



Ana Luíza Silva Santos

**O CONTROLE DE PREÇOS DE ATIVIDADES
ECONÔMICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE
INICIATIVA: COMO DECIDE O STF?**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor Estevam
Palazzi Sartal.**

SÃO PAULO

2019

"A society that puts equality before freedom will get neither. A society that puts freedom before equality will get a high degree of both."
— **Milton Friedman**

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Resumo: A monografia trata de tema essencial à ordem econômica constitucional: a aplicação do princípio da livre iniciativa em um contexto de controle de preços de atividades econômicas. Para isso, buscou-se a interpretação que o STF confere ao princípio atrelada às decisões sobre controle de preços. Portanto, foi feita uma análise qualitativa dos argumentos coletados nos votos dos Ministros apresentada em três categorias: atividade econômica, serviço social e serviço público. Como resultado, foi possível identificar duas tendências do STF na aplicação do princípio: (i) há precedente firmado para decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas e (ii) a livre iniciativa é tensionada pelos princípios da ordem social. Ante o analisado, a conclusão é que a próprio texto constitucional permite uma intervenção mais incisiva do Estado ao controlar o preço de atividades econômicas.

Palavras-chave: Controle de preços; STF; livre iniciativa; princípios; atividade econômica; insegurança jurídica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela misericórdia;

Ao meu Anjo da Guarda pela companhia e cuidado;

À minha mãe, Luciana, por fazer tudo possível, me manter nutrida e ainda partilhar minhas angústias, expectativas e alegrias ao longo dessa trajetória;

À minha irmã, Sofia, pela parceria, paciência e generosidade, sem ela nada seria tão bom quanto é;

Ao meu pai, Flávio, por me manter por perto e próxima ao meu irmão ainda que a distância pese;

Aos meus professores, especialmente à Maria Helena Carvalhaes e ao Hiroshi Tano, por terem me preparado para enfrentar os desafios acadêmicos;

Aos meus amigos e coordenadores da Escola de Formação, por me fazerem rir e querer estar presente;

Às minhas queridas amigas, Ana Maria, Bella e Duda, por partilharem tantos momentos especiais comigo;

Ao meu tutor, Pedro Mazer, e orientador, Estevam Sartal, pelas sugestões durante à pesquisa.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAP – Coeficiente de Adequação de Preço

CF – Constituição Federal

CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

FGV – Fundação Getúlio Vargas

IAA – Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool

Min. – Ministro

Nº - Número

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RMS – Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1	INTRODUÇÃO	8
2	METODOLOGIA	10
2.1	Percurso Temático	10
2.2	Critérios Metodológicos	11
2.3	Perfil dos acórdãos coletados	12
2.4	Análise dos acórdãos e sistematização dos dados encontrados	14
2.5	Hipótese de pesquisa	15
3	O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
4	CATEGORIA 1: ATIVIDADE ECONÔMICA	18
4.1	Sistematização dos acórdãos	18
4.2	Setor sucro-alcooleiro	18
4.3	Estacionamentos	25
4.4	Conclusões parciais	30
5	CATEGORIA 2: SERVIÇO SOCIAL	32
5.1	Sistematização dos acórdãos	32
5.2	Sistema de ensino	32
5.3	Meia entrada	36
5.4	Medicamentos	40
5.5	Conclusões parciais	43
6	CATEGORIA 3: SERVIÇO PÚBLICO	46
6.1	Sistematização dos acórdãos	46
6.2	Transporte coletivo urbano	47
6.3	Transporte aéreo	52
6.4	Conclusões parciais	52

7	CONCLUSÃO	54
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55
9	APÊNDICES	58

1 INTRODUÇÃO

A partir de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, essa monografia se propõe a analisar a aplicação do princípio da livre iniciativa quando o STF é provocado a decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas.

O princípio da livre iniciativa está previsto na Constituição Federal nos artigos 1º, inciso IV e 170, *caput* e, enquanto normativo constitucional, foi estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica. Dentre as características ameadas histórica e filosoficamente pela livre iniciativa, destaco aquelas que têm repercussão jurídica, quais sejam, a liberdade para praticar atividade econômica com fulcro na liberdade de trabalho, de ofício, de profissão e de poder firmar contratos segundo a livre determinação das partes envolvidas¹.

Posto isso, seria possível esperar que os poderes republicanos – o Estado – apenas assegurassem as condições necessárias para o exercício da atividade econômica, conforme art. 174 da CF, e se abstivessem do controle majoritário dessa seara em prol da liberdade dos agentes econômicos. Todavia, essa possibilidade de atuação é mitigada frente a arquitetura constitucional, isso porque há princípios, como o da justiça social, da defesa do consumidor, da função social da propriedade etc, que dão à livre iniciativa outra conformação jurídica.

Ademais, em que pese sua dinâmica poder estar atrelada a do mercado econômico, o *status* principiológico legado à livre iniciativa torna elementar que seu sentido e alcance sejam determinados, sob pena de sua vagueza fomentar insegurança jurídica. Para tanto, os artigos inscritos na ordem econômica indicam que a liberdade de iniciativa deve conformar-se à sensibilidade social suscitada pelos princípios arrolados no art. 170 da CF a fim de concretizar o que o constituinte convencionou chamar de existência digna.

¹Tais características são encontradas em:

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

ALVES, Ivan D. Rodrigues; PIRAGIBE, Christóvão Tostes. *Teoria e prática do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1988, p. 28.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 249.

Embora essa finalidade seja uma escolha constitucional legítima, insta asseverar que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”², destarte, cabe o questionamento: qual o possível sentido que o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião e intérprete da Constituição Federal, atribui a esse princípio? Ainda, quando a controvérsia jurídica tiver como foco o exercício da livre iniciativa ao estabelecer o preço de atividades econômicas, quais são os limites impostos ao Estado para intervir nessa dinâmica?

Em suma, essa pesquisa se propõe a analisar a construção argumentativa do STF quando aplica o princípio da livre iniciativa para determinar se o controle de preços de atividades econômicas está ou não em consonância com a ordem econômica constitucional.

² SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. Malheiros Editores, 2014, p. 225.

2 METODOLOGIA

2.1 Percurso Temático

Inicialmente, a ideia era fazer uma investigação sobre a aplicação, pelo STF, dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tendo elaborado a seguinte pergunta de pesquisa: “Qual o sentido que o Supremo Tribunal Federal atribui à livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência?”.

Para essa investigação, fiz uso da plataforma de “pesquisa de jurisprudência³”, no endereço eletrônico⁴ do Supremo Tribunal Federal, com as seguintes expressões de busca: “livre adj iniciativa” e “livre adj concorrência”, obtendo, respectivamente, 120 acórdãos e 108 acórdãos. Ao excluir as ações que se repetiram, a quantidade de acórdãos ficou restrita a 174⁵.

Após a primeira coleta, dei início à leitura dos acórdãos para compreender a essência das discussões e me habituar com o modo do STF abordá-las. Todavia, depois de lê-los e conversar com meu orientador, reconheci que a pergunta de pesquisa estava muito genérica, o que poderia comprometer a adequada execução da pesquisa.

Além disso, vale a pena ressaltar que apesar de se inter-relacionarem, a lógica desses princípios é distinta: ao passo que a livre iniciativa impõe um dever de abstenção do Estado, a livre concorrência exige o dever de atuação estatal para corrigir falhas de mercado.

Logo, se decidisse manter o objeto da pesquisa, teria de realizar uma análise superficial dos acórdãos dada a quantidade de material a ser destrinchado. Portanto, aceitei a recomendação do meu orientador para manter o princípio

³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 9 set. 2019.

⁴ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 9 set. 2019.

⁵ Os acórdãos coletados na pesquisa sobre livre iniciativa encontram-se disponíveis em tabela on-line. Disponível em: <<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1WDA5gUhEXMDajXqvcSTEbDjYXP-BGVoDB-7FuqBeWuM/edit?usp=sharing>>. Tendo descartado os acórdãos já contidos na pesquisa de livre iniciativa, os acórdãos sobre livre concorrência encontram-se disponíveis em tabela on-line. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ZBJC0pqPaO4VHFOYzl4GnUKn6qcGazraiWC9poQ uI_E/edit?usp=sharing>.

da livre iniciativa e, a partir dele, explorar um tema específico, no caso, o controle de preços de atividades econômicas.

2.2 Critérios Metodológicos

Após esta decisão, retornei à etapa de coleta de material tendo em mente a nova pergunta de pesquisa: “Como o STF aplica o princípio da livre iniciativa ao decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas?”. Assim, utilizei a terminologia positivada na Constituição Federal como expressão de busca a ser utilizada na “plataforma de jurisprudência⁶”, isto é, “livre adj iniciativa”, confirmando o total de 120 acórdãos, identificados na tabela constante do apêndice (APÊNDICE A).

Além desta pesquisa, recorri à seção “A Constituição e o Supremo⁷”, e desenvolvi buscas com argumentos mais específicos. A partir da opção “Pesquisa por artigo”, selecionei os acórdãos vinculados aos arts. 1º, inciso IV e 170º, *caput* e, deste resultado (APÊNDICE B), apenas um acórdão, de um total de 8, não se encontrava no rol previamente selecionado.

Posteriormente, em posse dos 128 acórdãos coletados, fiz uma segunda leitura para filtrar aqueles pertinentes à discussão de controle de preços. Insta asseverar que, com receio de me ater às ementas e perder material, desde a primeira coleta, li o inteiro teor de todos os acórdãos.

Para selecionar os acórdãos que versam sobre controle de preços foi necessário estabelecer o que entendo por *controle de preços*, sendo este o critério subjetivo da minha pesquisa. Assim, estabeleci que controle de preços é a alteração artificial do valor de bens e serviços de modo que estes deixem de refletir sua real disponibilidade e custo de produção.

Entendo que controlar o preço de determinada atividade econômica é fazer com que o valor de bens e serviços deixem de refletir sua disponibilidade e as oscilações do custo de produção através da intervenção do Estado, seja por meio de atos administrativos, processo legislativo ou por meio de decisões do judiciário.

⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 9 set. 2019.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 9 set. 2019.

Desta feita, coletei os acórdãos cujo conflito demonstrou a imposição de um ônus, pelo Estado, para a execução de determinada atividade econômica à iniciativa privada.

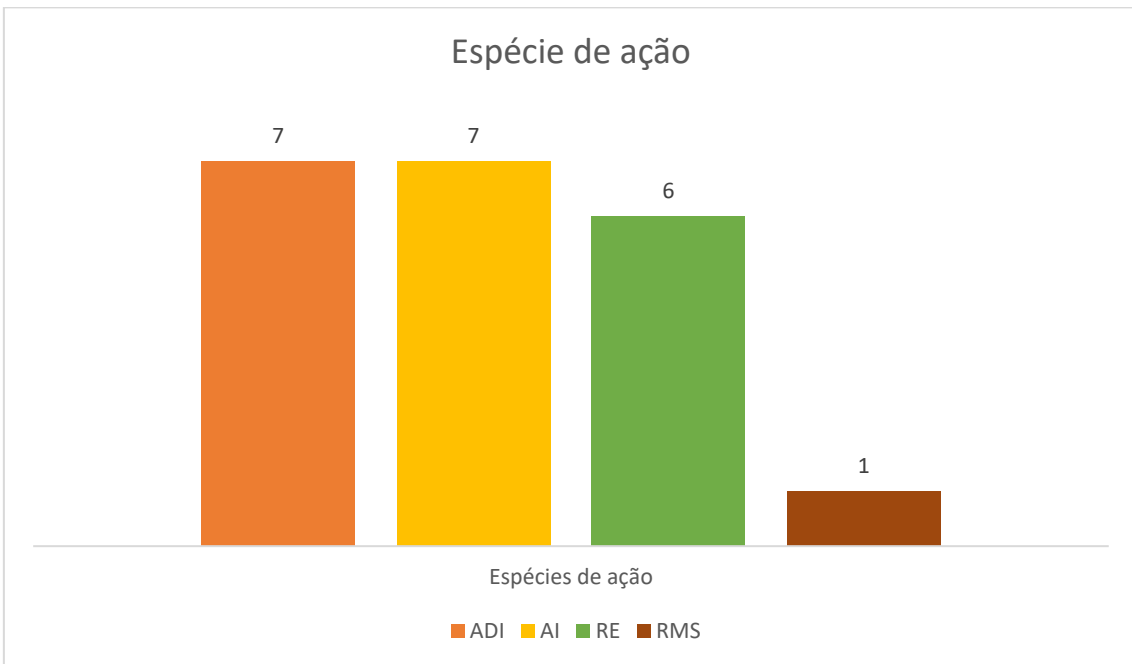
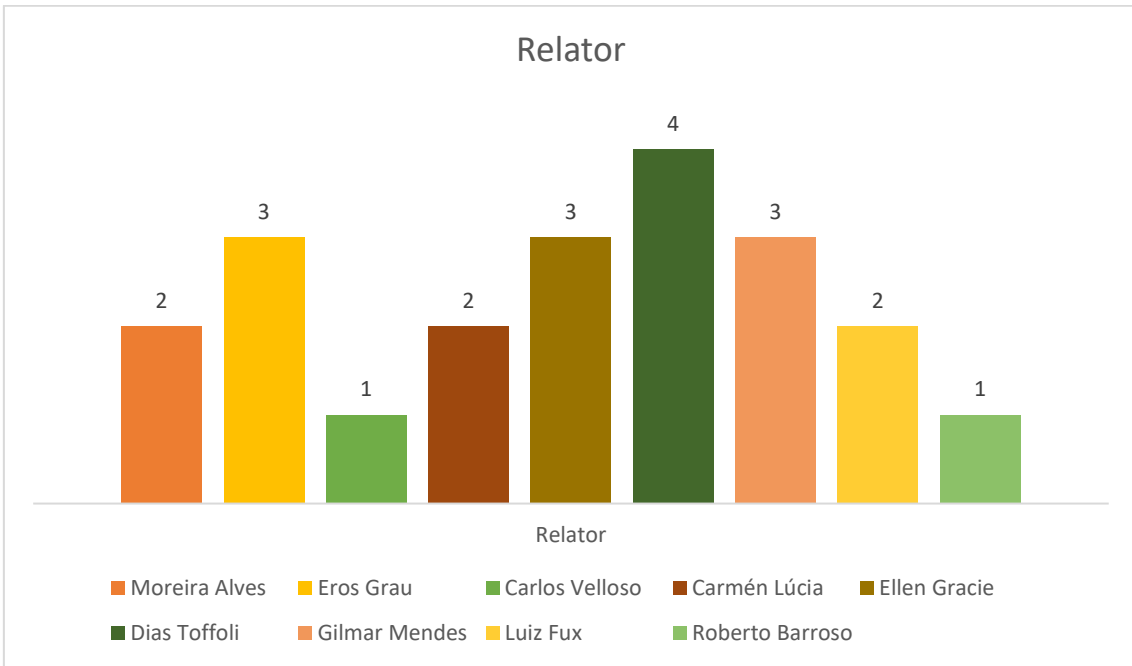
Quanto ao critério objetivo, estabeleci como marco temporal o período que compreende a promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, e a data de 06 de agosto de 2019, que corresponde ao momento em que encerrei a seleção dos acórdãos.

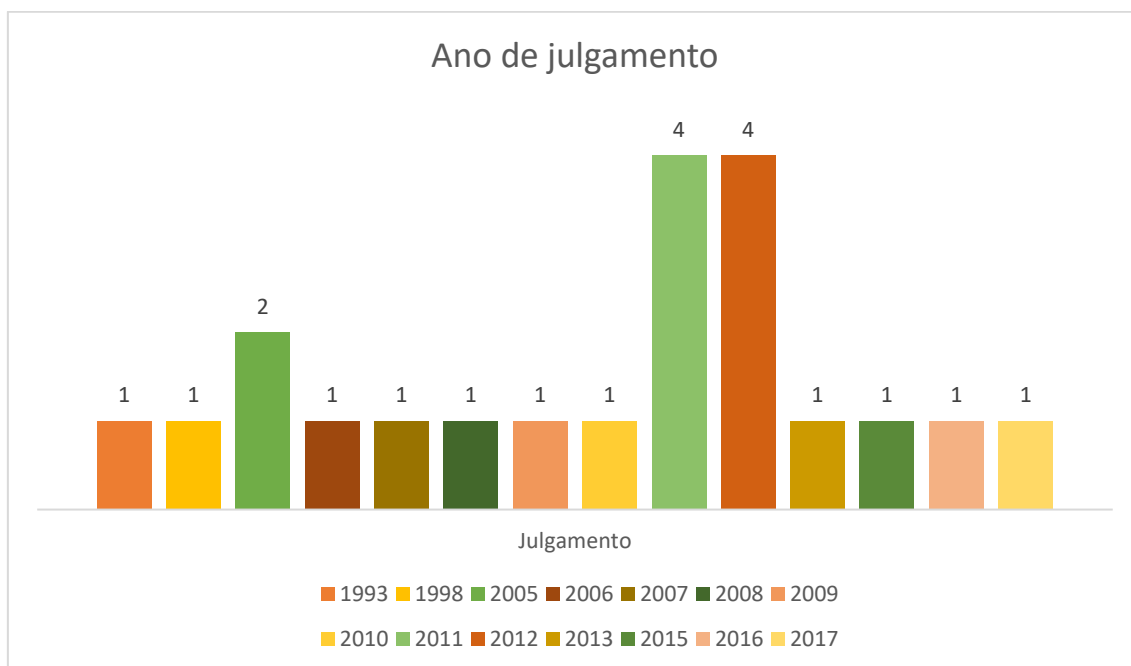
Por conseguinte, ao aplicar critérios objetivo e subjetivo aos acórdãos coletados, restringi o universo de pesquisa ao total de 21 acórdãos, identificados na tabela constante do apêndice (APÊNDICE C), excluindo aqueles que não preenchiam estes critérios.

2.3 Perfil dos acórdãos coletados

Assim, para melhor visualização, destaco o perfil dos acórdãos selecionados segundo (I) órgão julgador (II) relator (a) (III) espécie de ação constitucional e (IV) ano de julgamento das ações:







2.4 Análise dos acórdãos e sistematização dos dados encontrados

Após o mapeamento e a filtragem dos materiais, dei início ao fichamento dos acórdãos, pois, para mim, esta foi a melhor maneira de sistematizar os dados objetivos e os argumentos elaborados pelos Ministros. Para isto, elaborei a seguinte tabela:

Acórdão – Julgamento			
Relatório	Fundamentos		Decisão
Perguntas correlatas			
(1)	(2)	(3)	(4)
Dados objetivos			
Órgão julgador	Relator/redator	Votos	Casos citados/precedentes

No que tange à categoria “perguntas correlatas” na tabela acima, trata-se das perguntas estruturadas de modo a orientar minha leitura e, posteriormente, a análise qualitativa do material. Sendo assim, meu orientador recomendou que eu me atentasse para quatro perguntas ao analisar os acórdãos, sendo duas delas relacionadas com o tema da livre

iniciativa (1 e 2), e duas relativas ao modo de decidir do STF no âmbito do controle de preços (3 e 4), conforme tabela:

Pergunta de pesquisa	Perguntas correlatas
Como o STF aplica o princípio da livre iniciativa ao decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas?	(1) O STF chega a se utilizar de algum conceito de livre iniciativa no julgamento dos acórdãos? Se sim, qual?
	(2) Quais argumentos são utilizados para autorizar o controle de preços? E para negá-lo?
	(3) No caso em que há mais de um voto, os argumentos são coincidentes?
	(4) O STF faz referência a algum precedente nos acórdãos?

Por fim, ao terminar o fichamento dos acórdãos, sistematizei os dados extraídos em três categorias:

Categoria 1: atividades econômicas – composta pelos acórdãos cuja atividade econômica decorre da livre iniciativa entre os agentes de mercado e que não foi considerada pelo STF como sendo de interesse público.

Categoria 2: serviço social – composta pelos acórdãos cuja atividade econômica, ainda que de titularidade privada, foi considerada pelo STF como sendo de interesse coletivo.

Categoria 3: serviço público – composta pelos acórdãos cuja atividade econômica era prestada por um agente concessionário ou permissionário.

Essa divisão foi feita levando em consideração a própria postura do STF frente à atividade econômica analisada.

2.5 Hipótese de pesquisa

A minha hipótese de pesquisa considerava que o STF não havia firmado precedente para determinar quando o controle de preços de atividades econômicas, à luz do princípio da livre iniciativa, é constitucionalmente aceito. Essa incerteza jurídica, por sua vez, decorreria da ideia de que o STF, ao

decidir controvérsias de cunho econômico, aplicava o princípio da livre iniciativa subsidiariamente ao fundamentar suas decisões. Ainda, pressupunha que a Corte não determinava um conceito para o princípio da livre iniciativa.

Dessa hipótese, esperava observar decisões completamente opostas e que contemplassem interpretações jurídicas das mais variadas, isto é, com o intuito de densificar o princípio em comento o STF se valeria de perspectivas concretista, formalista, da *law and economics*, dentre outras.

Não apenas, outro possível cenário esperado era o de STF não fundamentar suas decisões com fulcro na livre iniciativa, ainda que fosse uma controvérsia jurídica nessa seara, assim, embora constasse o princípio nos acórdãos ele não seria determinante para resolver a lide.

Frente a isso, se também não fosse possível indicar qual a tendência majoritária do STF, restaria o incômodo diante uma possível insegurança jurídica para aqueles que desenvolvem atividades econômicas e esperam poder determinar livremente o preço das mesmas.

Portanto, tendo em vista essas considerações e o método de análise estabelecido, a hipótese de pesquisa será ratificada ou não na conclusão da pesquisa.

3 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Aduz a Constituição Federal de 1988 ser a livre iniciativa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica – art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput* da CF. Em seu aspecto econômico, a livre iniciativa pode ser compreendida como a liberdade para desenvolver atividades econômicas, isto é, a liberdade de empreender, de ofício e de contratar segundo a vontade das partes. Nesse sentido, ao Estado caberia apenas a função de assegurar essa dinâmica.

Sob esse prisma, portanto, parece ser incontroverso o papel constitucional da livre iniciativa, porém, na prática, sua interpretação jurídica pode conferir-lhe um sentido completamente diverso do mencionado, haja vista ter sido (i) positivada como um princípio constitucional e (ii) vinculada ao objetivo de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A esses aspectos, menciona-se o fato de a Constituição Federal permitir que o Estado, enquanto agente normativo e regulador, incentive, fiscalize e planeje o desenvolvimento de atividades econômicas de modo que essa atuação seja determinante para o setor público e indicativo ao setor privado.

A despeito da regra para a iniciativa privada ser a liberdade, o que ocorre é que a margem de intervenção do Estado pode reduzir a dos agentes econômicos sob a justificativa de estar assegurando a finalidade da Ordem Econômica. Consequentemente, o que se estabelece é um cenário de insegurança jurídica para aqueles que decidem empreender.

Assim, nos próximos capítulos, analiso como o princípio da livre iniciativa é aplicado quando o STF é provocado para decidir sobre a viabilidade constitucional de controlar o preço de atividades econômicas.

4 CATEGORIA 1: ATIVIDADE ECONÔMICA

4.1 Sistematização dos acórdãos

Nessa primeira categoria, destacam-se os acórdãos concernentes ao controle de preços de atividades econômicas estabelecidas entre particulares e que não foram consideradas pelo STF como sendo de interesse social. Para melhor explanação da análise, esses acórdãos serão subdivididos em duas categorias, quais sejam as atividades econômicas voltadas ao setor sucro-alcooleiro e as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviço de estacionamento.

Os acórdãos relacionados ao setor sucro-alcooleiro⁸ demonstram que o entendimento majoritário fixado pelo STF é de que a intervenção estatal no domínio econômico, por meio de sua função normativa e regulamentadora, é legítima quando faz-se em respeito aos fundamentos e princípios da ordem econômica, caracterizando um empecilho ao livre exercício da atividade econômica a fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor.

Quanto aos acórdãos relacionados à prestação de serviço de estacionamento⁹, a discussão travada em torno da norma impugnada se deu em dois planos, o formal, que visava estabelecer o ente federativo competente para legislar sobre o assunto e o material, que discutiu o mérito do princípio da livre iniciativa quanto ao seu sentido e alcance e à admissão de intervenção estatal.

4.2 Setor sucro-alcooleiro

Nessa primeira categoria, portanto, a controvérsia jurídica levada ao exame do STF iniciou-se com o Recurso Extraordinário nº 422.941 cuja recorrente, Destilaria Alto Alegre S/A, contestou a decisão do STJ que isentou a União de indenizar os prejuízos advindos da intervenção do Poder Público

⁸ Dentro do meu universo de pesquisa, as ações referentes ao setor sucro-alcooleiro são: RE 583.992 AgR, j. 26/05/2009; AI 683.098, j. 01/06/2010; RE 598.537 AgR, j. 01/02/2011; AI 832.292 AgR, j. 22/03/2011; AI 813.180 AgR, j. 31/05/2011; RE 632.644 AgR, j. 10/04/2012; AI 777.361 AgR, 26/06/2012; RE 648.622 AgR, j. 20/11/2012; AI 631.016 AgR-AgR, j. 03/02/2015; AI 754.769 AgR, j. 18/09/2012.

⁹ As ações referentes à prestação de serviço de estacionamento são: ADI nº 4862, j. 18/08/2016 e a ADI nº 4008, j. 08/11/2017.

no domínio econômico ao fixar os preços dos bens produzidos pelo setor sucro-alcooleiro em valor inferior ao apurado pelo Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool.

Ocorre que, a mencionada autarquia federal, de acordo com a Lei nº 4.870/65, tinha competência para determinar o preço dos produtos do setor sucro-alcooleiro, sendo os critérios para sua determinação regulados pelo art. 9º, *in verbis*:

O IAA, quando do levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, apurará, em relação às usinas das regiões Centro-sul e Norte-nordeste, as funções custo dos respectivos fatores de produção, para vigorarem no triênio posterior.

§ 1º As funções custo a que se refere este artigo serão valorizadas anualmente, através de pesquisas contábeis e de outras técnicas complementares, estimados, em cada caso, os fatores que não possam ser objetos de mensuração física.

§ 2º Após o levantamento dos custos estaduais, serão apurados o custo médio nacional ponderado e custos médios regionais ponderados, observados, sempre que possível, índices mínimos de produtividade.

§ 3º O IAA promoverá, permanentemente, o levantamento dos custos de produção, para o conhecimento de suas variações, ficando a cargo do seu órgão especializado a padronização obrigatória da contabilidade das usinas nucleares.

Logo, para realizar a apuração dos preços, o IAA contratou os serviços da Fundação Getúlio Vargas, mas decidiu estabelecer valores inferiores àqueles apurados, lesando os agentes econômicos envolvidos com essa atividade. Frente a isso, foram ajuizadas ações, com fulcro no art. 37 § 6º da Constituição Federal¹⁰, exigindo que a União indenizasse os danos decorrentes da atuação do Estado. Portanto, demonstrado o dano sofrido, a

¹⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

decisão fixada em primeira e segunda instância reconheceu o dever da União de indenizar as partes afetadas.

Todavia, a União, ao recorrer das decisões dos tribunais, conseguiu que a sentença fosse reformada pelo STJ. Para o Tribunal, a Administração Pública não estaria vinculada ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou consultorias contratadas para esse fim. Argumentaram, inclusive, haver discricionariedade do Estado para adequar as necessidades públicas ao contexto econômico estatal, sendo “imprescindível a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de economia pública¹¹”.

Porém, ao chegar ao crivo do STF, a partir do recurso extraordinário sob análise, o Ministro Relator Carlos Velloso fez as seguintes observações: (i) o Estado tem autorização constitucional para intervir na economia (ii) havia regulamentação específica para o controle de preços do setor sucroalcooleiro e (iii) a intervenção estatal no regime de preços não pode ser óbice à livre iniciativa.

Assim, sobre a observação (i), o Ministro alegou que o art. 174 da CF permite que o Estado, enquanto agente normativo e regulador, intervenha na atividade econômica, contudo, essa participação deve ocorrer por meio do disposto em lei reguladora, isto é, não se trata de ato discricionário do Poder Público, mas de ato em consonância à ordem legislativa.

No caso, em sentido contrário ao permitido pela Constituição, o que se observou foi que a lei reguladora não foi cumprida pela própria Administração Pública, que não atendeu aos critérios de fixação de preço, configurando assim a obrigação de indenizar¹² do Estado por ter causado prejuízo àqueles afetados por sua medida.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 665.

¹² Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, o Ministro Carlos Velloso alegou o seguinte: “No caso, o Estado, entendendo por bem fixar os preços do setor, elaborou legislação em que estabelecia parâmetros para a definição daqueles. Celebrou contrato com instituição privada, para que essa fizesse levantamentos que funcionariam como embasamento para a fixação de preços, nos termos da lei. Mesmo assim, fixava-os em valores inferiores. Essa conduta, se capaz de gerar danos patrimoniais ao agente econômico, no caso, a Recorrente, por si só,

Estabelecido esse cenário, o Ministro argumentou que a ingerência estatal no domínio econômico, além de estar vinculada à ordem legal, deve amoldar-se aos fundamentos da ordem econômica – o trabalho humano e a livre iniciativa –, assim, nem mesmo a atividade criadora de normas pode inibir o livre exercício da atividade econômica sob o risco de afrontar o princípio da livre iniciativa. Ou seja, o Ministro Carlos Velloso estabeleceu que, na seara econômica, há um limite estabelecido pela livre iniciativa que nem a Administração Pública ou o Poder Legislativo podem ultrapassar.

No caso da fixação de preços em valores abaixo da realidade, o Poder Público teria descumprido a legislação aplicável ao setor – que contava com balizas mínimas para manter a atividade econômica operando – e, conseqüentemente, lesado os agentes econômicos envolvidos. Além desse prejuízo, o Ministro entendeu que a decisão do IAA gerou instabilidade normativa, haja vista que as regras de intervenção estatal na economia devem ser bem definidas e a sua devida observância é essencial para o amadurecimento das instituições e do mercado, conduzindo à estabilidade econômica e ao desenvolvimento nacional. Isto é, seria o princípio da livre iniciativa norma fundamental para garantir a dinâmica econômica, sendo a intervenção estatal limitada por ele.

Ademais, em seu voto, o Ministro Relator Carlos Velloso aprofundou a questão da responsabilidade objetiva do Estado, sendo notório o seguinte excerto:

No caso, o acórdão recorrido ignorou os prejuízos causados à recorrida pelo poder público, prejuízo apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia. Ignorou, olímpicamente, os prejuízos, ao curioso argumento de que assiste ao Estado o poder discricionário 'na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal'. É dizer, com base nessa discricionariedade inadmissível num Estado de Direito, é possível ao Estado, ao intervir no domínio econômico, desprezar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares, impunemente.¹³

acarreta inegável dever de indenizar (art. 37, § 6º).” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 673.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 678.

Por fim, esclareceu que sua decisão não tratava de dar primazia ao interesse particular em face do interesse público, mas reconhecer que tanto a ausência de regras objetivas sobre a política econômica do Estado quanto a inobservância das regras estabelecidas, geram danos patrimoniais aos *players* envolvidos e acarretam insegurança jurídica e instabilidade, elementos estes desfavoráveis à própria coletividade.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, iniciou seu voto fixando as percepções da autora sobre o nicho mercadológico em questão e a relação com o governo federal, em que cabe destacar:

[...] naquele período [março de 1985 a outubro de 1989], a indústria sucro-alcooleira sofria rígida intervenção do governo federal em todas as etapas de produção, inclusive com a fixação do preço de venda do produto conforme critérios definidos em lei – tarefa que incluía a aferição periódica do custo de produção. Ocorre que o preço determinado pelo governo era bem inferior ao custo de produção, o que acarretou prejuízos financeiros à indústria.¹⁴

No que tange ao controle de preços, o Ministro percebeu que o tabelamento estabelecido pelo governo federal, sob a justificativa de reduzir as diferenças regionais e controlar o mercado em um momento de intensidade do processo inflacionário, só seria uma medida lícita se praticada em caráter excepcional, dado o ônus que seria imposto ao particular.

De acordo com o Ministro, essa excepcionalidade decorre dos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência – art. 170, *caput* e inciso IV da Constituição Federal¹⁵ –, sendo imprescindível que, em casos de restrições, haja razoabilidade e que a exigência normativa não impute a fixação de preços em valores inferiores aos custos de produção, sob pena de suprimir a

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 682.

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV – livre concorrência.

liberdade dos agentes econômicos. Para corroborar seu entendimento, faz referência a texto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Impor ao empresário a venda com prejuízo configura confisco, constitui privação de propriedade sem devido processo legal (art. 5º, LIV). E mais: é da essência do sistema capitalista a obtenção do lucro. O preço de um bem deve cobrir o seu custo de produção, as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro¹⁶. (BARROSO, 1993, págs. 34-74, apud, MENDES, 2005, p. 688) (G. N.)

Acompanhou, portanto, o voto do Ministro Relator Carlos Velloso ao verificar ser responsabilidade da União indenizar os danos decorrentes de fixação de preços em valores inferiores aos custos apurados pela FGV, ferindo, desse modo, o princípio da livre iniciativa.

À vista desse precedente, os demais recursos coletados para essa categoria¹⁷ foram interpostos no STF requerendo que a União indenizasse os administrados afetados por aquela medida, de modo que coube aos Ministros decidirem em conformidade com o entendimento firmado no RE nº 422.941.

Dessas ações, embora tenha-se aplicado o precedente mencionado, há alguns argumentos extraídos dos acórdãos que nos ajudam a formar uma ideia mais substancial sobre o fenômeno em análise – controle de preços de atividades econômicas à luz da aplicação do princípio da livre iniciativa.

No RE nº 632.644 AgR, a interpretação do Ministro Relator Luiz Fux a respeito do princípio da livre iniciativa é que ele pode ser compreendido como uma fonte ejetora da atividade econômica e como princípio limitador da

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 688.

¹⁷ As ações referentes ao setor sucro-alcooleiro são: RE 583.992 AgR, j. 26/05/2009; AI 683.098, j. 01/06/2010; RE 598.537 AgR, j. 01/02/2011; AI 832.292 AgR, j. 22/03/2011; AI 813.180 AgR, j. 31/05/2011; RE 632.644 AgR, j. 10/04/2012; AI 777.361 AgR, 26/06/2012; RE 648.622 AgR, j. 20/11/2012; AI 631.016 AgR-AgR, j. 03/02/2015; AI 754.769 AgR, j. 18/09/2012.

postura intervencionista do Estado prevista nos arts. 173¹⁸ e 174¹⁹ da Constituição Federal. Por conseguinte, a ingerência estatal só seria legítima quando visasse preservar a dinâmica econômica desse princípio ou para fazer cumprir a finalidade da ordem econômica. *In litteris*:

Em suma, desafiam aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter consoante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. [...]. Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa.²⁰

Então, para o Ministro, embora a intervenção do Estado na economia como um instrumento de regulação dos setores econômicos esteja constitucionalmente autorizada, a regulação de preços deve estar calcada no princípio da livre iniciativa, o que não se observou nos procedimentos adotados pelo Poder Público ao regular o setor sucro-alcooleiro.

Por fim, destaco desse Recurso Extraordinário a objeção feita pelo Ministro Marco Aurélio, que, tendo em vista o entendimento firmado pelo Tribunal sobre a responsabilidade do Estado decorrente da intervenção no domínio econômico ensejar indenização, provocou que “a pretexto de ter-se indenização pela intervenção do domínio econômico, pode-se chegar a um extremo²¹”. Isto é, o precedente firmado suscita a dúvida se estaria o Estado

¹⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE nº 632.644 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/04/2012, p. 10-15.

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE nº 632.644 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/04/2012, p. 14.

obrigado, em razão de qualquer medida econômica estabelecida, a responder pelos danos materiais causados aos agentes envolvidos.

Sustentou, portanto, que o STF deveria rediscutir a questão a fim de evitar futuros problemas²², mas não obteve correspondência dos demais Ministros.

4.3 Estacionamentos

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4862, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC impugnou a Lei nº 16.785/2011 do Estado do Paraná, cujo conteúdo tratava da cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado por serviços de estacionamento privado.²³ Alegou a requerente que a lei impugnada violava os artigos 1º,

²² O Ministro Marco Aurélio reiterou essa observação nas seguintes ações: RE 632.644 AgR/DF, j. 10/04/2012, p. 14; AI 777.361 AgR/DF, j. 26/06/2012, p. 15; RE 648.622 AgR/DF, j. 20/11/2012, p. 15 e no AI 631.016 AgR-AgR/PE, j. 03/02/2015, p.17.

²³ Destaco a redação originária, extraída do voto do Ministro Relator, do diploma impugnado: "Art. 1º Fica assegurada aos consumidores usuários de estacionamento de veículos localizados no âmbito do estado do Paraná, a cobrança proporcional ao tempo de serviço efetivamente prestado para a guarda do veículo, devendo a proporcionalidade ser calculada de acordo com a fração de hora utilizada, sem prejuízo dos demais direitos em face aos prestadores do serviço.

Art. 2º O cálculo do serviço de estacionamento deverá ser feito de acordo com a efetiva permanência do veículo, sendo que:

§ 1º Para a primeira hora de estadia, fração para o cálculo do valor do serviço não deverá ultrapassar 30 (trinta) minutos. (Revogado pela Lei 17507 de 11/01/2013)

§ 2º Para cada hora subsequente, o valor cobrado não deverá exceder 30% do valor pago pela primeira hora. (Revogado pela Lei 17507 de 11/01/2013)

§ 3º Para o caso de estadia para determinado período do dia, bem como diárias e mensalidades, poderá ser fixado o valor aleatoriamente, independente da fração base para os demais cálculos. (Revogado pela Lei 17507 de 11/01/2013)

Art. 3º O descumprimento desta lei acarretará em aplicação de multa diária contada da data da autuação, podendo resultar na cassação do alvará de funcionamento em caso de reincidência.

§ 1º A multa que trata o *caput* deste artigo deverá ser destinada ao Fundo Estatal do Consumidor, observadas as disposições do § 2º do art. 4º, da Lei Estadual nº 14.975, de 28 de dezembro de 2005.

§ 2º O Poder Executivo poderá regulamentar a presente lei, estipulando a multa a ser aplicada e o órgão responsável pela sua aplicação.

Art. 4º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação."

inciso IV²⁴; 5º, inciso XXII²⁵; 22, inciso I²⁶; e 170, inciso II²⁷, todos da Constituição Federal.

O dispositivo da decisão, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgou procedente o pedido formulado pela autora, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 16.785/2011, do Estado do Paraná. Hei de expor, portanto, o caminho argumentativo percorrido pelo STF para construir essa decisão.

A priori, com fulcro na inconstitucionalidade formal, o Ministro Relator Gilmar Mendes reconheceu que o diploma contestado, isto é, a Lei Estadual, invadia competência da União para legislar privativamente sobre Direito civil, julgando-a inconstitucional.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, concordou com a usurpação de competência legislativa, nos termos do voto do Relator; em contrapartida, sustentou que os limites impostos em relação à sociedade de mercado abarcados pela Constituição Federal deveriam ser apreciados na declaração de inconstitucionalidade. Para ele, a legislação contestada não era matéria meramente de Direito Civil, mas de proteção ao consumidor, que é princípio vinculado à livre iniciativa²⁸. Assim, a defesa do consumidor, consolidada pela lei em discussão afastaria a seguinte alegação da autora:

²⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade.

²⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

²⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada

²⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor.

[...] em um regime de ordem econômica fundado no capitalismo, como o brasileiro, a livre iniciativa afigura-se como um fundamento da República (art. 1º, IV), impondo-se que se observem o direito de propriedade privada (art. 5º, XXII e 170, II) e de sua função social (art. 170, III) à luz da proteção ao regime de ordem econômica estabelecido, o qual não coaduna com o intervencionismo estatal²⁹.

Consequentemente, a regulação dos serviços de estacionamento estaria em sintonia com o princípio da livre iniciativa, pois satisfaz a diretiva constitucional de primar pelos direitos fundamentais e busca do bem comum, compreendido, nesse caso, como a tutela do interesse dos consumidores.

Ademais, sustentou que não se depreende da norma impugnada um ato de fixação de preços, campo próprio da iniciativa privada, mas apenas uma forma de cálculo proporcional ao tempo de utilização do serviço, ou seja, objeto passível de regulação protetiva do consumidor. Portanto, para o Ministro Edson Fachin, a lei do Estado do Paraná teria como fito coibir as práticas abusivas contra o consumidor usuário de estacionamento de veículo, não prosperando a alegação de afronta ao princípio da livre iniciativa.

Essa última observação, inclusive, foi o condão argumentativo do Ministro Ricardo Lewandowski, pois, conforme sua percepção pessoal, haveria evidentes exageros de cobrança de estacionamentos em locais públicos sendo que o razoável seria que os usuários pagassem apenas pelo tempo efetivamente utilizado. Porém, no que tange à legislação impugnada, declarou a inconstitucionalidade material de determinados parágrafos que estabeleceram com minúcia desarrazoada o modo como seria cobrado os preços, mitigando a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos.

Por outro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou categoricamente que “a lei estabeleceu um tipo de controle de preços que, claramente, viola o princípio constitucional da livre iniciativa³⁰”, sendo a intervenção do Estado na fixação de preços exclusivamente privado uma

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 16.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 19.

prática suspeita dentro de um regime de livre iniciativa. Esse princípio, na interpretação do Ministro, é fundamento do Estado brasileiro e seu sentido e alcance restringem a intervenção estatal na política de preços. Julgou, portanto, a lei materialmente inconstitucional, dada a circunstância injustificável para o Estado fixar um preço em prestação de serviço privado. De seu voto, destaco:

[...] o sistema de livre iniciativa envolve propriedade privada, envolve liberdade de contratar e envolve liberdade de preço. Portanto, nós estamos para além da questão da propriedade privada de saber se é legítima a interferência na liberdade de preço. Neste caso específico, penso que não.³¹

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, ratificou que o controle de preços desse mercado não teria justificativa, haja vista tratar de relação jurídica estabelecida entre o titular do estacionamento e o usuário, isto é, dinâmica natural do livre mercado, não sendo própria a intervenção do Estado. De igual forma, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, endossou as razões ora expostas e reiterou o fato de ser essa atividade econômica entregue pela Constituição à iniciativa dos particulares.

Por fim, na esteira do voto do Ministro Roberto Barroso, o Ministro Marco Aurélio pontuou que a Constituição Federal, no que concerne à ordem econômica, fez uma escolha pela iniciativa privada, portanto, turvar as características dessa atividade econômica com base em controversa interpretação dos direitos do consumidor seria interpretar a Carta Magna à luz de diploma ordinário. Desta feita, configurou-se indevida intervenção estatal no campo de iniciativa privada.

Findada as explanações no sentido de declarar procedente a ação, o Ministro Relator Gilmar Mendes acrescentou ao seu voto o reconhecimento da inconstitucionalidade material, tendo sido a atuação do legislador intervenção indevida na arena econômica. Também considerou que caberia

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 30.

ao Supremo Tribunal Federal definir núcleos que não poderiam ser maculados por ingerência indevida do Estado sob pena de nada restar à iniciativa privada. Por último, no que diz respeito a eventuais abusos de preço, o Ministro apontou que a melhor forma de o combater seria com práticas concorrenciais e não regulatórias, ou seja, dentro da dinâmica do livre mercado.

Após o STF ter decidido pela inconstitucionalidade da norma impugnada na ADI exposta, a Associação Nacional de Estacionamento Urbanos – ABRAPARK ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4008 em face da Lei Distrital nº 4.067/2007 cujo teor versava sobre a cobrança e gratuidade de estacionamentos e garagens localizados no âmbito do Distrito Federal.

Além de estabelecer critérios de precificação do serviço de estacionamento, a Lei Distrital ainda previa sanções em caso de descumprimento e assegurava a gratuidade do serviço para pessoa idosas e portadoras de necessidades especiais, pelo período de duas horas³².

Pelas mesmas razões dispostas na ADI nº 4862 – que o princípio da livre iniciativa obsta o controle de preços, pelo Estado, das atividades econômicas firmadas entre particulares – o Ministro Relator Luís Roberto Barroso julgou essa ADI procedente, sendo acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio.

³² Transcrevo o teor do dispositivo impugnado, extraído do relatório do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Art. 1º Fica assegurada aos clientes de estacionamento de veículos pago, localizado no Distrito Federal, a cobrança proporcional ao tempo do serviço efetivamente prestado para a guarda do veículo, devendo a proporcionalidade ser calculada de acordo com a fração de hora utilizada.

§ 1º No cálculo do valor de serviço, a fração de tempo de uso de estacionamento inferior a 1 (um) minuto deverá ser desprezada.

§ 2º O disposto no *caput* não elide outras vantagens e direitos oferecidos ao consumidor pelo prestador dos serviços.

Art. 2º O descumprimento desta Lei ensejará a aplicação de multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de infração, retroativa à data de início do cometimento da ilicitude, a ser constatada pelo órgão responsável pela fiscalização dos direitos do consumidor, cumulada com a cassação do alvará de funcionamento, no caso de reincidência.

Art. 3º Fica assegurada, pelo período de duas horas, a gratuidade para pessoas idosas e portadoras de necessidades especiais, até o limite das vagas existentes para essas categorias, no estacionamento ou garagem, devendo ser renovada a gratuidade quando novamente disponibilizadas as referidas vagas.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Em divergência, o Ministro Alexandre de Moraes votou pela inconstitucionalidade formal, isto é, analisou a competência do ente federativo para legislar sobre determinada matéria sem, contudo, entrar no mérito da livre iniciativa e da viabilidade constitucional do controle de preços.

4.4 Conclusões parciais

Desta análise, concluo que o STF, quando decide o controle de preços de atividades econômicas firmadas entre agentes privados, reconhece, majoritariamente, que o princípio da livre iniciativa estabelece um limite para o controle de preços e, por conseguinte, para a intervenção do Estado no domínio econômico.

O controle de preços, constatado na fixação de valor inferior aos custos de produção do setor sucro-alcooleiro e na regulação do regime de cobrança de preços do estacionamento, foi compreendido pela maioria dos Ministros como uma afronta ao princípio da livre iniciativa e como medida incompatível ao sistema capitalista adotado pela Constituição Federal.

Evidentemente, as discussões apontaram entendimentos distintos em ambos os casos de controle de preço. Para o Ministro Edson Fachin, por exemplo, a despeito da dinâmica de mercado – iniciativa privada e perseguição de lucros – haveria de se ponderar a livre iniciativa com o princípio da defesa do consumidor, este, teria força normativa o bastante para afastar, inclusive, a ideia de fixação de preços, tornando a medida legal resultado da mera ponderação de *bons princípios*.

Em que pese as decisões terem preservado o sentido liberal da livre iniciativa, não é possível determinar que o STF fixa uma interpretação sobre o seu sentido e o alcance, sinalizando em diversos momentos que, dado os permissivos constitucionais que autorizam atuação do Estado na economia e os demais princípios da ordem econômica, a livre iniciativa pode ter sua força mitigada. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes aduz em seu voto que caberia ao STF determinar o núcleo invulnerável do princípio da livre iniciativa sob pena de ser descaracterizado, todavia, não levou essa discussão a diante.

Logo, é possível perceber que o STF, majoritariamente, reconheceu que (i) o controle de preços é uma medida excepcional e quando ocorre deve

ser em consonância com a lei estabelecida e (ii) não recorreu a um conceito de livre iniciativa, determinando, no caso concreto, quando o princípio foi comprometido.

Ante o exposto, a dúvida acerca de como o STF aplica o princípio da livre iniciativa ao decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas persiste, pois qual seria o núcleo essencial deste princípio que não pode ser afetado pela ação do Estado? Ou quais são as hipóteses “excepcionais” que a Constituição Federal autoriza o controle de preços? O princípio da livre iniciativa, nesses casos, foi uma barreira ao controle de preços, mas não ter um posicionamento concreto do STF quanto às perguntas levantadas mantém a possível insegurança jurídica causada pela vagueza principiológica.

5 CATEGORIA 2: SERVIÇO SOCIAL

5.1 Sistematização dos acórdãos

Inserem-se nessa categoria os acórdãos coletados que têm por objeto o controle de preços de atividades econômicas que prestam um serviço social. Para fins operacionais, destaco que essa classificação foi formulada após a leitura dos acórdãos, ou seja, são atividades econômicas nas quais o STF entendeu ser intrínseco à sua prestação o interesse da coletividade.

Para melhor explanação da análise, esses acórdãos serão subdivididos em três categorias, quais sejam as atividades econômicas concernentes ao sistema educacional, as atividades econômicas que ensejaram a concessão da meia entrada e as atividades econômicas relacionadas ao mercado de medicamentos.

Os acórdãos relacionados ao sistema educacional³³ estão jungidos à tese fixada pelo STF, em 1993, de que o Estado pode, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, não sendo, pois, inconstitucional regulamentação que estabeleça critérios sobre reajuste das mensalidades das escolas particulares.

Os acórdãos relacionados à concessão de meia-entrada³⁴ discutem o papel constitucional legado ao princípio da livre iniciativa e a assertiva de que o Estado só poderia intervir no domínio econômico em situações excepcionais.

Por fim, o acórdão relacionado à dinâmica do mercado de medicamentos trata do percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, o Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), que opera como fator de reajuste de preço para determinar o preço máximo de vendas ao governo.

5.2 Sistema de ensino

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319 QO, a requerente, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM,

³³ Os acórdãos relacionados ao sistema educacional são: ADI nº 319 QO/DF, j. 03/03/1993 e AI nº 214.756 AgR, sendo essa última aplicação da tese firmada na ADI nº 319 QO/DF.

³⁴ Os acórdãos relacionados à concessão de meia-entrada são: ADI nº 1950/SP, j. 03/11/2005 e ADI nº 3512/ES, j. 15/02/2006.

impugnou a Lei nº 8.039/90 que dispôs sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares³⁵. Essa ADI foi julgada parcialmente procedente, sendo declarados constitucionais os artigos referentes ao regime de preços, nos termos do voto do Ministro Relator Moreira Alves.

Em seu voto, o Ministro Relator indicou que a discussão suscitada pela proponente consistia em saber se o controle de preços – modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico – seria ou não admitido pela Constituição à liberdade de iniciativa econômica.

Insta asseverar que esse acórdão se tornou paradigmático³⁶ na medida em que foi aplicado diversas vezes pelo STF, consolidando o entendimento de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi facultado ao Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, vide art. 174, *caput* da Constituição Federal:

³⁵ De acordo com o acórdão analisado, é este o teor do diploma legal impugnado:

Art. 1º Os reajustes das mensalidades das escolas particulares de 1º, 2º e 3º graus, bem assim das pré-escolas, referentes aos serviços prestados a partir de 1º de maio de 1990, serão calculados de acordo com o percentual de reajuste mínimo mensal dos salários em geral, fixado no inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.030, de 13 de abril de 1990.

Art. 2º Os valores das mensalidades escolares de abril de 1990 serão iguais aos praticados no mês de março anterior, obrigatória a homologação pelos Conselhos Federal e Estaduais de Educação e pelo Conselho de Educação do Distrito Federal, nos limites de suas respectivas competências.

§ 1º Os critérios de fixação de valores das mensalidades devidas até dia 31 de março de 1990, são os previstos na legislação anteriormente em vigor.

§ 2º As escolas apresentarão suas planilhas de custos ou complementação às já entregues, com, no mínimo, os valores das mensalidades cobradas em dezembro de 1988, julho de 1989, fevereiro e março de 1990, até o dia 7 de maio de 1990

§ 3º Às escolas que não apresentarem suas planilhas na forma e prazo previstos no parágrafo anterior serão aplicadas as penalidades constantes da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962.

§ 4º Os Conselhos de Educação divulgarão os valores das mensalidades de março de 1990, no âmbito de suas respectivas competências, até o dia 21 de maio de 1990.

§ 5º Por ocasião do pagamento das mensalidades de junho de 1990, será feita a compensação dos valores cobrados em desacordo com o valor-teto homologado para os meses de março, abril e maio, se houver.

Art. 3º O valor-teto fixado nos termos desta lei, para o mês de março, constituirá a base de cálculo para os reajustes de maio de 1990 e assim sucessivamente.

Art. 4º Serão nulos, de pleno direito, quaisquer aumentos de mensalidades escolares autorizados após 15 de março de 1990, em desacordo com a política de estabilização de preços e salários do Governo.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

³⁶ Para comprovar o caráter paradigmático, todos os acórdãos dessa categoria a citaram como precedente, assim, lê-se em: AI nº 214756 AgR, Rel. Min. Moreira Alves, p. 325; ADI nº 1950, Rel. Min. Eros Grau, p. 62; ADI nº 3512, Rel. Min. Eros Grau, p. 100; RMS nº 28487, Rel. Min. Dias Toffoli, p. 16-17.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Assim, para o Ministro Relator, a interpretação sistêmica do artigo supracitado com os princípios da Ordem Social é o que determina o princípio da livre iniciativa e autoriza o controle de preços quando se está a discutir atividades econômicas de interesse social, como é o caso do sistema de ensino.

Nesse sentido, o Ministro interpretou o princípio da livre iniciativa através de dois enfoques constitucionais, o da ordem econômica e o da ordem social, concluindo, *a priori*, que a livre iniciativa é expressão da liberdade de empreender, de acessar o mercado e, necessariamente, de determinação dos preços pelo empresário, haja vista envolver exercício de mercado.

Porém, em que pese essa concepção, por se tratar de uma forma de liberdade, o Ministro mostrou preocupação em limitar seu sentido e alcance. Assim, a regra é a liberdade, mas em virtude da prática legislativa há possibilidade de restringir o seu exercício.

No caso, a prática legislativa esteve voltada à disciplina da prestação de um serviço abarcado pela ordem social constitucional, portanto, o princípio da livre iniciativa teria de ser aplicado tendo em vista os ditames da justiça social, logo, ainda que a atividade econômica seja exercida em titularidade privada, sujeita a todas as intempéries inerentes à dinâmica de livre mercado, pode ter seu regime de preços controlado em prol do que o STF considerou como interesse social.

A regra, reiterou o Ministro, é a liberdade de iniciativa, mas diante de um interesse social na prestação de um serviço mencionado na CF, os princípios gerais da atividade econômica, como o da subsidiariedade, cedem aos da ordem social. É interessante notar que, embora o Ministro tenha alegado ser a liberdade a regra, ressaltou:

Não é menos certo que tenha [A Constituição Federal de 1988] 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 Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa.³⁷

Na sequência, outro argumento exposto em seu voto foi que a postura intervencionista do Estado no regime de preços teria como escopo, além de garantir o acesso a bens e serviços de interesse coletivo, a repressão ao aumento arbitrário de lucros, conforme aduz o texto Constitucional:

“Art. 173, § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

No que toca ao abuso do poder econômico, a tendência interpretativa desse artigo foi no sentido de que a repressão ao aumento arbitrário dos lucros deveria ocorrer não apenas *a posteriori*, quando a intervenção se impõe, mas *a priori*, de modo a evitar práticas abusivas que gerem prejuízos aos consumidores, estando, pois, de acordo com isso a norma impugnada.

Nessa mesma ação, o Ministro Sepúlveda Pertence acrescentou que, embora a livre iniciativa exerça papel central, ela não tem força normativa suficiente para obstar atividade regulatória que compreende, necessariamente, o controle de preços. Nessa lógica, asseverou o Ministro Celso de Mello que todas as atividades econômicas estão sujeitas à fiscalização do Poder Público e passíveis de terem seu preço regulado – especialmente se forem de interesse social –, uma vez que estão incluídas na esfera de abrangência constitucional do poder de intervenção regulatória do Estado – art. 174 da CF.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/1993, p. 51.

Em oposição, o Ministro Marco Aurélio argumentou que a aplicação do princípio da livre iniciativa deve estar em assonância com a dinâmica do mercado, sob pena de comprometer sua eficácia. O Ministro alegou que a alteração artificial dos preços, via atividade legiferante, tem como efeito o que, em tese, se quer evitar: o desestímulo à atividade econômica.

O controle de preços, para ele, quando não excepcional, inibe a iniciativa privada pois desequilibra as relações jurídicas ao introduzir mecanismos de preço que colocam em segundo plano a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores de serviço a aceitá-los ainda que prejudique a qualidade da atividade e do empreendimento econômico.

Apesar dessa objeção, o STF, majoritariamente, entendeu que (i) o princípio da livre iniciativa implica a liberdade de exercer atividade econômica e de livre determinação de preços, mas (ii) pode ter seu sentido e alcance limitado em benefício da justiça social, pois é (iii) autorizada a intervenção estatal no domínio econômico, conforme depreende-se do art. 174, *caput*, da CF, para (iv) reprimir o aumento arbitrário de lucros, *a priori*, inclusive, se o caso for de interesse social.

5.3 Meia entrada

Ante o exposto, ressalto que a ADI nº 319 QO foi precedente para decidir as ações desse tópico, isto é, a ADI nº 1950 e a ADI nº 3512. Assim, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950 a requerente, Confederação Nacional do Comércio – CNC, pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 7.844/92³⁸, do Estado de São Paulo, que concedia a meia entrada do valor dos ingressos em espaços de lazer aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. A requerente sustentou que a lei em comento colidia com os arts. 170 e 174 da Constituição Federal, configurando indevida intervenção do Estado na economia.

³⁸ O preceito impugnado tem o seguinte teor:

“Art. 1º Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos 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.”

Em semelhança, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3512 o requerente, o Governador do Estado do Espírito Santo, questionou a constitucionalidade da Lei estadual nº 7.735/04³⁹ que assegurava a meia entrada do valor dos ingressos cobrados em locais públicos de cultura e lazer aos doadores regulares de sangue. O requerente sustentou que a lei em comento colidia com os arts. 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, 84, incisos II e IV, alínea “a”, e 199, § 4º, todos da CF.

Em ambas ações foram julgadas improcedentes, por maioria dos votos, nos termos do voto do relator. Desta feita, cabe analisar como a aplicação do princípio da livre iniciativa corroborou o controle de preços firmado nos normativos contestados.

Nessas ações, o Ministro Relator demonstrou que a Constituição Federal, ao postular o princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e da ordem econômica, curou que sua operacionalidade estivesse vinculada à justiça social. Dessa forma, o princípio da livre iniciativa não poderia ser entendido, exclusivamente, como afirmação da liberdade de desenvolvimento de empresa, do liberalismo econômico ou do sistema capitalista, antes, deveria ser interpretado enquanto componente da ordem econômica diretiva. Assim, apesar de seu papel primordial, a livre iniciativa não legitima a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais, ao contrário.

³⁹ O preceito impugnado tem o seguinte teor:

Art. 1º Fica instituída a ½ (meia) entrada para doadores regulares de sangue, em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do Estado do Espírito Santo.

Art. 2º A ½ (meia) entrada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor do ingresso cobrado, sem restrição de data e horário.

Art. 3º Para efeitos desta lei, são considerados doadores regulares de sangue aqueles registrados no hemocentro e nos bancos de sangue dos hospitais do Estado, identificados por documento oficial expedido pela Secretaria de Estado da Saúde – SESA.

Art. 4º A SESA emitirá carteira de controle das doações de sangue, comprovando a regularidade das doações.

Art. 5º São considerados locais públicos estaduais para efeitos desta Lei, os teatros, os museus, os cinemas, os circos, as feiras, as exposições zoológicas, os parques, os pontos turísticos, os estádios e congêneres.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Para o Ministro Relator, a escolha do Constituinte em alocar a livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho humano indica que além da liberdade de iniciativa privada há, em pé de igualdade, a liberdade de iniciativa do próprio Estado enquanto agente econômico e regulador. Ou seja, de acordo com a interpretação do Ministro, não há de se falar em Estado mínimo.

Ainda, o Ministro complementou a tese firmada na ADI 319 QO alegando que o Estado não só pode como deve regular a política de preços de bens e serviços. Assim, no caso de concessão de meia entrada a espaços de cultura e lazer, o ministro apontou que:

No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina do Estado a adoção de **todas** as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras 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 do estudante, não apresenta maiores dificuldades.⁴⁰(G. N.)

Outro argumento apresentado em seus votos, foi que essa modalidade de intervenção estatal na política de preços é benéfica, pois trata-se de “intervenção por indução”, ou seja, do Estado manipulando os instrumentos do sistema econômico com o objetivo de levar os agentes econômicos a uma “opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual⁴¹”. Logo, trata-se de um estímulo ou, como chamou o Ministro, está-se a falar de Direito premial.

Nessa perspectiva, os votos dos Ministros Carlos Britto e Nelson Jobim chamam a atenção para dois fatores: O primeiro fator diz respeito à função

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 64.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/02/2006, p.101.

social dos bens e valores culturais, pois, de acordo com os Ministros, ainda que eles estejam “franqueados à exploração econômica, à iniciativa privada”, têm de cumprir uma função social mais forte. Isto é, ao interpretar o art. 170, inciso III da Constituição Federal os Ministros concluem que a liberdade de um agente econômico para estabelecer as condições de seu trabalho está condicionado a um bem querer coletivo.

Quanto ao segundo fator, trata-se da compreensão dos Ministros sobre como o mercado pode se recuperar da intervenção do Estado na política de preços:

Ministro, vamos falar claro, não há problema nenhum, porque isso tudo é descontado em relação aos que pagam inteira. Quer dizer, o cálculo da inteira é todo ele rateado, então não há problema. Ninguém está pagando nada, é uma socialização dos menores.⁴²

E já que vossa excelência lembrou, a questão do custo é resolvida por um jogo de mercado que se sabe, por antecipação, estar nesse subsídio cruzado. O próprio empresário se defende daquilo que lhe é exigido, em termos de redução de preços para os estudantes, aumentando o valor dos ingressos de suas casas de espetáculo – quase tudo aqui se refere a casas de espetáculo.⁴³

Ou seja, frente à intervenção substancial do Estado, enquanto garantidor do bem comum, o STF não vislumbra problema em onerar os demais consumidores dos serviços prestados.

Porém, em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio ressaltou em seu argumento tratar de intervenção indevida do Estado no domínio econômico, pois malferir o princípio da livre iniciativa sem oferecer ao agente econômico uma contrapartida. Destaco, de seu voto, o comentário feito sobre a norma Constitucional:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da Lei, as funções de fiscalização, incentivo – *incentivo à atividade econômica!* – e planejamento, sendo este – *o planejamento e não a gratuidade, muito embora a gratuidade de forma parcial* –

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 66.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 67.

determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁴⁴ (G. N)

Por fim, o Ministro alegou que essa alteração artificial no preço tem como consequência a majoração da entrada para aqueles que não têm o benefício, causando uma desvantagem significativa aos consumidores e àqueles que se lançam ao mercado e acabam à mercê das incertezas jurídicas, rebatendo, desse modo, a “lógica” dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Britto para solucionar o desequilíbrio econômico-financeiro gerado pelo Estado.

Na esteira do Ministro Marco Aurélio, o voto do Ministro Cezar Peluso expôs que, para além dessa forma de tabelamento de preços interferir em relações contratuais, o STF não haveria de reconhecer, nessa atividade econômica, o argumento de que compete ao Estado proporcionar os meios de acesso à cultura e à educação, conforme alegaram os demais Ministros com fulcro no art. 23, inciso V⁴⁵ da Constituição Federal, afinal, impor esse ônus à iniciativa privada não é “proporcionar nada”, mas obrigar o particular a proporcionar.

Nesses acórdãos, portanto, a tendência majoritária do STF reiterou a tese firmada na ADI nº 319 QO de que, via ação legislativa, o Estado pode regular a política de preços de bens e serviços, principalmente, se o bem ou o serviço em questão for atividade econômica de interesse coletivo. O princípio da livre iniciativa, por conseguinte, não teria força normativa suficiente para obstar a concretização das demais regras e princípios da Ordem Social mediante intervenção estatal e às custas da iniciativa privada.

5.4 Medicamentos

Inserese, nessa categoria, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28487 cuja requerente, Expressa Distribuidora de

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 65.

⁴⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

Medicamentos Ltda, pleiteou a suspensão dos efeitos da Resolução CMED⁴⁶ nº 4/2006 ou, alternativamente, a determinação da reavaliação do percentual do Coeficiente de Adequação de Preço⁴⁷ (CAP), sendo este um desconto obrigatório nas vendas de medicamentos para entes da Administração Pública.

Ainda, a requerente alegou que a competência da CMED⁴⁸ para estabelecer critérios de fixação e ajustes de preços de medicamentos não legitimava a imposição unilateral de descontos para a maioria dos medicamentos a serem comprados pela Administração Pública sob risco de afrontar os princípios constitucionais da ordem econômica: a livre concorrência e a livre iniciativa.

Para o Ministro Relator Dias Toffoli, entretanto, a irrisignação da requerente não merecia vingar, pois não há entre o Poder Público e a empresa fornecedora de medicamentos obrigação de contratar. À vista disso, contrapôs-se ao argumento de que a imposição horizontal de descontos obrigatórios “viola os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, os quais não comportam o ‘controle de preços’, salvo em casos excepcionais”⁴⁹, alegando que o órgão técnico – juridicamente competente para regulamentar a dinâmica comercial entre particulares e o Poder Público nesse nicho econômico – agiu em conformidade com suas atribuições.

⁴⁶ “ A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é o órgão interministerial responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil e a Anvisa exerce o papel de Secretaria-Executiva da Câmara. A CMED estabelece limites para preços de medicamentos, adota regras que estimulam a concorrência no setor, monitora a comercialização e aplica penalidades quando suas regras são descumpridas. É responsável também pela fixação e monitoramento da aplicação do desconto mínimo obrigatório para compras públicas.” Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/cmmed>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁴⁷ Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/compras-publicas>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁴⁸ A competência da CMED para estabelecer critérios de fixação e ajustes de preços é delegada pela Lei nº 10.742/03 em que se lê:

“Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

[...]

II – estabelecer critérios para fixação e ajustes de preços de medicamentos.”

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RMS nº 28487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/02/2013, p. 2 e 9.

Nessa perspectiva, o Ministro retomou argumentos importantes sobre a viabilidade constitucional de o Estado controlar o preço de atividades econômicas tendo em vista o princípio da livre iniciativa.

Desse modo, quanto à intervenção do Estado no regime de preços, o Ministro asseverou ser premente a necessidade de justificá-la, isto é, não se conclui, *prima facie*, que há ampla legitimidade de intervenção estatal. Quanto ao argumento de que o Estado deve reprimir o aumento arbitrário dos lucros – art. 173 § 4º da CF – o Ministro sustentou que, de fato, deve ocorrer, mas apenas quando se faz necessária, ou seja, quando o abuso estiver evidente⁵⁰ e não quando, sob o fito de inibir o abuso do poder econômico, autoriza-se postura intervencionista do Estado. Nota-se, portanto, que a intervenção do Estado, diferentemente do que se tentou estabelecer nos julgamentos das ADI 319 QO, ADI 1950 e ADI 3512, ocorre *a posteriori*⁵¹.

Ademais, nesse caso, o Ministro estabeleceu que o equilíbrio entre a ordem econômica, representada pelo princípio da livre iniciativa, e a ordem social, representada pela promoção ao acesso à saúde através de medicamentos, foi contemplado na medida em que o estabelecimento máximo do preço para comercializar com a Administração Pública não impôs,

⁵⁰ Em seu voto, o Ministro aduz ao fato de que, historicamente, o setor farmacêutico abusou de seu poder econômico, aumentando exponencialmente os preços dos medicamentos e interferindo na entrada de novos *players* no mercado. Logo, haveria justificativa de intervenção do Estado nos preços de venda de medicamentos para o setor público.

⁵¹ Em seu voto, o Ministro destacou o seguinte excerto da manifestação da AGU: “A regulação econômica para o setor farmacêutico, adveio como resultado de peculiaridades específicas que esse mercado apresentava, que eram as chamadas ‘falhas de mercado’, onde se destacavam, dentre outras, a significativa concentração da oferta por classes terapêuticas, a inelasticidade da demanda ao aumento de preços, as elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, a presença do consumidor substituto, já que é o médico quem escolhe o medicamento que será consumido, além da forte assimetria de informações, que garantiam enorme poder de mercado aos produtores e aos vendedores. Tudo isso garantindo a manipulação do mercado em prejuízo do consumidor. [...] Portanto, no caso específico do setor farmacêutico, a conduta que mais afetava a sociedade era o aumento de preços continuado, que drenava renda dos consumidores e limitava o acesso de parte da população ao produto essencial [...]”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RMS nº 28487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/02/2013, p. 19.

Nesse mesmo sentido, destaca-se argumento do Min. Marco Aurélio, voto divergente, no julgamento da ADI nº 319 QO: “A exceção ocorre à conta das hipóteses em que configurado abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros – artigo 173, § 4º, quando, então, a repressão se impõe”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 319 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/93, p. 67.

arbitrariamente, ônus à iniciativa privada. A regulação desse setor, através de órgão técnico, demonstrou expertise para avaliar as peculiaridades do mercado de medicamentos e, por consequência, possibilitar relação econômica vantajosa para ambas as partes.

Por fim, concluiu que a preocupação social agregada aos princípios gerais da atividade econômica não é óbice à liberdade de iniciativa, sendo razoável a norma reguladora de preços que prevê um desconto mínimo obrigatório quando, voluntariamente, o ente privado deseja comercializar com a Administração Pública⁵².

5.5 Conclusões parciais

Ante o exposto, é possível confirmar que a tendência do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de reconhecer a possibilidade de o Estado regular o regime de preços de atividades econômicas de interesse social através de atividade legiferante.

Para sustentar essa tese, é notório que dentre os argumentos dos Ministros haja uma tendência a vincular a intervenção do Estado no regime de preços à repressão ao aumento arbitrário dos lucros. Apesar de entender a preocupação dos Ministros, haja vista que as hipóteses de abuso do poder econômico são fatores que ferem o princípio da livre iniciativa, há critérios técnicos para definir quando o aumento de lucros é, de fato, arbitrário e abusivo.

Isto é, órgãos como a CMED e o CADE conseguem apurar quando há práticas econômicas abusivas, no entanto, essas apurações levam em consideração a dinâmica de mercado, que não é compreendida tão somente pelo prisma jurídico, mas econômico e financeiro.

Assim, seria o STF competente para determinar, exclusivamente com base no texto constitucional, quando há um aumento arbitrário dos lucros?

⁵² Destaca-se do relatório do ministro o seguinte excerto: "A política de regulação pelo critério de teto [de] preço[s]' (fl. 509) adotada pela CMED está prevista no art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.742/03, o que não esvazia a discricionariedade dos laboratórios na fixação de políticas de comercialização dos medicamentos, respeitados os limites diferenciados de valor estabelecidos para vendas a empresas do setor privado e aquelas relacionadas com o Poder Público." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RMS nº 28487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/02/2013, p. 8.

Exceto no caso do RMS nº 28487, em nenhum voto foi mencionado critérios objetivos ou sequer o nexo de causalidade entre aumentar o preço de determinada atividade econômica e o aumento arbitrário de lucros, logo, qual a garantia que a iniciativa privada tem de que o Estado, arbitrariamente, não acusará seus rendimentos como fruto de práticas abusivas?

Outro argumento bastante abordado foi o da prevalência do interesse público sobre a dinâmica da ordem econômica, especialmente, sobre o princípio da livre iniciativa. Desse entendimento, cabe a indagação: em face dos princípios constitucionais de caráter social, não seria a livre iniciativa tão fundamental quanto os demais para concretizar os objetivos e valores positivados nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal? Afinal, um Estado com liberdade econômica, isto é, com liberdade para desenvolver seu mercado é capaz de estruturar e manter boas políticas públicas que afetem diretamente a sociedade⁵³.

Por fim, destaco que os argumentos utilizados para restringir o campo de incidência da livre iniciativa ao autorizar o controle de preços foram eminentemente meta-jurídicos. Julgo essencial frisar os seguintes argumentos:

A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público. É nesse contexto que se há

⁵³ Extrai-se de artigo produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) o seguinte excerto: "A relação entre a qualidade das instituições e a riqueza de um país é direta. Boas entidades providenciam os incentivos corretos ao trabalho honesto, promovem os mais eficientes e impulsionam o crescimento de uma nação. Por outro lado, instituições ineficientes promovem a corrupção, recompensam os menos aptos e punem os indivíduos que se esforçam por uma sociedade melhor. A implicação disso é óbvia: países com as melhores entidades serão mais ricos que países com as inadequadas. [...] Não existe uma nação rica que possa ser classificada como totalitária do ponto de vista econômico. Também não há uma pobre que possa ser classificada como livre do ponto de vista econômico. Assim, parece que uma importante resolução para garantir a riqueza de uma nação é o compromisso com a liberdade econômica. Instituições que promovam esta liberdade, também o farão com o crescimento e o enriquecimento de um país. Por outro lado, entidades que falhem em promover a liberdade econômica acarretarão pobreza e atraso aos países que as adotarem." SACHSIDA, Adolfo. Qualidade das instituições e crescimento econômico, *Boletim regional, urbano e ambiental*, 05 jun. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5666/1/BRU_n5_qualidade.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.⁵⁴ (SILVA, 1989, págs. 663/664, apud, ALVES, 1993, p. 53)

Finalmente, esse tipo de incentivo serve não só à divulgação da cultura, em si, que é um dever do Estado, como também ao acesso de estudantes aos bens culturais.⁵⁵

Ora, como o mercado é movido por interesses egoísticos – a busca do maior lucro possível – e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem.⁵⁶

À vista disso, concluo que o STF tende a sopesar o princípio da livre iniciativa com os demais princípios da ordem social, mas assim o faz com a ideia de que esses últimos devem ser priorizados. Assim, o princípio da livre iniciativa tem seu sentido e alcance mitigado e, por conseguinte, o controle de preços é autorizado com certa largueza, sempre, claro, visando ao bem coletivo de grupos específicos.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/1993, p. 53.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 67.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/02/2006, p. 98.

6 CATEGORIA 3: SERVIÇO PÚBLICO

6.1 Sistematização dos acórdãos

Nessa categoria, destacam-se os acórdãos concernentes a serviços públicos, quais sejam transporte coletivo urbano e transporte aéreo. Para fins operacionais, serviço público é compreendido como a prestação que a Administração Pública efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral⁵⁷, cabendo ao Estado a reserva do poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar a prestação do serviço, o que inclui, conseqüentemente, o controle tarifário.

Ressalto que entrar na discussão se serviço público pode ser considerado atividade econômica não era a abordagem inicial da pesquisa, mas tendo em vista que a aplicação dos critérios de pesquisa trouxe acórdãos com esse perfil, decidi mantê-los na análise, até porque alguns autores como Vitor R. Schirato⁵⁸ consideram o serviço público como uma espécie de atividade econômica.

A arquitetura da Constituição Federal classifica todos os artigos da ordem econômica como princípios gerais da atividade econômica, conforme lê-se no Capítulo I do Título VII, logo, é possível considerar serviço público uma “espécie” de atividade alocada no “gênero” atividade econômica, destarte, no que concerne ao regime de preços tem-se a estrutura tarifária.⁵⁹

Assim, tendo em vista as particularidades do serviço público, considero as características de direito público, incidentes sobre essas atividades,

⁵⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 399.

⁵⁸ Para o autor, “o elemento definidor dos serviços públicos não é um regime jurídico de direito público ou uma exclusividade estatal (configurada como uma prerrogativa no Brasil), mas sim é a existência de uma obrigação do Estado e de direitos subjetivos dos cidadãos”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de Serviço Público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 103.

⁵⁹ Ratifica esse entendimento o Ministro Eros Grau, eis que, nas palavras deles “Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota *gênero*, de outra as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie.” GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 139.

principalmente a regra de equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, o parâmetro de análise do controle de preços no caso de serviços públicos é distinto das demais atividades econômicas.

Para facilitar a explanação da análise, essa categoria será subdividida em (i) transporte coletivo urbano⁶⁰ e (ii) transporte aéreo⁶¹.

Os acórdãos concernentes ao transporte coletivo urbano discutiram a viabilidade constitucional em conceder a meia passagem aos estudantes e o passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Por sua vez, o acórdão concernente ao transporte aéreo tratou da isenção da parcela relativa ao ICMS no preço das passagens aéreas.

6.2 Transporte coletivo urbano

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 845, o Governador do Estado do Amapá ajuizou a ação em face do artigo 224 da Constituição do Estado do Amapá⁶² cujo teor era a garantia ao direito à meia passagem ao estudante de qualquer nível nos transportes coletivos urbanos, rodoviários e aquaviários, municipais e intermunicipais.

O requerente alegou que a norma afrontou o disposto nos arts. 1º, IV⁶³; 5º, *caput*, I⁶⁴ e XXII, e 170, *caput*⁶⁵, todos da Constituição Federal; gerou distorções econômicas; obstou a persecução de lucro das empresas concessionárias de transporte; e usurpou competência legislativa.

⁶⁰ Os acórdãos inseridos nessa divisão são: ADI 845/AP, j. 22/11/2007 e a ADI 2649/DF, j. 08/05/2008.

⁶¹ O acórdão analisado nessa divisão é: RE 559.816, j. 12/04/2011.

⁶² Art. 224. O Estado garantirá o direito a meia passagem ao estudante de qualquer nível, nos transportes coletivos urbanos, rodoviários e aquaviários, municipais e intermunicipais, mediante lei.

⁶³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade.

⁶⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]

Entretanto, para o Ministro Relator Eros Grau, a norma impugnada apenas avançou sobre competência local, não obstante, no que versa sobre à garantia de meia entrada não houve inconstitucionalidade.

Assim sendo, o Ministro estabeleceu que tratando-se de serviço público o princípio da livre iniciativa não se expressa enquanto faculdade de criar e explorar atividade econômica, sendo a prestação dos serviços públicos pelo setor privado realizada através de concessão ou permissão, observado o disposto no art. 175 da Constituição Federal⁶⁶.

De acordo com o voto do Ministro, a alteração no regime de preços dessa modalidade de serviço é justificada na medida em que tiver sido ponderada na formulação econômico-financeira do contrato de concessão. Logo, não haveria de se apontar afronta ao princípio da livre iniciativa, visto não serem os serviços públicos passíveis de sua influência, e nem de uma ingerência indevida, pois as oscilações no custo da prestação do serviço de transporte poderiam ser reajustadas entre a Administração Pública e o concessionário.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, assinalou que no caso em análise a obrigação criada pela Constituição do Estado do Amapá impunha um ônus ao Estado e não à iniciativa privada, conforme ocorreu nos casos de concessão de meia entrada analisados na Categoria 2. Desse modo, argumentou que as alterações no regime de preços não causariam um dano às concessionárias, pois o próprio regime jurídico da concessão haveria de contemplar a consideração das meias passagens ao fixar as tarifas.

Por fim, os demais Ministros centraram seus votos em aspectos formais, isto é, da competência dos entes federativos para legislar sobre transporte coletivo, sem atentarem ao impacto tarifário e ao princípio da livre iniciativa. Por conseguinte, no que diz respeito aos aspectos materiais – regime tarifário e livre iniciativa – a ADI foi julgada improcedente, por maioria dos votos.

⁶⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ao mesmo passo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649 tratou da concessão de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência. Nesse caso, a requerente, Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de passageiros – ABRATI, ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nacional nº 8.899/94⁶⁷.

A requerente afirmou que o benefício conferido caracterizava uma ação de assistência social o que implicaria a obrigatoriedade da indicação da fonte de custeio, conforme art. 195 § 5º⁶⁸ da Constituição Federal, caso contrário, estaria o Poder Público violando flagrantemente os princípios da ordem econômica, especialmente, à livre iniciativa. *In verbis*:

A Autora assinala que, ao privar as empresas por ela representadas do aproveitamento parcial de seu patrimônio, o Poder Público teria se contraposto à livre iniciativa e ao direito de propriedade, estando, portanto, inquinada de inconstitucionalidade a lei em questão.⁶⁹

Não obstante, a Ministra Relatora Cármen Lúcia teceu seu raciocínio tendo como base o princípio da solidariedade, afirmando ser este o condão essencial para orientar a correta interpretação das normas constitucionais e apreciação da subsunção na norma *sub judice*. Destaca-se de seu voto o seguinte entendimento:

⁶⁷ Aduz a norma questionada:

“Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.”

⁶⁸ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...]

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p.32.

O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de 'a cada um o que é seu', mas 'a cada um segundo a sua necessidade'. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão de toda a sociedade.⁷⁰

A Ministra determinou ser este o cenário constitucional no qual se encontra a norma contestada pela requerente e o próprio substrato do espírito do legislador ao concretizar os objetivos da República através da concessão do passe livre aos portadores de deficiência.

Nesse sentido, o princípio da livre iniciativa deveria ser interpretado em consonância com a finalidade estabelecida pelo Constituinte, qual seja "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...⁷¹". Esse mesmo raciocínio, para a Ministra Cármen Lúcia, deve ser aplicado aos serviços públicos, ou seja, o desempenho dos transportes coletivos deve obedecer às regras específicas que o bem-estar da sociedade haveria de determinar.

Embora reconheça que a livre iniciativa signifique "a liberdade de comércio e de indústria, a liberdade empresarial e a liberdade contratual", essas formas de exercer a liberdade estariam adstritas à criação e ao desempenho das atividades para as quais foram criadas, mas quando em parceria com Administração Pública seu exercício fica condicionado a demandas sociais⁷².

Assim, quando a atividade econômica se volta à prestação de serviço público, o regime não é mais de livre iniciativa, mas, de acordo com a

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 43.

⁷¹ Artigo 170 da Constituição Federal.

⁷² A Ministra Cármen Lúcia faz a seguinte afirmação: "O empresário que constitui uma empresa voltada à prestação de serviço de transporte coletivo ampara-se no princípio constitucional da livre iniciativa para constituir a sua empresa, não dispõe de ampla liberdade para a prestação daquele serviço. Porque ele é concessionário ou permissionário de um serviço público. E quanto a esse nem ao menos o Poder Público tem liberdade. Presta-o porque tem de, não porque assim quer ou como decide. A decisão sobre esse serviço, a sua qualidade de serviço público está na Constituição (art. 21, inc. XII, al. e)" SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 47.

Ministra, de “iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade⁷³”.

Portanto, a prestação de um serviço público estaria subjugada ao interesse público, no caso, a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais; sendo essa a justificativa constitucional, extraída pela Ministra, para autorizar a alteração no regime tarifário dos concessionários.

Quanto ao argumento levantado pela requerente de que essa intervenção importaria um ônus econômico não suportado pelas empresas, a Ministra ressaltou que a irresignação não mereceria prosperar, haja vista que (i) a intervenção do Estado no domínio econômico para oferecer melhores condições de vida aos portadores de deficiência é compatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, “que se caracteriza por intervir socioeconomicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana⁷⁴” e (ii) que os ônus decorrentes de quaisquer condições de prestação do serviço público são repassados aos usuários, reequilibrando as alterações econômicas.

Na esteira do voto da Ministra Relatora, acompanharam-na os Ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, enfatizando apenas que está assegurado aos concessionários o equilíbrio econômico-financeiro em sede de Direito Administrativo⁷⁵.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a norma impugnada não se coaduna com a Constituição Federal, pois ainda que fosse via concessão o serviço continuava sendo prestado pela iniciativa privada e,

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 47.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 50.

⁷⁵ Do voto do Ministro Cezar Peluso extrai-se o seguinte excerto: “De modo que, como **factum principis**, se eventualmente, nos termos da regulamentação, a imposição – porque de certo modo o é – desse ônus aos concessionários, permissionários ou autorizatários, implicar-lhes desequilíbrio contratual, têm eles duas saídas: ou acordam com o Poder Executivo a correspondente reestruturação, ou pedem-lhe a rescisão. É a solução que cabe no caso.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 66.

além do mais, pelo caráter da norma o benefício concedido era próprio de assistência social, cabendo, portanto, intervenção direta do Estado e alocação dos recursos próprios do orçamento da seguridade social.

Apesar da breve dissidência do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal conheceu a ação direta e por maioria, nos termos do voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, julgou-a improcedente.

6.3 Transporte aéreo

Insera-se nessa análise o RE 559.816 AgR cuja autora, a Líder de Taxi Aéreo S.A. – Air Brasil, contestou a condenação à restituição das quantias indevidas e ilegalmente cobradas dos consumidores sobre o preço das passagens aéreas. Ocorre que essa decisão se deu em razão de a empresa aérea ter sido isentada do ICMS, de modo que deveria ter deixado de cobrar dos usuários a parcela relativa a esse tributo no valor de suas passagens.

Para a Ministra Relatora Ellen Gracie, no entanto, não caberia a acusação de que a condenação seria uma afronta ao princípio da livre iniciativa, visto que não interferiu na fixação dos preços das passagens aéreas⁷⁶, apenas coibiu seu aumento abusivo, sendo negado provimento a esse agravo.

Portanto, em que pese o fato de o acórdão conter apenas o relatório e o voto da Ministra Ellen Gracie, conclui-se que a liberdade de fixação dos preços é inerente ao princípio da livre iniciativa, assim, como a sanção aplicada à autora foi em razão da não isenção da parcela do ICMS no valor das passagens e não pelo valor em si, não haveria de se alegar violação à livre iniciativa.

6.4 Conclusões parciais

Pelo exposto, pode-se notar que o STF tende a afastar a aplicação do princípio da livre iniciativa ao regime de concessão de serviço público e a admitir o controle e a alteração de tarifas por força da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro.

⁷⁶ No setor de transporte aéreo, sobretudo de táxi aéreo, não há controle tarifário, cabendo, deste modo, apurar a diferença quanto à essencialidade e à titularidade do serviço.

No entanto, tendo em vista o argumento da Ministra Cármen Lúcia que a livre iniciativa deve ser entendida à luz do princípio da solidariedade, persiste a dúvida sobre os limites de intervenção do Estado na economia, afinal, qual atividade econômica estaria imune ao controle do Estado? Pela tendência majoritária do STF, nenhuma.

7 CONCLUSÃO

Finda a análise proposta, é possível responder à pergunta de pesquisa tendo em perspectiva dois diagnósticos, o primeiro, diz respeito à tendência do STF para decidir o controle de preços de atividades econômicas; e o segundo, sobre a tensão causada pelos princípios de ordem social ao princípio da livre iniciativa.

Como observado, a tendência majoritária do STF foi a de autorizar que o Estado interviesse na dinâmica de preços de atividades econômicas através de atividade legiferante. Para tanto, lastreou essa possibilidade na função, prevista no art. 174 da CF, de agente normativo e regulador sem, contudo, enfrentar a previsão, contida nesse mesmo artigo, de que as leis estabelecidas serão apenas indicativas ao setor privado.

Nesse mesmo sentido, a autorização para controlar o regime de preços foi fundamentada na finalidade da ordem econômica – assegurar a todos existência digna – de modo que, a depender das perspectivas pessoais dos Ministros, o princípio da livre iniciativa não pôde ser aplicado como restrição à atuação do Estado.

Quanto à tensão causada pelos princípios de ordem social, a interpretação sistêmica da Constituição Federal, que contém muito princípios, confere à livre iniciativa uma dinâmica distinta da lógica de mercado, isto é, da primazia da persecução de resultados individuais a partir da liberdade de trabalho, de ofício e de contrato.

Portanto, no que concerne à aplicação do princípio da livre iniciativa ao decidir sobre o controle de preços de atividades econômicas, não houve uma relação direta e necessária entre estabelecer um conceito e autorizar ou não o controle de preços.

Ainda, o STF mostrou ser a livre iniciativa elemento central a ser considerado na fundamentação dos argumentos abordados pelos Ministros, porém, diferentemente do que eu esperava, os Ministros não se valeram de correntes interpretativas, mas de considerações meta-jurídicas sobre o funcionamento da economia.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ivan D. Rodrigues; PIRAGIBE, Christóvão Tostes. *Teoria e prática do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1988, p. 28.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 139.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 399.

SACHSIDA, Adolfo. Qualidade das instituições e crescimento econômico, *Boletim regional, urbano e ambiental*, 05 jun. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5666/1/BRU_n5_qualidade.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Malheiros Editores, 2014, p. 225.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de Serviço Público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 103.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 249.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 665.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 673.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 678.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 682.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE nº 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06/12/2005, p. 688.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE nº 632.644 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/04/2012, p. 10-15.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE nº 632.644 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/04/2012, p. 14.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 16.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 19.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI nº 4862/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/08/2016, p. 30.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/1993, p. 51.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 64.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/02/2006, p.101.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 66.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 67.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 65.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RMS nº 28487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/02/2013, p. 2 e 9.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RMS nº 28487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/02/2013, p. 19.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 319 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/93, p. 67.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/03/1993, p. 53.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2005, p. 67.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/02/2006, p. 98.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 43.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 47.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 47.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, p. 66.

9 APÊNDICES

APÊNDICE A

Fonte de pesquisa – endereço eletrônico do STF.				
Expressão de busca: “livre adj iniciativa”	Acórdão	Julgamento	Preenchimento dos critérios: (i) Temporal (termo inicial: CF/88; termo final: agosto/2019) (ii) Controle de preços	Inclusão/exclusão
1	ADI 319 QO	03/03/1993	(i) e(ii)	inclusão
2	ADI 1094 MC	21/09/1995	(i)	exclusão
3	RMS 22111	14/11/1996	(i)	exclusão
4	RE 203358 AgR	29/04/1997	(i)	exclusão
5	RE 174645	17/11/1997	(i)	exclusão
6	RE 185659	05/05/1998	(i)	exclusão
7	AI 214756 AgR	03/11/1998	(i)e(ii)	inclusão
8	ADI 1952 MC	12/08/1999	(i)	exclusão
9	RE 214382	21/09/1999	(i)	exclusão
10	RE 259236	04/04/2000	(i)	exclusão
11	RE 226836 AgR	12/09/2000	(i)	exclusão
12	RE 189170	01/02/2001	(i)	exclusão
13	RE 267161	17/04/2001	(i)	exclusão
14	AI 310633 AgR	12/06/2001	(i)	exclusão
15	AI 274969 AgR	18/09/2001	(i)	exclusão
16	RE 321796 AgR	08/10/2002	(i)	exclusão
17	ADI 2334	24/04/2003	(i)	exclusão
18	ADI 1281	11/03/2004	(i)	exclusão
19	AI 481886 AgR	15/02/2005	(i)	exclusão
20	RE 199101	14/06/2005	(i)	exclusão

21	RE 349686	14/06/2005	(i)	exclusão
22	ADI 1007	31/08/2005	(i)	exclusão
23	ADI 1950	03/11/2005	(i)e(ii)	inclusão
24	ADI 3098	24/11/2005	(i)e(ii)	exclusão
25	RE 422941	06/12/2005	(i)e(ii)	inclusão
26	RE 441817 AgR	13/12/2005	(i)	exclusão
27	ADI 3512	15/02/2006	(i)e(ii)	inclusão
28	RE 409633 AgR	21/02/2006	(i)	exclusão
29	ADI 1646	02/08/2006	(i)	exclusão
30	RE 451152	22/08/2006	(i)	exclusão
31	ADI 3426	22/03/2007	(i)	exclusão
32	RE 370682	25/06/2007	(i)	exclusão
33	ADI 845	22/11/2007	(i)e(ii)	inclusão
34	AI 577161 ED	11/12/2007	(i)	exclusão
35	STA 171 AgR	12/12/2007	(i)	exclusão
36	ADI 2832	07/05/2008	(i)	exclusão
37	ADI 2649	08/05/2008	(i)e(ii)	inclusão
38	ADI 3937 MC	04/06/2008	(i)	exclusão
39	ADI 1194	20/05/2009	(i)	exclusão
40	RE 583992 AgR	26/05/2009	(i)e(ii)	inclusão
41	ADPF 101	24/06/2009	(i)	exclusão
42	ADPF 46	05/08/2009	(i)	exclusão
43	RMS 23732	17/11/2009	(i)	exclusão
44	RE 399307 AgR	16/03/2010	(i)	exclusão
45	RE 454753 AgR	20/04/2010	(i)	exclusão
46	AI 683098 AgR	01/06/2010	(i)e(ii)	inclusão
47	RE 259976 AgR-ED	19/10/2010	(i)	exclusão
48	RE 598537 AgR	01/02/2011	(i)e(ii)	inclusão
49	AI 636883 AgR	08/02/2011	(i)	exclusão
50	AI 551556 AgR	01/03/2011	(i)	exclusão
51	AI 832292 AgR	22/03/2011	(i)e(ii)	inclusão
52	RE 559816 AgR	12/04/2011	(i)e(ii)	inclusão

53	RE 599628	25/05/2011	(i)	exclusão
54	AI 813180 AqR	31/05/2011	(i)e(ii)	inclusão
55	AI 629125 AqR	30/08/2011	(i)	exclusão
56	ADI 374	22/03/2012	(i)	exclusão
57	RE 632644 AqR	10/04/2012	(i)e(ii)	inclusão
58	ADI 3330	03/05/2012	(i)	exclusão
59	AI 558682 AqR	29/05/2012	(i)	exclusão
60	AI 777361 AqR	26/06/2012	(i)e(ii)	inclusão
61	RE 648622 AqR	20/11/2012	(i)e(ii)	inclusão
62	RMS 28487	26/02/2013	(i)e(ii)	inclusão
63	RE 601392	28/02/2013	(i)	exclusão
64	MS 25855	20/03/2013	(i)	exclusão
65	HC 106808	09/04/2013	(i)	exclusão
66	RE 550769	22/05/2013	(i)	exclusão
67	ARE 754947 AqR	06/08/2013	(i)	exclusão
68	ADI 2669	05/02/2014	(i)	exclusão
69	AI 769177 AqR	18/02/2014	(i)	exclusão
70	RE 565048	29/05/2014	(i)	exclusão
71	RE 599176	05/06/2014	(i)	exclusão
72	RE 722158 AqR	24/06/2014	(i)	exclusão
73	ADI 4093	24/09/2014	(i)	exclusão
74	ADI 4952 AqR	29/10/2014	(i)	exclusão
75	AI 631016 AqR-AqR	03/02/2015	(i)e(ii)	inclusão
76	RE 586224	05/03/2015	(i)	exclusão
77	ADI 1923	16/04/2015	(i)	exclusão
78	RE 630256 AqR	26/05/2015	(i)	exclusão
79	ACO 1460 AqR	07/10/2015	(i)	exclusão
80	ARE 837436 AqR	15/03/2016	(i)	exclusão
81	ARE 944189 AqR	15/03/2016	(i)	exclusão
82	ADI 5357 MC-Ref	09/06/2016	(i)	exclusão
83	ADI 4862	18/08/2016	(i)e(ii)	inclusão

84	ADI 2777	19/10/2016	(i)	exclusão
85	RE 593849	19/10/2016	(i)	exclusão
86	ADI 5062	27/10/2016	(i)	exclusão
87	ADI 5135	09/11/2016	(i)	exclusão
88	ARE 803462 AgR-ED	21/03/2017	(i)	exclusão
89	ACO 2730 AgR	24/03/2017	(i)	exclusão
90	ARE 1003340 AgR	24/03/2017	(i)	exclusão
91	RE 594015	06/04/2017	(i)	exclusão
92	RE 601720	19/04/2017	(i)	exclusão
93	RE 597854	26/04/2017	(i)	exclusão
94	RE 760931	26/04/2017	(i)	exclusão
95	ARE 766618	25/05/2017	(i)	exclusão
96	ADI 4707	30/06/2017	(i)	exclusão
97	ADI 5332	30/06/2017	(i)	exclusão
98	ADI 451	01/08/2017	(i)	exclusão
99	ADI 907	01/08/2017	(i)	exclusão
100	ADI 750	03/08/2017	(i)	exclusão
101	ADI 4066	24/08/2017	(i)	exclusão
102	ADI 3937	24/08/2017	(i)	exclusão
103	ADI 4008	08/11/2017	(i)e(ii)	inclusão
104	ADI 4923	08/11/2017	(i)	exclusão
105	ARE 1060488 AgR	28/11/2017	(i)	exclusão
106	ADPF 109	30/11/2017	(i)	exclusão
107	ADI 3357	30/11/2017	(i)	exclusão
108	ADI 3356	30/11/2017	(i)	exclusão
109	ADI 4874	01/02/2018	(i)	exclusão
110	RE 1045719 AgR	05/02/2018	(i)	exclusão
111	ADI 4512	07/02/2018	(i)	exclusão
112	ADI 1931	07/02/2018	(i)	exclusão
113	ARE 1104226 AgR	27/04/2018	(i)	exclusão
114	RE 605709	12/06/2018	(i)	exclusão

115	ADI 1003	01/08/2018	(i)	exclusão
116	ADI 5472	01/08/2018	(i)	exclusão
117	ARE 730055 AgR	31/08/2018	(i)	exclusão
118	ADI 4613	20/09/2018	(i)	exclusão
119	ADI 3863	20/09/2018	(i)	exclusão

APÊNDICE B

Fonte de pesquisa – A constituição e o Supremo.					
	Dispositivo constitucional	Acórdão	Julgamento	Preenchimento dos critérios: (i) Temporal (termo inicial: CF/88; termo final: agosto/2019) (ii) Controle de preços	Inclusão/Exclusão
1	Art.1º, Inciso IV, CF/88	ADPF 46	26-2-2010	(i)	exclusão
2	Art.1º, Inciso IV, CF/88	ADI 1.950	2-6-2006	(i)e(ii)	inclusão
3	Art.1º, Inciso IV, CF/88	RE 839.950	24-10-2018	(i)	exclusão
4	Art.1º, Inciso IV, CF/88	RMS 25.104	21-2-2006	(i)	exclusão
5	Art.1º, Inciso IV, CF/88	RE 349.686	14-6-2005	(i)	exclusão
6	Art.1º, Inciso IV, CF/88	AI 636.883 AgR	8-2-2011	(i)	exclusão
7	Art.1º, Inciso IV, CF/88	AI 481.886 AgR	15-2-2005	(i)	exclusão

8	Art.1º, Inciso IV, CF/88	RE 214.382	21-9-1999	(i)	exclusão
9	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADI 2.649	8-5-2008	(i)	inclusão
10	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADI 845	22-11-2007	(i)e(ii)	inclusão
11	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADI 3.112	2-5-2007	(i)	exclusão
12	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADI 1.950	2-6-2006	(i)e(ii)	inclusão
13	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADI 319 QO	3-3-1993	(i)e(ii)	inclusão
14	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RE 839.950	24-10-2018	(i)	exclusão
15	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ADPF 324	30-8-2018	(i)	exclusão
16	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RE 958.252	30-8-2018	(i)	exclusão
17	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	ARE 1.104.226 AgR	27-4-2018	(i)	exclusão
18	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RE 597.165 AgR	4-11-2014	(i)	exclusão
19	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	AC 1.657 MC	27-6-2007	(i)	exclusão
20	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RMS 25.104	21-2-2006	(i)	exclusão
21	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RE 422.941	5-12-2005	(i)e(ii)	inclusão
22	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	AI 754.769 AgR	18-9-2012	(i)e(ii)	inclusão

23	Art.170, <i>caput</i> , CF/88	RE 205.193	25-2-1997	(i)	exclusão
----	----------------------------------	---	-----------	-----	----------

APÊNDICE C

Acórdãos selecionados			
	Fonte de pesquisa	Acórdão selecionado	Julgamento
1	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 319 QO	03/03/1993
2	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 214756 AgR	03/11/1998
3	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 1950	03/11/2005
4	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 422941	06/12/2005
5	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 3512	15/02/2006
6	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 845	22/11/2007
7	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 2649	08/05/2008
8	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 583992 AgR	26/05/2009
9	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 683098 AgR	01/06/2010
10	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 598537 AgR	01/02/2011
11	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 832292 AgR	22/03/2011
12	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 559816 AgR	12/04/2011

13	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 813180 AgR	31/05/2011
14	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 632644 AgR	10/04/2012
15	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 777361 AgR	26/06/2012
16	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RE 648622 AgR	20/11/2012
17	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	RMS 28487	26/02/2013
18	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	AI 631016 AgR- AgR	03/02/2015
19	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 4862	18/08/2016
20	Plataforma "pesquisa de jurisprudência" disponível no endereço eletrônico do STF	ADI 4008	08/11/2017
21	Plataforma "A Constituição e o Supremo"; Art.170, <i>caput</i> , CF/88	AI 754.769 AgR	18/9/2012