determinação das “regras do jogo” para a manutenção da lógica auto-referencial do mercado.

¹⁶ Cf. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago Press, 2002.

exclusivamente, da iniciativa privada, que via regra de mercado, poderia prestar melhores serviços a melhores preços.

Assim, é possível perceber que para a economia liberal, as funções realizadas pelo Estado são estruturais, organizacionais e complementares às atividades realizadas pelos particulares. Importante ressaltar que, com o advento da doutrina neoliberal, passou-se a ter a suposição de que as atividades desempenhadas pelo Estado, além de secundárias, seriam menos eficientes e contraproducentes, desregulando o mercado, e conseqüentemente, levando à perda de eficiência e à estagnação econômica.

Portanto, o tipo juiz-liberal seria o juiz que construísse sua argumentação segundo os pressupostos da economia liberal, delimitando o papel do Estado para: a manutenção da lei e da ordem, para a definição dos direitos de propriedade, como mecanismo pelo qual os cidadãos possam, via democracia, modificar os direitos de propriedade e as “regras do jogo” econômico, para garantir contratos, para a promoção de competição em igualdade de oportunidades em livre mercado, para a manutenção do sistema monetário, para a adjudicação das disputas envolvendo a interpretação das leis e das regras, para reprimir os monopólios técnicos, imperfeições de mercado, assimetria de informações e externalidades e para superar os “neighborhood effects”¹⁷, além de possuir a crença de que toda e qualquer intervenção do Estado, que não as citadas, seria contraproducente, onerando o mercado, provocando ineficiência e estagnação econômica, além de envolver um alto custo político-econômico na manutenção das burocracias estatais.

Com tais pressupostos, pretende-se verificar quando estes aparecem nas razões de decidir dos Ministros do STF, identificando-os como juízes do tipo liberal.

¹⁷ Cf. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago Press, 2002.

Não se esgotou, contudo, a utilização dos argumentos da economia liberal, que poderão ser utilizados na análise qualitativa dos acórdãos¹⁸.

3.1.2 – Tipo juiz-intervencionista

Para a economia intervencionista, a regra continua a ser a liberdade de mercado – o sistema capitalista de produção – porém não se presume mais que o sistema seja auto-regulável, como supõem os liberais. Para os intervencionistas, somente a ativa intervenção do Estado na economia é capaz de promover o crescimento econômico e o regime de pleno emprego, uma vez que o Estado conta com a possibilidade maciça de investimentos estratégicos por meio da burocracia estatal (gastos públicos) e também detém a possibilidade de regular e formar preços de forma a controlar a escassez ou excesso de poder aquisitivo na economia, controlando salários e regulando o crédito, além de poder optar por políticas seletivas e focalizáveis em determinado segmento econômico (inovações e desenvolvimento tecnológico), o que permitiria saltos de crescimento e desenvolvimento econômico, e, conseqüentemente, a redução das desigualdades sócio-econômicas, mediante a domesticação das leis espontâneas e impessoais do mercado capitalista¹⁹.

Segundo a doutrina econômica intervencionista, caberia ao Estado, além da manutenção da soberania nacional, da manutenção dos direitos e liberdades políticos e econômicos, da fixação e imposição das “regras do jogo econômico”; a intervenção na economia, visando à diminuição das desigualdades sócio-econômicas (políticas de distribuição de renda) através da regulação das leis de mercado, regulando e fixando preços e serviços, além de participar ativamente na economia via empresas públicas em regime de monopólio ou não, atuando como produtor e prestador de bens e

¹⁸ Milton Friedman traça uma série de funções que não deveriam ser exercidas pelo Estado, pois não se encontram balizadas segundo os pressupostos da economia liberal. Tais funções serão utilizadas no momento da análise dos acórdãos.

¹⁹ Cf. Luiz Gonzaga Belluzzo, em prefácio à obra *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, Eros Grau, São Paulo: Malheiros, 2006.

serviços, os chamados serviços públicos²⁰, nas áreas de educação, saúde, infra-estrutura, regulação econômica, assistência social e cultura.

Note-se que o modelo econômico intervencionista possibilitou as bases segundo as quais se desenvolveu o modelo de Estado que usualmente se chamou de Estado Social, *Welfare State*, ou Estado de Bem Estar Social.

Portanto, o tipo juiz-intervencionista seria o juiz que construísse sua argumentação com base na teoria econômica intervencionista, dispondo que o Estado deve intervir ativamente na economia visando à diminuição das desigualdades sócio-econômicas, buscando crescimento econômico e o regime de pleno emprego, domesticando e regulando as leis de mercado através dos diversos instrumentos econômicos disponíveis, favorecendo a regulação econômica em prol da sociedade, através da busca de saúde, educação, cultura e lazer, provendo serviços públicos de qualidade.

Com tais pressupostos, pretende-se verificar quando estes aparecem nas razões de decidir dos Ministros do STF, identificando-os como juízes do tipo intervencionista.

Aqui também não se esgotaram todos os pressupostos da economia intervencionista, de forma que poderão ser utilizados outros argumentos presentes na literatura dos teóricos acima referidos²¹.

3.1.3 - Tabela com o núcleo dos argumentos econômicos

²⁰ Importante notar que a noção de serviço público está intimamente relacionada a uma escolha política e à concepção de Estado num dado tempo histórico. Sobre essa relação, diz Dinorá Grotti, "Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção de Estado sobre seu papel. É o plano de escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico." (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003).

²¹ A título de exemplo, o economista John Kenneth Galbraith, na obra *A Economia e o Objetivo Público*, propõe uma série de instrumentos destinados à regulação do Sistema de Mercado, que serão utilizados na análise dos acordãos.

Para facilitar a identificação do modelo típico-ideal, decidiu-se criar uma tabela que contivesse, num esforço interpretativo, um resumo de como seria a interpretação de alguns artigos da Constituição, segundo os teóricos utilizados. Esta tabela, portanto, deve ser utilizada como suporte de leitura do capítulo de análise qualitativa dos votos, com intuito de comparar a interpretação dos Ministros com o núcleo típico-ideal expresso na tabela.

Ordem Econômica/ CF de 1988	Artigo 170	Artigo 173	Artigo 174
Milton Friedman	Capitalismo competitivo, economia organizada através de empresas privadas operando em livre mercado livre concorrência, livre iniciativa garantia de contratos	Intervenção do Estado deve ser exceção. O Estado só está autorizado a intervir quando a sociedade e o mercado não conseguem implementar ou for muito custosa a implementação de determinados segmentos. O Estado só está autorizado a intervir nas hipóteses do §4º, uma vez que contemplam as possibilidades de falhas no sistema de mercado	O mercado se auto-regula. Quanto menos regulação estatal melhor, a não ser para assegurar o livre funcionamento do mercado ou seja, nas hipóteses do §4º do artigo 173
Keynes e Galbraith	Intervenção do Estado no domínio econômico para garantir soberania nacional, supressão das desigualdades, busca de pleno Emprego	Livre mercado associado ao papel dos gastos públicos Somente a intervenção do Estado na economia garante o bom funcionamento do mercado, dada a ineficiência dos mecanismos de mercado para realizar/implementar o conteúdo dos artigos 1º, 3º e 170. Portanto, o Estado deve intervir não só nas hipóteses do §4º.	Regulação tanto para o setor público, quanto para o privado

3.2 – Análise da Jurisprudência do STF

3.2.1 – Escolha da Jurisprudência

O primeiro recorte feito para a seleção da jurisprudência a ser utilizada neste trabalho, inclusive em relação aos motivos expostos na Introdução, refere-se à seleção de acórdãos relativos ao controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, optou-se por analisar somente Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIns, e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Feito este recorte, iniciou-se a pesquisa de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal²²²³, utilizando-se as seguintes ferramentas de busca disponíveis: 1) “Jurisprudência – A Constituição e o Supremo”, campo “Pesquisa por artigo” onde se buscou o artigo 170 da CF, o que resultou nos seguintes resultados: ADI 1950; ADI 3512; ADI 1646-MC; ADI 319-QQ; ADI 2591; ADI 3540-MC; 2) “Jurisprudência – Pesquisa de Jurisprudência”, campo “pesquisa livre” foi preenchido com as seguintes expressões: “intervenção do Estado na Economia”, “intervenção do Estado no domínio econômico”; “intervenção no domínio econômico” e “intervenção na economia”, obtendo-se os seguintes resultados: ADI 234; ADI-MC 1552; ADI-MC 1549; ADI-MC 1564; ADI 1662; ADI 1918; ADI 1950; ADI 2167; ADI-MC 2225; ADI-MC 2396; ADI 3512; 3) “Jurisprudência – Pesquisa simultânea de Jurisprudência” foi preenchido com as expressões: “intervenção do Estado na Economia”, “intervenção do Estado no domínio econômico”; “intervenção no domínio econômico” e “intervenção na economia”, o que resultou nas mesmas ocorrências das pesquisas realizadas pelos outros instrumentos de busca do sítio do STF.

²² www.stf.gov.br

²³ As pesquisas foram realizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal nos meses de setembro e outubro de 2006.

Obtidos tais resultados, fez-se o cruzamento dos resultados obtidos nas pesquisas com o intuito de selecionar, via ementa dos acórdãos ora citados, a jurisprudência a ser utilizada no presente estudo. Assim, selecionaram-se os seguintes acórdãos: ADI 319; ADI 1918; ADI 1950, devido à pertinência temática com o objeto desta pesquisa e por tais acórdãos versarem sobre instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico.

Além desses acórdãos selecionados, somaram-se a eles, por pertinência temática e por fazerem parte da bibliografia da Escola de Formação 2006, a ADPF-46 e a ADI 3273. Tais julgados podem ser encontrados no sítio do Supremo Tribunal Federal na opção de busca: "Jurisprudência – Informativo", e no sítio do Consultor Jurídico²⁴.

3.2.2 – Análise qualitativa por Voto e por Ministro

Obtidos os julgados que serão analisados nesta monografia, optou-se por fazer uma análise qualitativa dos votos de cada acórdão através da identificação de cada Ministro, com o intuito de se verificar a hipótese ora em questão. Assim, através da análise dos votos, pretende-se extrair a argumentação e a "ratio decidendi" que contenha elementos suficientes para a aplicação do método comparativo desenvolvido, visando a possibilidade de se identificar a concepção político-ideológica de Estado de um determinado Ministro do STF.

Pretende-se, portanto, explorar a influência desses modelos econômicos de Estado nas decisões dos Ministros do STF.

Com isso, objetiva-se verificar que tipo de juiz compõe a Suprema Corte, qual sua ideologia política acerca do papel do Estado na Economia, e se tal ideologia repete-se nos casos analisados, ou seja, se há uma coerência político-ideológica por parte dos Ministros do STF nos diversos casos de Intervenção do Estado na Economia.

²⁴ www.conjur.com.br

Essa etapa da monografia será organizada da seguinte maneira: um relato geral e sucinto sobre o acórdão analisado e, em seguida, a análise do voto de cada Ministro. Vale ressaltar, aqui, que eventualmente não serão analisados todos os votos de todos os Ministros, uma vez que somente se destinarão à análise os votos que tiverem coerência com a proposta do trabalho e nos quais seja possível a compreensão das razões de decidir através da aplicação do método comparativo.

4 – Análise dos Acórdãos

4.1 – ADPF 46-7/Distrito Federal

A argüição de descumprimento de preceito fundamental nº. 46 foi proposta pela ABRAED, associação brasileira das empresas de distribuição (empresas de *courier*), sendo argüida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. A ABRAED pleiteia por meio desta ADPF o afastamento da Lei nº. 6.538/78 que regula os serviços postais e estabelece o monopólio absoluto da ECT sobre a entrega de correspondências em território brasileiro, alegando que tal lei não fora recepcionada pela Carta de 1988, já que violaria os preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, consubstanciados nos artigos 1º, inciso IV, 5º XIII, 170, “caput”, inciso IV e parágrafo único, todos da CF/88. Alega ainda que o monopólio conferido pela legislação questionada não se encontra nas hipóteses taxativas do artigo 177 da CF/88. Pleiteia também a declaração do que deve ser entendido por carta, já que esta é prerrogativa da argüida, conforme artigo 21, inciso X.

Os argumentos da argüente podem ser resumidos nestes termos: busca-se, por meio desta ADPF, a preservação da livre iniciativa e da livre concorrência que estariam sendo violadas por lei anterior à CF/88, que teria conferido monopólio absoluto sobre os serviços postais à ECT, cujo o intuito seria a eliminação da livre concorrência e do primado da iniciativa privada, buscando-se o desempenho exclusivo e a liberdade total de preços, situação que ameaçaria as empresas de distribuição que estariam prestando serviços de qualidade a preços competitivos, além de gerar empregos e recolher impostos, com a aprovação dos entes federativos. Diz que a intervenção do Estado²⁵ no que se refere à livre iniciativa e à livre concorrência encontra-se limitada aos casos de abuso de poder econômico que objetive a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento de lucro, conforme o artigo 173, § 4º, CF/88. Diz, ainda, que os serviços postais não são

²⁵ Note-se que os casos de intervenção do Estado na economia para a argüente condizem com os casos de intervenção estatal propostos pela economia liberal.

serviços públicos, mas sim consignados à exploração econômica, e, portanto, livres à iniciativa privada.

Os argumentos da argüida podem ser resumidos assim: os artigos 21, inciso X, e 22, inciso V, da Constituição Federal, estabelecem que cabe à União manter e legislar sobre serviços postais. Daí porque o Decreto-Lei nº. 509/69, que criou a empresa pública encarregada dos serviços postais – a ECT – bem como a Lei nº. 6.538/78 que estabelece o regime de monopólio e define as normas referentes aos serviços postais fora recepcionada pela Constituição Federal. Diz que os serviços postais tem caráter público, qualificado pela CF/88 como necessário, sendo um dever do Estado sua prestação, por isso ter a União criado empresa pública para prestá-lo. Diz que a ECT é prestadora de serviço público e não exploradora de atividade econômica, pois é poder-dever do Estado manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, ante o interesse de toda coletividade, não se aplicando a ECT as disposições do artigo 173 da CF/88. Admite a possibilidade de atuação das empresas de *courier* no mercado de serviços de logística, realizando serviços de distribuição de revistas, periódicos e encomendas, mas não os elencados no artigo 9º da Lei nº. 6539/78, que seriam de monopólio da ECT.

A ADPF 46 ainda não foi julgada em definitivo pelo STF, pois encontra-se suspensa em virtude de pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. Até o presente momento, votaram os Ministros: Marco Aurélio (procedência total do pedido); Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes (procedência parcial do pedido); Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Eros Grau (improcedência total do pedido).

4.1.1 – Voto do Ministro Marco Aurélio

Esse voto do Ministro Marco Aurélio é extremamente interessante à proposta desta monografia, pois contém afirmações sobre o modelo de Estado que o Brasil adotou e deve adotar, inclusive traçando limites para a atuação do Estado na economia, além de fazer uma breve análise sobre o

papel do intérprete constitucional. O Ministro Marco Aurélio fundamenta seu voto em duas razões de decidir, a) a ineficiência do modelo de Estado Social e b) onde e como o Estado pode intervir na economia.

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto dizendo sobre o papel do intérprete da Constituição na atualização e contextualização dos conteúdos das normas constitucionais à realidade, com o intuito de concretizar e realizar os preceitos constitucionais de “forma ótima²⁶”, adequando-os à realidade histórica e futura, a fim de garantir a eficácia e permanência do texto constitucional. Além de apontar o papel do intérprete, o Ministro Marco Aurélio diz como se dá o processo de interpretação:

“[...] Como objeto cultural, a compreensão do Direito se faz a partir das pré-compreensões dos intérpretes. Esse foi um dos mais importantes avanços da hermenêutica moderna: a percepção de que qualquer tentativa de distinguir o sujeito do objeto da interpretação é falsa e não corresponde à verdade[...] evidenciou-se a função co-autora do hermeneuta: na medida em que este compreende, interpreta as normas de acordo com a própria realidade e as recria, em um processo que depende sobremaneira dos valores envolvidos.”

Essa passagem é importante, pois denota como o Ministro Marco Aurélio realizará a sua interpretação da Constituição no que diz respeito ao serviço postal (mais precisamente a expressão “manter”, contida no inciso X do art. 21, CF), ou seja, diz o Ministro que levará em conta suas próprias pré-compreensões para delimitar se serviço postal é ou não monopólio Estatal.

Tendo essa afirmação como pressuposto, o Ministro Marco Aurélio passa a analisar, num esforço de reconstrução histórica, a ligação entre Estado Brasileiro e serviço postal, dizendo que a prestação de um serviço pelo Estado constitui uma opção segundo o modelo de Estado que se pretende construir.

²⁶ Indaga-se o que o Ministro quer dizer com a expressão “forma ótima”. Pergunta-se se a expressão “forma ótima” tem alguma conexão com o princípio econômico de eficiência.

“Se em certa sociedade o Estado prega o dirigismo econômico, mais e mais atividades serão realizadas sob as mãos do Estado e alçadas à condição de serviço público. Ao contrário, se exorta a livre iniciativa e a liberdade econômica, a regra é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o Poder Público apenas de maneira subsidiária, quando imprescindível por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – artigo 173 da Constituição em vigor.”

No final desta passagem o Ministro Marco Aurélio parece já anunciar as situações em que o Estado pode intervir na economia, ou seja, somente nos casos do artigo 173 da CF²⁷. Indaga-se, neste ponto, a quem cabe determinar qual o papel que o Estado deve assumir.

Logo adiante, o Ministro reconstrói os dois modelos de Estado possíveis, o Estado Liberal, para depois concluir que o modelo liberal clássico que pressupunha igualdade de condições nunca foi alcançado devido a inúmeras e sucessivas crises econômicas, sendo contraposto pelo Estado Social.

Relativamente ao Estado Social, o Ministro Marco Aurélio tece os seguintes comentários, enunciando, assim, suas razões de decidir:

“Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, um Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes - transporte, habitação, saúde educação, segurança pública [...]”.
(grifos meus)

Interessante, pois, é notar o diagnóstico que o Ministro faz do Estado intervencionista, concordando com as idéias neoliberais de ineficiência

²⁷ O §4º do artigo 173, CF, dispõe que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário do lucro”.

estatal, argumento este que se repetirá várias vezes em seu voto. Em relação ao Estado Brasileiro, o Ministro tece os seguintes comentários:

“[...] O Estado brasileiro encontrava-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada.

Sim, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico[...].

[...]

[...] o Estado (o Ministro faz referência às companhias estatais) se mostrou incapaz não só de realizar os investimentos necessários à melhoria dos serviços, como também de gerenciá-los sob a forma empresarial.”

Após criticar duramente o modelo de Estado Social e o intervencionismo estatal, apontando a ineficiência do modelo, bem como o custo político de se ter empresas estatais, o Ministro prossegue em seu voto para afirmar - relacionando a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ao diagnóstico do modelo de Estado Social - que o monopólio dos serviços postais pela ECT não foi recepcionado pela CF/88, uma vez que as razões que teriam determinado (razões, segundo o Ministro, de cunho histórico e geográfico) a instituição do monopólio do serviço postal não mais permaneceriam vigentes. Diz o Ministro:

“O serviço postal, durante muito tempo, foi executado pela União - e não somente mantido - porque simplesmente não havia no País empresas com capacidade operacional e técnica suficientes para poder desenvolver, com presteza e agilidade, a entrega de correspondências por todo o território nacional. (...) As precárias condições vigentes à época não admitiam o ingresso de empresas privadas.

Todavia, a partir da década de 80, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar da prestação direta de atividades econômicas, ora devido ao fato de que isso impunha uma descarada desigualdade em comparação com as empresas privadas, ora porque a submissão ao regime de direito público simplesmente não se

coaduna com o dinamismo e a necessidade de inovação tecnológica que se fazem presentes na atividade empresarial, ora porque essa modalidade de intervenção já não mais se faz necessária [...].”

Nesse ponto é interessante a manifestação do argumento liberal expresso por Milton Friedman:

“Technical monopoly may on occasion justify a *de facto* public monopoly. It cannot by itself justify a public monopoly achieved by making illegal for anyone else to compete. For example, there is no way to justify our present public monopoly of the post office. It may be argued that the carrying of mail is a technical monopoly and that government monopoly is the least of the evils. Along these lines, one could perhaps justify a government post office but not the present law, which makes it illegal for anybody else to carry mail, If the delivery of mail is a technical monopoly, no one will succeed in competition with the government. If its not, there is no reason why the government should be engaged in it. The only way to find out is to leave other people free to enter.”²⁸

Assim, apontadas algumas considerações do Ministro Marco Aurélio em seu voto, procurou-se identificar suas razões de decidir, que coincidem muito com as concepções do tipo juiz-liberal, e podem ser resumidas no seguinte trecho do voto, no qual é possível depreender que o Ministro está votando ideologicamente:

“É preciso ressaltar que a reconstrução do papel do Estado brasileiro envolve a superação de falsos dilemas, como o que levava a optar necessariamente pelo maniqueísmo entre serviço público e atividade econômica, como se uma atividade não pudesse correlacionar, ao mesmo tempo, os dois conceitos. O Estado deve atuar, sim, mas de maneira subsidiária, de forma a assegurar boas condições para o crescimento da economia e o melhor desenvolvimento das capacidades de cada indivíduo, garantindo igualdade de oportunidades (...).

Abandonemos o conceito de Estado burocrático, formalista, exageradamente apegado aos meios, extremamente rígido, instituído no Brasil na década de 30 para fazer oposição ao Estado patrimonialista (...).

Adotemos o modelo de Estado gerencial, em vigor nos países escandinavos, na Inglaterra, na Austrália, como aquele que busca resultados, concede autonomia

²⁸ Ob. Cit. pág. 29.

aos agentes, descentraliza os poderes, muito mais do que a mera observância de regras. Nesse sentido, atender ao princípio da subsidiariedade significa dizer que o que possa ser realizado de maneira satisfatória pelas empresas não deve ser assumido pelo Estado. A eficiência do Poder Público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas.

Nessa toada, a atuação do Estado na atividade econômica deverá ocorrer apenas quando esta se mostrar falha, ou insuficiente, de modo que o Poder Público aja de maneira a corrigir as imperfeições que o mercado sozinho não for capaz de digerir [...]” (grifos meus)

É interessante perceber como as considerações do argumento liberal expresso por Milton Friedman na passagem citada se reproduzem neste excerto do voto do Ministro Marco Aurélio.

Procurou-se, portanto, identificar a “ratio decidendi” empregada pelo Ministro Marco Aurélio como sendo típica do modelo juiz-liberal, pois através de seu diagnóstico do Estado brasileiro, bem como do uso de argumentos político-ideológicos acerca de qual o papel que o Estado deve desempenhar na economia, o Ministro vota pela procedência do pedido, ou seja, pela quebra do monopólio estatal sobre o serviço postal.

Para arrematar o debate entre as atividades econômicas e a intervenção do Estado na economia, o Ministro conclui:

“É chegada a hora de reconhecer a crise do modelo adotado, porquanto a implicar intervenção desnecessária em uma área que consegue perfeitamente sustenta-se a partir da iniciativa privada resultando, ainda, na submissão de um setor da economia à dispensável subordinação de fatores políticos.

Ao reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, torna-se de menor importância o interminável e insolúvel debate que permeia a exata definição do que vem a ser precisamente o serviço postal – se se trata de serviço público ou de atividade econômica no sentido estrito. Essa discussão envolve conotações de sectarismo ideológico que descamba para a retórica e para o jogo de palavras e conceitos, o que simplesmente não é necessário para resolver o problema versado nesta arguição.” (grifos meus)

Após a utilização de argumentos triunfais e em certa medida com um tom “panfletário”, o Ministro Marco Aurélio conclui que as atividades econômicas não são próprias do Estado e diz que o debate sobre a natureza do serviço postal envolve “conotações de sectarismo ideológico” e que é necessário superar o “falso” debate entre serviços públicos e atividades econômicas, superando a tradicional classificação doutrinária entre serviço público e atividade econômica. Além disso, o Ministro afirma que as sucessivas emendas constitucionais demonstraram a necessidade de se rever o paradigma de Estado que a CF de 1988 tinha estabelecido, fazendo referência às emendas constitucionais nº. 6/95, 8/95 e 9/95 e ao Plano Nacional de Desestatização, além de expor, em diversas passagens, o elevado custo político e a possibilidade de corrupção das empresas estatais²⁹.

Assim, expondo suas concepções político-ideológicas de Estado, o Ministro Marco Aurélio resolve a questão, sem que se faça necessário o exame dos artigos constitucionais. Ao concluir que o serviço postal é atividade econômica, e que, portanto, não cabe ao Estado sua prestação, o Ministro vai além do pedido formulado pela ABRAED, já que admite a possibilidade da iniciativa privada desempenhar todo e qualquer serviço de entrega de correspondência, e não somente naquilo que estaria fora da definição de carta, como pede a autora.

4.1.2 – Voto do Ministro Eros Grau

²⁹ Nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio parece empregar uma visão neo-utilitarista, segundo a qual as burocracias estatais estariam sujeitas à corrupção, à perda de eficiência e à defasagem tecnológica, pois os burocratas agiriam segundo interesses individuais, tendo como solução a redução da atuação do Estado pela transferência das burocracias aos mecanismos de mercado. Interessante notar que o Ministro emprega essa visão como reforço de suas razões de decidir. Diz o Ministro: “Vale sublinhar, no caso concreto, o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ocupar um não-orgulhoso lugar de destaque na máquina administrativa do Governo. A presidência da estatal é disputadíssima, uma vez que assegura, ao detentor, a possibilidade de preencher mais de 120 cargos no alto escalão (...). Não é preciso ressaltar a natureza política das nomeações para tais cargos, a beneficiar os amigos dos que têm poder.”

O voto do Ministro Eros Grau é muito mais curto do que o voto do Ministro Marco Aurélio, mas contém, assim como o do seu par, algumas conotações político-ideológicas acerca do que é o Estado, e qual o papel deste na economia.

O Ministro inicia seu voto concordando com o Ministro Marco Aurélio ao que se refere à interpretação do Direito, à pré-compreensão do intérprete, dizendo qual é a função do intérprete:

“[...]Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim o processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e a seus conflitos.”

Assim, dizendo qual é o papel do intérprete da Constituição, o Ministro Eros Grau adentra à discussão, afirmando que a questão seria facilmente resolvida, pois sendo o serviço postal um serviço público, não haveria discussão do que seria monopólio, pois não sendo o serviço postal atividade econômica em sentido estrito, este seria prestado exclusivamente pela União, em regime de privilégio. Diz o Ministro:

“[...]o serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte a argüente é equívoca. O serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido.”

Como se pode perceber pela leitura deste excerto, o Ministro Eros Grau resolve a questão facilmente, inclusive afastando qualquer violação à livre iniciativa e à livre concorrência, pois só se verificam tais princípios em regime de mercado, e não em regime de monopólio, de direito público ou, como quer o Ministro, em regime de privilégio³⁰.

³⁰ Note-se que o Ministro Eros Grau resolve a questão via divisão serviço público(opção política consentânea à concepção de Estado)/atividade econômica, divisão esta que foi tida como “falsos dilema” a envolver “sectarismo ideológico” segundo o Ministro Marco Aurélio.

Para sustentar tal posicionamento, o Ministro Eros Grau vale-se de argumentação triunfal, e que se identifica muito com a argumentação do juiz-intervencionista.

“A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora --- vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) --- vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.”

Essa passagem, além de ser extremamente interessante, pois utiliza uma razão de decidir típica do juiz-intervencionista, dialoga com o voto do Ministro Marco Aurélio, expondo uma concepção político-ideológica de Estado totalmente diversa da que foi exposta pelo Ministro Relator. O Ministro Eros Grau, além de não acreditar na capacidade do mercado e da sociedade civil para a solução dos conflitos sociais, vê, somente na presença de um Estado forte e capaz, a garantia da existência digna dos cidadãos, e vai além, diz que somente a presença deste Estado é compatível com as exigências da Constituição Federal.

O Ministro Eros Grau também parece concordar com o argumento intervencionista em relação ao desenvolvimento tecnológico promovido pelo Estado, discordando completamente da posição do Ministro Marco Aurélio, segundo o qual o Estado é incapaz de promover desenvolvimento tecnológico, na seguinte passagem:

“Tudo quanto da Tribuna foi dito sobre evolução tecnológica é veraz, mas deve refletir-se, na vigência da Constituição de 1.988, em aprimoramento tecnológico da empresa estatal delegada da prestação dos serviços, a ECT.”

Expostas as principais razões de decidir do Ministro Eros Grau, cabe fazer as seguintes considerações; para o Ministro Eros Grau a Constituição Federal de 1.988 traçou várias diretrizes a serem perseguidas pelo Estado brasileiro, direções estas que impõem a presença de um Estado presente e capaz; o Ministro vê na Constituição uma distinção clara entre as atividades que cabem ao Estado - serviços públicos - e as atividades econômicas livres à iniciativa privada, e diz que todos os serviços públicos que estariam livres à prestação privada (são exemplos citados pelo Ministro a saúde e a educação, artigos 199 e 209, respectivamente), estariam expressos na Constituição, excepcionado a regra do artigo 175, CF; o Ministro Eros Grau vota pela improcedência total do pedido e, portanto, dizendo ser o serviço postal serviço público, não define o sentido do inciso X do artigo 21 da CF, nem o sentido de carta, de modo que se pode concluir que todo e qualquer serviço postal é de competência exclusiva da ECT.

4.2 – ADI 1950-3/São Paulo

Esta ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio - CNC, contra uma lei do Estado Paulista, lei nº. 7.844/92³¹, que assegurava aos estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer.

A argumentação da requerente diz que a lei paulista colidiria com os artigos 170 e 174 da CF, pois: a) instituiria indevida intervenção do Estado no domínio econômico, b) instituiria planejamento vinculante e efetiva fixação de preços, situações estas que não encontrariam amparo constitucional, uma vez que a CF adotara o modelo capitalista de produção, consagrando a liberdade de iniciativa como regra e a intervenção do Estado como exceção, sendo que esta última estaria delimitada pela própria Constituição.

³¹ Diz o artigo 1º da lei, "Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino de primeiro, segundo, e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo na conformidade da presente lei".

Por sua vez, a requerida - Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo - sustenta que: a) a norma em questão tem caráter social e objetivo de fomentar e facilitar o acesso de estudantes a eventos culturais, concretizando as disposições constitucionais contidas nos artigos 205, 215 e 217, todos da CF; b) a CF "adota como princípios não contraditórios, mas integrativos, a livre concorrência e a função social da propriedade", com o objetivo de nortear as atividades do mercado para o atendimento dos interesses coletivos.

De pronto, pode-se verificar tanto na argumentação da requerente como da requerida, a dicotomia liberal/intervencionista que irá permear as razões de decidir dos Ministros do STF.

4.2.1 – Voto do Ministro Eros Grau³²

O Ministro Eros Grau inicia seu voto dizendo não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na lei paulista, e aponta como fundamento central de seu voto, concordando com os pressupostos da economia intervencionista:

"É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário".

Nessa passagem, o Ministro admite a intervenção do Estado na economia, não só em situações excepcionais, mas para atingir os fundamentos e fins da sociedade e Estado brasileiros, informados pelos preceitos dos artigos 1º, 3º e 170, ou seja, sendo a Constituição de 1988 *dirigente*, o Estado deve atuar para assegurar a todos existência digna, através do valorização do trabalho e da busca do pleno emprego.

³² O próprio Ministro Eros Grau reputa paradigmático o voto dado na ADI 1950, tanto que o arrola em seu livro "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", pág. 32.

Assim, nesta passagem, como no excerto que se segue, o Ministro Eros Grau, utilizando-se da argumentação do tipo juiz-intervencionista, afirma que somente mediante a intervenção do Estado na economia é possível atingir as finalidades constitucionais, bem como assegurar o bom funcionamento do mercado.

“[...] a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, como um princípio de segurança (...). Vale dizer: a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento da sua própria essência.”

Percebe-se que o Ministro vê uma relação intrínseca entre mercado e Estado, na medida que defende que o mercado só existe se houver Estado, mesmo porque, para o Ministro, o mercado é uma criação jurídica que depende da regularidade e padrões (regras do jogo) definidos pelo direito posto pelo Estado. Afastando a concepção liberal, o Ministro conclui:

“[...]O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males[...]”.

Nessa passagem, percebe-se o total descrédito do Ministro Eros Grau no sistema de auto-regulação do mercado, como crêem os liberais.

Após construir seu voto na crença de que somente o Estado - via intervenção no domínio econômico - é capaz de prover desenvolvimento sócio-econômico, buscando atingir os fins expressos na Constituição, o Ministro Eros Grau conclui pela improcedência do pedido, sem, contudo, dizer o porquê da constitucionalidade do direito à meia-entrada. Diz o Ministro:

“[...]Ora, na composição entre esses princípios e regras (alusão aos princípios que asseguram a livre iniciativa e ao mesmo tempo impõem ao Estado o dever de garantir o exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto) há de

ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura , ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.”

Donde se pode concluir que para o Ministro, toda e qualquer intervenção do Estado no domínio econômico é legítima, desde que para assegurar as finalidades expressas na Constituição e para preservar o interesse público.

Interessante, pois, é notar as considerações de John Kenneth Galbraith sobre o desempenho do Estado em conformidade com o interesse público:

“Pondo-se de parte as infelizes e excepcionais aberrações, o Estado é superior ao interesse econômico e superior, sobretudo, à influência ou ao poder da firma comercial (...). E estando sujeito às instruções do cidadão e do eleitor, o Estado não pode estar sujeito a outro poder.”³³

4.2.2 – Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, diferentemente do Ministro Eros Grau, decide pela procedência do pedido declarando a lei inconstitucional, com base em dois pressupostos do tipo juiz-liberal, o argumento segundo o qual a regra deve ser a livre iniciativa, e o argumento de que toda intervenção do Estado é contraproducente, onerando a sociedade e o empresário, além de desregular o mercado.

Diz o Ministro em duas oportunidades:

“[...]A norma conflita com o fundamento da República, que é a livre iniciativa[...].”

³³ Ob. Cit. pág. 19.

“[...]o preceito conflita e, sob o meu olhar, a mais não poder, com a Constituição Federal.”

No entanto, o Ministro Marco Aurélio não demonstra por que a lei seria incompatível com a Constituição, valendo-se somente da argumentação de que a norma não seria razoável, pois tal intervenção produziria uma desvantagem significativa ao empresário sem conter uma contrapartida.

“Essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado - e a premissa é esta - com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não [...].”

[...]

“[...]Não vejo como fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação - havendo uma desvantagem significativa - da perda daqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência.”

Nesse voto, é possível perceber que a concepção político-ideológica de Estado do Ministro Marco Aurélio lhe oferece argumentos suficientes para resolver a questão. Diversamente do Ministro Eros Grau, o Ministro Marco Aurélio parece crer que somente o mercado é capaz de prover melhores condições de oportunidade, afirmando que o Estado, ao intervir na economia, produz desvantagens significativas não só ao empresário, mas também à toda sociedade. Para concluir a questão, o Ministro vale-se de uma concepção típica liberal, dizendo que o Estado sequer é capaz de atuar no campo em que deveria atuar, pretendendo com esse jogo de palavras dizer que se o Estado é ineficiente onde possui competência, imagine atuando num campo que não lhe diz respeito.

4.2.3 – Voto do Ministro Cezar Peluso

O voto do Ministro Cezar Peluso, embora sintético, permite compará-lo ao tipo juiz-liberal em duas passagens.

Primeiro, o Ministro diz que a norma que garante o direito a meia-entrada está interferindo em contratos, pois está tabelando prestações de contratos. Assim, dentro da lógica do juiz-liberal, o Estado estaria violando o dever de respeitar os contratos e deixar que o mercado forme preços livremente. Diz o Ministro:

“Na verdade, a norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contraentes, é verdade, mas está tabelando ao prescrever que um universo tal de contraentes paga a metade do valor dos contratos.”

Depois, o Ministro Cezar Peluso diz que:

“[...]O Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar.”

E conclui:

“O Estado faria melhor se concedesse incentivo fiscal para as empresas que admitissem meia entrada”.

Assim, nestes últimos excertos é possível perceber que o Ministro vê, da mesma forma que o Ministro Marco Aurélio, que as intervenções estatais são contraproducentes e que, portanto, precisam oferecer uma contrapartida ao particular que as suporta.

4.3 - ADI 319-4/Distrito Federal

Esta ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEM contra a lei nº. 8.039/90, que dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares, fixando o cálculo de acordo com o percentual de reajuste mínimo mensal dos salários em geral.

A CONFENEM argumenta que a lei questionada, ao fixar congelamento ou tabelamento dos valores das mensalidades escolares, levaria os estabelecimentos de ensino à insolvência, contrariando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, contemplados nos artigos 209 e 170 da Constituição. Diz também que a escola particular é livre à iniciativa privada, só podendo sofrer intervenção do Estado nos casos do artigo 209 da CF, que não prevê o controle ou tabelamento de preços. Por fim, argumenta que a intervenção do Estado só se justifica *a posteriori*, para conter o aumento arbitrário dos lucros, ou nas demais hipóteses do §4º do artigo 173 da CF.

Os requeridos (Congresso Nacional e Presidente da República) argumentam que as instituições de ensino previstas no artigo 209 da Constituição não se confundem com as sociedades mercantis, e diz que: a) essa atividade econômica (das instituições de ensino) encontra limitações para que atinja sua finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; b) a educação é vital para o desenvolvimento da pessoa, não podendo ser confundida com outras atividades econômicas, de modo que o Estado não pode deixar o ensino à mercê das leis de mercado; c) a lei questionada impõe controle de preços, e não congelamento ou tabelamento, com o intuito de defender o consumidor e compatibilizá-la com a política econômica.

Será interessante notar nesta ADI que os Ministros que terão seus votos analisados constroem suas razões de decidir com base nas suas concepções de Estado, para posteriormente - quando já decididos pela

procedência/improcedência do pedido - analisar as nuances da lei questionada.

4.3.1 – Voto do Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, assim como fizeram seus pares, constrói sua decisão partindo do modelo de Estado que entende ter delineado a Constituição Federal de 1988. Relativamente à educação, diz o Ministro que a Constituição estabeleceu duas possibilidades de atuação nesse ramo de atividade, o ensino público e o ensino privado, estando o ensino privado livre à iniciativa dos particulares, desde que observadas as exigências impostas pelo Estado.

O Ministro Moreira Alves começa seu voto refutando um dos principais pressupostos da economia liberal, o pressuposto de que o empresário é livre para determinar o preço de seus produtos. Diz o Ministro:

“[...]a liberdade de iniciativa econômica abarca a liberdade de determinação dos preços pelo empresário. Essa liberdade, no entanto, não é absoluta[...]”

Ao dizer que a liberdade de determinação de preços pelo empresário não é absoluta, o Ministro a faz tendo em vista a sua interpretação da Constituição, a qual seja de que a livre iniciativa encontra-se limitada em razão dos princípios constitucionais que impõe a busca pela justiça social e pela dignidade humana.

“Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela -, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de

produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna”. (grifos meus)

Logo em seguida, o Ministro Moreira Alves diz que a Constituição não elegeu a livre iniciativa da economia liberal clássica.

“Embora a atual Constituição tenha, (...) dado maior ênfase à livre iniciativa (...), passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica (...), não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos destes, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa [...]”. (grifos meus)

Assim, afastando qualquer pressuposto da economia liberal através da interpretação de que a Constituição impõe a busca pela justiça social, conclui o Ministro, dispondo sobre o papel do Estado na economia:

“Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, (...), são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça apenas a posteriori, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também a priori, até porque a eficácia da defesa do consumidor fica sensivelmente reduzida pela intervenção somente a posteriori [...]”.

[...]

“[...] 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 ou serviços, abusivo que é poder econômico que visa o aumento arbitrário dos lucros.” (grifos meus)

Uma consideração pode ser feita em relação a este voto: o Ministro Moreira Alves, ao construir sua argumentação com base na sua concepção

político-ideológica de Estado, deixa de analisar se a lei é capaz de coibir o aumento - se é que haveria aumento - arbitrário dos lucros.

4.3.2 – Voto do Ministro Marco Aurélio

O voto do Ministro Marco Aurélio, que julga procedente o pedido - e, portanto a lei inconstitucional -, é todo construído com base na argumentação do tipo juiz-liberal. O Ministro Marco Aurélio, expondo sua concepção de Estado, conclui pela procedência do pedido antes mesmo de analisar as normas da lei questionada, assim como faz o Ministro Moreira Alves.

O Ministro inicia seu voto da seguinte forma, após fazer referência aos argumentos da requerente:

“É indubitoso que a Carta da República de 1988 agasalhou princípios próprios à chamada economia de mercado. O título VII – “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”, contém capítulo alusivo aos “PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA”, cogitando o artigo 170 de uma ordem econômica fundada não só na “valorização do trabalho humano”, garantia que, neste caso, não está em questão, como também na “livre iniciativa”. Fê-lo de forma explícita e, por isso mesmo pedagógica, pois, no mesmo artigo, balizou a citada ordem, isto ao apontar os princípios que se lhe mostram norteadores. Dentre estes, três têm pertinência na hipótese dos autos de forma direta e estão revelados na busca e preservação da propriedade privada, da livre concorrência e da defesa do consumidor [...]”. (grifos no original)

Deste excerto, podemos perceber que o Ministro Marco Aurélio elege a economia de mercado como regra e impõe que cabe ao Estado a preservação da propriedade privada e da livre concorrência, concordando com os pressupostos básicos da economia liberal. Logo após, o Ministro confirma essa regra ao questionar se a lei nº. 8.039/90 preserva a livre iniciativa, e diz em que situações o Estado pode intervir na economia. Diz o Ministro:

“A Lei nº. 8.039/90 preserva a livre iniciativa tão cara aos Estados Democráticos?

A resposta é, para mim, desengadamente negativa. Assim o é porque no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fator indispensável à preservação da livre iniciativa, repetida em vários dispositivos da Constituição, inclusive nos referentes ao ensino. A exceção corre à conta das hipóteses em que configurado abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - artigo 173, §4º, quando, então, a repressão se impõe. Contudo a Lei nº. 8.039/90 não versa sobre tais defeitos [...]”.

Assim, pode-se perceber que o Ministro Marco Aurélio só admite a intervenção do Estado na economia nas hipóteses do artigo 173, §4º da CF. Sobre a lei questionada, o Ministro tece os seguintes comentários, amparado no pressuposto do tipo juiz-liberal que diz que qualquer interferência do Estado é negativa e leva à estagnação econômica:

“[...]Inibe (a lei) a iniciativa privada no que introduz desequilíbrio nas relações jurídicas mantidas entre alunos ou pais de alunos e as escolas (...).

Interfere na livre concorrência dos estabelecimentos de ensino, distanciando-se, assim, do mandamento constitucional pertinente – inciso IV do artigo 170, Introduz mecanismo de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores dos serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta a comutatividade. A não ser isto, a única alternativa é o abandono das atividades.”

Tal passagem, além de possuir um tom profético pois diz que a interferência do Estado leva ao abandono das atividades de ensino privado, não demonstra o “evidente” achatamento das mensalidades.

Para concluir, o Ministro Marco Aurélio diz que a lei questionada não encontra guarida no artigo 209 da CF, e sobre ela diz:

“[...]implica intervenção indevida no mercado, em detrimento de valores consagrados e que dizem respeito à propriedade. Conflita com os princípios básicos

permanentes e que não podem ser postergados em prol desta ou daquela política econômica, sempre flexível porque sujeita às circunstâncias reinantes. Aliás, quanto a esta, sugere nítida dissonância em relação ao preconizado pelo próprio Governo Federal – a liberdade de mercado, expungido os abusos.”

Interessante notar o juízo de valor que o Ministro Marco Aurélio faz da lei questionada, da política econômica e postura do Governo Federal, “sempre flexível porque sujeita às circunstâncias reinantes”.

Mais interessante ainda é o juízo que o Ministro Sepúlveda Pertence faz do voto do Ministro Marco Aurélio, e só tem a corroborar com a hipótese deste trabalho. Diz o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Já se vê, Senhor Presidente, que peço vênua ao eminente Ministro Marco Aurélio para não acompanhar o seu voto, que a meu ver se fixou no valor exclusivo da livre iniciativa, como se tivéssemos uma típica Constituição do “**laissez-faire, laissez-passer**”...”.(grifos no original)

4.3.3 – Voto do Ministro Celso de Mello

O voto do Ministro Celso de Mello poderia ser qualificado como o típico voto político-ideológico, pois se encontra estruturado a partir da concepção de Estado do Ministro. Valendo-se da argumentação do tipo juiz-intervencionista, o Ministro Celso de Mello procura primeiro desqualificar o Estado Liberal, para depois enaltecer o importante papel do Estado Social/Intervencionista no desenvolvimento sócio-econômico e político, sem, contudo, analisar a lei questionada.

“O Estado Liberal caracterizava-se pela neutralidade assumida na cena econômica e social. A doutrina do **laissez-faire, laissez-passer** conferia base ideológica ao liberalismo econômico. O Estado Liberal, também denominado Estado Mínimo ou Absenteísta, não intervinha na ordem econômica e social. Limitava-se a fiscalizar o livre e normal desenvolvimento da produção (...). Os abusos e iniquidades então cometidos constituíam, por uma questão até dogmática,

fenômenos incapazes de estimular, no aparelho de Estado, uma resposta apta a solucionar os graves conflitos resultantes das relações sociais.

[...]

Processou-se, daí, uma evolução jurídico-política na própria concepção de Estado. Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena sócio-econômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas.” (grifos no original)

Interessante perceber que o Ministro Celso de Mello julga que o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, incapaz de atender as demandas sociais. Diz o Ministro em outra passagem:

“O Estado Social é, nitidamente, um Estado intervencionista (...). O estágio de evolução que se encontra o Estado contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de sua transformação (...). A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sócias, o Estado terá, **certamente**, falhado à sua alta missão institucional.” (grifos no original)

Deste excerto é possível notar que o Ministro crê que somente via atuação do Estado é possível “a justa solução das graves questões sociais”, abandonando, peremptoriamente, a idéia de que o livre mercado pode resolver os problemas sócio-econômicos.

Em relação ao modelo de Estado brasileiro, o Ministro Celso de Mello faz as seguintes afirmações:

“No constitucionalismo brasileiro, a idéia social foi introduzida pela Constituição Federal de 1934. Esse documento constitucional marca o instante de ruptura com as práticas liberais e burguesas do antigo regime. Essa Carta republicana surge, na real verdade, como o marco divisório entre duas concepções virtualmente inconciliáveis de Estado. A Constituição brasileira de 1934 representa,

assim, dentro desse contexto, um momento de superação doutrinária e dialética de todos os obstáculos criados pelo liberalismo.”

Assim, demonstrando sua concepção político-ideológica de Estado, bem como o modelo de Estado adotado no Brasil, o Ministro Celso de Mello passa a analisar a intervenção do Estado na economia, a fim de resolver a questão. Diz o Ministro:

“Todas as atividades econômicas estão sujeitas à ação fiscalizadora do Poder Público. O ordenamento constitucional outorgou ao Estado o poder de intervir no domínio econômico (...). A liberdade econômica não se reveste de caráter absoluto, pois seu exercício sofre, **necessariamente**, os condicionamentos normativos impostos pela Lei Fundamental da República. A própria noção de intervenção regulatória ou indireta do Estado, cuja prática legitima o exercício do poder de controle oficial de preços, constitui uma categoria jurídica a que não se tem revelado insensível o legislador constituinte brasileiro. Quaisquer que sejam as modalidades ditadas pelo sistema de controle oficial de preços ou qualquer que seja o momento em que esse sistema opere e se concretize (**a priori** ou **a posteriori**), as limitações que dele derivam, desde que fundadas na lei, incluem-se na esfera de abrangência constitucional do poder de intervenção regulatória do Estado.

Desse modo, **inexiste** apoio jurídico, em nosso sistema constitucional, para a tese que pretende ver subtraídas, à ação regulatória do Estado, as atividades **empresariais** de exploração **econômica** do ensino.” (grifos no original)

Deste excerto, pode-se notar que o Ministro Celso de Mello, apoiado em sua concepção de Estado, justifica a ação regulatória e interventiva do Estado, inclusive o controle oficial de preços, para a consecução dos fins constitucionais. Aliás, o mecanismo de controle oficial de preços é um dos instrumentos que a teoria econômica intervencionista coloca à disposição dos governos para que sejam atingidas determinadas metas. Nesse sentido, John Kenneth Galbraith:

“Regulamentação oficial direta dos preços e da produção no sistema de mercado. (...) a regulamentação oficial de preços e da produção deve ser

encarada como política inteiramente normal (...) e mais eficiente do que no caso de se abandonarem as firmas às fortunas imprevisíveis do mercado.”³⁴

Sobre a livre iniciativa e a livre concorrência, diz o Ministro:

“As atividades empresariais - qualquer que seja o campo em que se exerçam, inclusive na **área de exploração econômica das atividades educacionais - não têm**, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados - **que não ostentam valor absoluto** - não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República.

O princípio da liberdade de iniciativa não tem, desse modo, caráter irrestrito e nem torna a exploração das atividades econômicas um domínio infenso e objetivamente imune à ação fiscalizadora do Poder Público.”. (grifos no original)

Diferentemente do argumento liberal segundo o qual a liberdade de iniciativa é um dogma a ser observado a qualquer custo, como quer o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello afirma que esta - a liberdade de iniciativa - sofre os encargos impostos pela supremacia do bem comum e do interesse social, como quer a Constituição.

Para terminar seu voto, o Ministro Celso de Mello se vale de uma argumentação triunfal, lembrando a seus pares o importante papel institucional político-jurídico do STF na consecução dos fins constitucionais. Diz o Ministro:

“Esta Corte, no desempenho de suas altas funções político-jurídicas, não pode desconhecer nem permanecer insensível ante a exigência de preservar a intangibilidade desses pressupostos de ordem axiológica, **que devem nortear e condicionar**, enquanto referências de compulsória observância, a atividade estatal de regulamentação e controle das práticas econômicas.” (grifos no original)

³⁴ Ob. Cit. pág. 274

4.4 - ADI 1918-1/Espírito Santo

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Comércio - CNC contra os §§1º e 2º da lei nº. 4.711/92, que dispunha sobre a isenção de cobrança de estacionamento de estabelecimentos comerciais aos consumidores que se utilizassem dos serviços disponíveis nestes, salvo quando tais estabelecimentos se destinassem, tão-somente, a atividade de guarda de veículos.

A CNC argumenta que tal lei invadiu competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, CF), violando também o direito de propriedade e os princípios que asseguram a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Afora a questão de inconstitucionalidade formal por usurpação de competência exclusiva da União para legislar sobre direito civil, que substanciou todos os votos, interessa o voto do Ministro Marco Aurélio, pois é o único que permite a aplicação do método, já que o Ministro entende haver inconstitucionalidade material.

4.4.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio

O voto do Ministro Marco Aurélio, assim como nos demais votos analisados até agora, expõe sua concepção político-ideológica de Estado. Nesse voto, o Ministro o faz de maneira ainda mais clara. Diz o Ministro:

"[...]Vejo, igualmente - e sou entusiasta da liberdade de mercado -, transgressão, sob o ângulo material, ao teor da Carta da República, tendo em conta não só a propriedade privada, como, também, a regra (...) quanto à atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. De acordo com o artigo 174 da Constituição Federal, essa atividade é programática, a não ser que esteja envolvido o setor público, caso em que ela passa a ser determinante; ela é, simplesmente, indicativa para o setor privado."

Assim, neste excerto, pode-se perceber que o Ministro Marco Aurélio, além de ser “entusiasta da liberdade de mercado”, crê que a atuação do Estado como agente normativo e regulador da economia é meramente indicativa para o setor privado.

Num aparte realizado durante o voto do Ministro Ilmar Galvão, o Ministro deixa transparecer novamente sua predileção pela liberdade de mercado, e diz que a interferência do Estado é nociva:

“(...)o que proclamo (...) é a liberdade de contratação e a ausência de interferência nociva do Estado.”

Portanto, expondo sua concepção de Estado, bem como sua interpretação da atuação do Estado na economia, o Ministro Marco Aurélio julga inconstitucional a lei em questão.

4.5 – ADI 3273-9/Distrito Federal

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado do Paraná contra alguns dispositivos da “lei do Petróleo”, lei nº. 9.475/97, que conferiram a propriedade dos bens extraídos das jazidas de Petróleo e Gás Natural aos concessionários de tais reservas, bem como o direito destes de exportar o produto extraído.

O Governador do Estado do Paraná alega que tais dispositivos seriam contrários ao disposto no artigo 177 da Constituição Federal de 1988, já que tal artigo estabeleceu o monopólio da União sobre o petróleo.

O Congresso Nacional e o Presidente da República, por suas vezes, na posição de requeridos, sustentam que a Emenda Constitucional nº. 9/95 que alterou o §1º do artigo 177, CF, introduziu mudança no regime de monopólio do petróleo, retirando da Constituição a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, passando

a permitir que a União transfira a propriedade do produto da exploração, observadas as normas legais.

Esse acórdão, apesar da difícil aplicação do método desenvolvido neste trabalho, será analisado, pois contém uma guinada de posicionamento quanto a intervenção do Estado na economia. Interessa, portanto, o voto do Ministro Marco Aurélio, pois permite a aplicação do método.

É importante notar que o STF decidiu pela quebra do monopólio do petróleo.

4.5.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio

O voto do Ministro Marco Aurélio é importante, pois aponta direção contrária aos seus votos até aqui analisados, pois admite a intervenção do Estado na economia, sem que tal intervenção esteja consubstanciada numa das hipóteses do §4º do artigo 173, situações nas quais o Ministro apontava como as únicas passíveis de intervenção.

Para justificar seu posicionamento a favor do monopólio estatal em relação ao petróleo, o Ministro reconstrói a história do tratamento jurídico do petróleo, bem como aponta a importância deste recurso para o desenvolvimento sócio-econômico do Estado brasileiro. Além disso, o Ministro tece alguns comentários em relação ao liberalismo econômico, até então enaltecido por ele em outros votos, e aponta como fundamental a atuação estatal para preservação e consecução do interesse público.

Sobre a influência do liberalismo econômico, o Ministro Marco Aurélio tece os seguintes comentários:

"A influência do modelo liberal estadunidense transbordou as próprias fronteiras e foi exportado para o Brasil (...).

[...]

Na verdade, naquela época, não se poderia imaginar algo diverso (referência à propriedade do petróleo). Em tempos de liberalismo, praticamente não se conceberia transferir ao Estado, como entidade destinada à satisfação do interesse público, a propriedade dos minérios extraídos, em virtude da apologia ao indivíduo [...]”.

Neste ponto, cabe fazer a seguinte indagação: por que o Ministro diz que o liberalismo econômico não é consentâneo com a satisfação dos interesses públicos. Aqui, o Ministro Marco Aurélio parece concordar com o pressuposto do tipo juiz-intervencionista, segundo o qual o Estado deve intervir na economia para promover o interesse público, e até mesmo com a proposta de John Kenneth Galbraith que se segue:

“Pondo-se de parte as infelizes e excepcionais aberrações, o Estado é superior ao interesse econômico e superior, sobretudo, à influência ou ao poder da firma comercial (...). E estando sujeito às instruções do cidadão e do eleitor, o Estado não pode estar sujeito a outro poder.”³⁵

Logo adiante, o Ministro Marco Aurélio vai apontar que o monopólio do petróleo consiste numa opção política relacionada com o recrudescimento do nacionalismo e da soberania nacional, o que admitiria uma maior intervenção do Estado a fim de garantir a prevalência do interesse público, e não com o fim de proporcionar lucros a grupos econômicos detentores de capital privado. Diz o Ministro:

“Repita-se: o monopólio não se confunde com autorização administrativa, porque a finalidade daquele é garantir a atuação de acordo com o interesse coletivo, preservando o interesse público, enquanto que esta é exercida no interesse eminentemente privado.”

E mais adiante:

“[...]a propriedade desse minério, garantido pelo regime de monopólio, visa exatamente a proteger o interesse coletivo e a soberania nacional (...).”

³⁵ Ob. Cit. pág. 19.

Neste ponto, o Ministro Marco Aurélio parece concordar que o liberalismo econômico compromete a soberania nacional e o interesse público. Interessante notar como esse argumento encontra eco na afirmação de Luiz Gonzaga Belluzzo:

“Em tempos de neoliberalismo, o poder econômico compromete os princípios da ordem jurídica e a soberania do Estado.”³⁶

Mais interessante ainda é a interpretação que o Ministro dá para o “caput” do artigo 173 da Constituição, interpretação esta que não se verifica nos demais votos analisados:

“Da leitura da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal, depreende-se que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente pode ocorrer quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.”

Essa interpretação concorda com os argumentos que envolvem a lógica do tipo juiz-intervencionista, pois a teoria econômica intervencionista admite a intervenção para a realização do interesse público. Assim, pela manutenção da soberania nacional e do interesse público, o Ministro Marco Aurélio decide pela procedência parcial do pedido, mantendo o monopólio da União em relação ao petróleo.

Em relação a este voto do Ministro Marco Aurélio, cumpre fazer as seguintes indagações: por que o Ministro, que se mostrou alinhado ao tipo juiz-liberal, dispensa os argumentos desta corrente da economia neste caso? Por que o Ministro não vê o monopólio exercido pela União de forma negativa, contraproducente e que leva à estagnação econômica? Por que o Ministro não vê a intervenção do Estado na economia de forma a afetar a livre regulação do mercado? As considerações do Ministro quanto às empresas estatais, sua defasagem tecnológica e seu alto custo político e

³⁶ Cf. Luiz Gonzaga Belluzzo, *O Jogo das Regras*, Valor econômico de 7 de março de 2006, página A1 (artigo disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=253613>>)

burocrático, não se aplicam à Petrobrás? Por último, por que as intervenções do Estado na economia em outros casos não se destinam a preservação e a consecução do interesse público?

O Ministro Marco Aurélio deixou todas estas respostas em aberto, de modo que ainda que o Ministro tenha feito a ressalva que se segue no julgamento da ADPF 46, este voto demonstra uma contradição político-ideológica por parte dele.

“É preciso destacar que a defesa de privilégios corporativistas não pode ser mascarada sob o rótulo de nacionalismo. Tal observação faço, inclusive, para afastar qualquer tipo de interpretação que gere mal-entendidos: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273-9/DF, ao proferir voto vista, entendi que o monopólio do petróleo não se coaduna com a transferência de propriedade do bem e que, no caso, era necessária a intervenção direta do Estado na economia, antes razões óbvias, creio eu, para fazer predominar o interesse público, em jogo de soberania nacional.”

Deste excerto, a única consideração possível é que em se tratando de petróleo o Ministro Marco Aurélio assume uma ideologia nacionalista que se sobrepõe à concepção político-ideológica que o Ministro demonstrou em outros votos.

5 - Conclusão

O intuito deste trabalho foi verificar se razões de decidir de ordem político-ideológica que envolvem concepções de Estado, ou modelos econômicos de Estado por parte dos Ministros do STF, determinavam ou influíam nas decisões do STF relativa à Intervenção do Estado no domínio econômico.

Nos casos analisados, pode-se concluir que houve a utilização de concepções político-ideológicas por parte dos Ministros do STF, e que essas concepções de Estado desempenharam papel fundamental na argumentação e decisão dos Ministros.

Conforme se procurou demonstrar, o intérprete constitucional, na construção de suas razões de decidir, não só se vale de argumentos jurídicos e da aplicação de métodos tradicionais de interpretação constitucional, mas também utiliza argumentos político-ideológicos que positivam sua própria concepção de Estado.

Assim, um Ministro mais alinhado à teoria econômica liberal constrói suas razões de decidir segundo os pressupostos desta, empregando uma racionalidade típica liberal, de modo que suas decisões são menos favoráveis ou mais contrárias à intervenção do Estado na economia.

Por outro lado, um Ministro mais alinhado à teoria econômica intervencionista constrói sua decisão através da argumentação de que a intervenção do Estado na economia faz-se necessária para regular o mercado e atingir os fins constitucionalmente previstos, empregando, em suas decisões, uma racionalidade típica intervencionista.

Nesse sentido, foi possível perceber nos casos analisados sobre intervenção do Estado na economia, casos estes que envolviam um bom número de instrumentos de intervenção estatal (serviço público, regulação econômica, controle de preços e atividade econômica), que todos estes

foram resolvidos a partir da dicotomia liberal/intervencionista que deram substância às razões de decidir dos Ministros.

Assim, o Ministro Marco Aurélio utilizou-se da racionalidade típica liberal, em 4 de seus 5 votos analisados, o que permite enquadrá-lo como um juiz do tipo juiz-liberal. Realmente, o Ministro Marco Aurélio demonstrou ser um entusiasta do mercado, da auto-regulação do mercado, e contrário à intervenção do Estado na economia, pois intervindo, o Estado prejudicaria o pleno e normal desenvolvimento do mercado e das atividades econômicas, atividades estas que seriam da alçada da livre iniciativa. O Ministro Marco Aurélio também apontou o alto custo político de se manter burocracias estatais, além de afirmar que era chegada a hora de superar o “ineficaz” modelo de Estado Social. Exceção, como se viu, se deu no caso da ADI 3273/DF, na qual o Ministro, por entender ser o petróleo necessário à soberania nacional e à preservação do interesse público, admitiu maior intervenção do Estado. No entanto, o Ministro Marco Aurélio, ao utilizar outra racionalidade, deixou uma série de questões em aberto.

O Ministro Eros Grau, por sua vez, mostrou-se sensível à racionalidade típica intervencionista, de modo que suas decisões envolviam argumentos intervencionistas, segundo o qual somente via intervenção do Estado na economia seria possível superar os conflitos sociais e econômicos e alcançar os objetivos da República. Nesse sentido, para o Ministro Eros Grau toda e qualquer intervenção é legítima se destinada a alcançar os ditames da Constituição de 1988, o que permite enquadrá-lo como um juiz do tipo juiz-intervencionista. Também, o Ministro demonstrou que a intervenção do Estado na economia justificar-se-ia até mesmo para a manutenção da estrutura e bom funcionamento do mercado.

Já os Ministros Moreira Alves e Celso de Mello também se valeram da racionalidade típica intervencionista, exortando o papel social do Estado para consecução dos fins constitucionais, de modo a admitir intervenção do Estado - via controle de preços. Esses Ministros disseram não existir o princípio absoluto da livre iniciativa da economia liberal clássica na Constituição de 1988, mas sim, os valores sociais da livre iniciativa.

O Ministro Cezar Peluso, de outro lado, utilizou-se da argumentação do tipo juiz-liberal, para afirmar que a intervenção do Estado na economia violaria contratos e oneraria o particular, violando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência.

Tais conclusões, no entanto, além de demonstrar que o intérprete constitucional possui concepções político-ideológicas que refletem nas suas decisões, afastando, portanto, as concepções do juiz "boca da lei", do intérprete constitucional que decide sem que suas pré-noções interfiram no processo decisório através da aplicação do fato concreto à norma (processo de subsunção), trás uma série de considerações necessárias, principalmente em se tratando de um Tribunal Constitucional.

Quando decidem através de suas próprias concepções político-ideológicas, os Ministros atuam, na verdade, como Superlegisladores, pois detêm a capacidade de invalidar uma determinada decisão política tomada pelo Legislativo ou Executivo, através de suas próprias e pessoais concepções políticas. Tal inferência é possível, na medida em que, nos acórdãos analisados, os Ministros primeiro demonstraram suas concepções de Estado, para depois - quando já decididos pela constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei em análise - utilizarem argumentos jurídicos extraídos da Constituição Federal, única e exclusivamente para dar suporte às suas concepções de Estado, pois, como afirmado na introdução deste trabalho, a Constituição não adotou uma determinada corrente econômica, dando possibilidade a liberais e a intervencionistas.

Essa constatação é de extrema relevância, pois permite questionar qual tipo de juiz deve compor a Suprema Corte, ainda mais no sistema adotado pelo Brasil, em que o Presidente da República detém a competência para nomear Ministros, e o Senado Federal a competência para ratificar tal nomeação. A história recente das nomeações demonstra o pífio exercício da sabatina pelo Senado Federal, de modo que, não se sabe que tipo de juiz irá compor o STF. Necessário, portanto, que se utilize a sabatina para

questionar que influência econômica tem o nomeado, qual sua concepção de Estado, e como este se portaria, por exemplo, em casos de intervenção do Estado na economia.

Somente assim, pela via de uma sabatina séria e eficaz pode-se ter certeza de quem é o intérprete que ocupará lugar na mais alta Corte do país. E somente dessa forma, pode-se concordar com a afirmação do Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI 3273:

“É que nas democracias, estruturadas também - mas não exclusivamente - sobre o princípio da interdependência e harmonia entre os poderes, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade dos atos e procedimentos do Executivo, na implementação de suas políticas públicas. Incumbe-lhe rechaçar a implementação de opções políticas, pelo Executivo, que não sejam plenamente adequadas ao todo orgânico que a Constituição é. Mas não compete ao Poder Judiciário substituir essas opções por outras, quando não afrontem a Constituição. Esta Corte está a serviço da Constituição, para afirmar a sua força normativa, não se prestando a fazer praça de verdades proclamadas por quantos se atribuam, sem que tenham recebido mandato popular para tanto, a faculdade de, com ar de certeza, proclamá-las.”

Portanto, faz-se necessário para o jogo democrático, saber de antemão quem irá ocupar um lugar no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, será interessante relacionar os resultados desta pesquisa com os resultados obtidos em outras pesquisas realizadas na SBDP, em especial a pesquisa de Veridiana Alimonti sobre o papel do STF no processo de privatização ou desestatização econômica.

6 - Bibliografia

AMADEU, Edward, *O que divide os economistas brasileiros*, In: Tendências - Relatório especial, 20 de maio de 2003;

ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e Política no Brasil*, São Paulo: Sumaré/Educ, 1997;

BELLUZZO, Luiz Gonzaga, em prefácio à obra *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, Eros Grau, São Paulo: Malheiros, 2006;

O Jogo das Regras, Valor econômico de 7 de março de 2006, página A1 (artigo disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=253613>>);

BUCK, Pedro, *A Intervenção do Estado na Ordem Econômica (comentários aos votos do Ministro Marco Aurélio em acórdão do STF)*, In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte: ano 4, n. 14, abril/junho de 2006;

CAPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993;

O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999;

COELHO, Inocêncio Mártires, *Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?*, In: Revista Diálogo Jurídico, número 12, Salvador, março de 2002;

ECO, Umberto, *Como se faz uma tese*, São Paulo: Perspectiva, 2005;

FILHO, Alberto Venâncio, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago: Chicago Press, 2002;

GALBRAITH, John Kenneth, *A Economia e o Objetivo Público*, São Paulo: Martins, 1975;

GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006;

Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, São Paulo: Malheiros Editores, 2006;

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

KEYNES, John Maynard, *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, São Paulo: Editora Atlas, 1992;

LIPJHART, Arend, *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

NAPOLEONI, Cláudio, *Curso de Economia Política*, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1997.

SCHUMPETER, Joseph Alois, *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1984;

_____ *The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*, New York: Oxford University Press, 1965;

SIEDER, Rachel et al (Org.). *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005;

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999;

WEBER, Max, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2005;

_____ *Os três tipos puros de dominação legítima*, In: Weber - Coleção Grandes Cientistas Sociais, Gabriel Cohn (Org.), São Paulo: Editora Ática, 2004.

7 - Julgados

ADPF 46/Distrito Federal - aguardando julgamento final - pedido de vista da Ministra Ellen Gracie em 17/11/2005;

ADI 1950-3/São Paulo - julgado em 03/11/1999;

ADI 319-4/Distrito Federal - julgado em 03/03/1993;

ADI 1918-1/Espírito Santo - julgado em 03/11/1999;

ADI 3273-9/Distrito Federal - julgado em 16/03/2005;